

CARL SCHMITT EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. LOS APUNTES DE GARCÍA-PELAYO

CARL SCHMITT IN THE SPANISH CONSTITUTION OF 1978.GARCIA-PELAYO'S PAPERS

Francisco Vila Conde
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA JURÍDICO-POLÍTICA SCHMITTIANA.- 2.1. El Estado total.- 2.2. La decisión en el caso excepcional.- 2.3. Dictadura soberana y comisaria.- 2.4. Teoría de la Constitución.- 2.4.1. La Constitución es una decisión.- 2.4.2. Toda Constitución democrática descansa en la decisión del pueblo y no en normas anteriores.- 2.4.3. La distinción entre lo sustancial y lo accesorio: Constitución versus leyes constitucionales.- 2.4.4. Las garantías institucionales.- 2.5. El peligro de los pactos intraestatales.- III. GARCÍA-PELAYO Y SU COMENTARIO SCHMITTIANO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.- 3.1. Estado social y democrático.- 3.1.1. Estado social.- 3.1.2. Estado democrático.- 3.2. La Constitución es una decisión. Constitución versus leyes constitucionales.- 3.3. El fallido intento de constitucionalización de la disposición adicional primera como ejemplo de pacto intraestatal.- 3.4. La decisión en el caso excepcional: el Gobierno y el rey como defensores de la Constitución.

Resumen: La unión entre Carl Schmitt y una Constitución liberal y democrática parece cosa imposible a buena parte de la academia. Quién podría vincular, dirán, al «*Kronjurist* del nazismo» con una Constitución liberal y democrática; quien ose hacerlo, continuarán, no sabe lo que dice, es un ignaro completo en temas de derecho e historia constitucionales. Sin embargo, nada más y nada menos que Manuel García-Pelayo, el que fuera primer presidente del Tribunal Constitucional y maestro indiscutido e indiscutible de la ciencia constitucional en nuestro país, será quien lleve las teorías schmittianas a la Constitución española de 1978. En su *Inédito sobre la Constitución española de 1978*, que vio la luz el pasado 2021, García-Pelayo ofrece una lectura schmittiana de la Constitución que, en lo que nos es dable, tratamos de comentar y desarrollar en el presente texto para, así, hacer ver la compatibilidad entre Carl Schmitt y una Constitución liberal y democrática.

Abstract: The union between Carl Schmitt and a liberal and democratic Constitution seems impossible to many authors. Who could link, they will

say, the *Kronjurist* of Nazism with a liberal and democratic Constitution; who does it, will continue, he does not know what he says, he is a completely ignorant of constitutional law and history. However, Manuel García-Pelayo, who was the first president of the Constitutional Court and indisputable master of constitutional science in our country, brings Schmitt's theories to the Spanish Constitution of 1978. In his *Inédito sobre la Constitución española de 1978* published in 2021, García-Pelayo offers a schmittian reading of the Constitution that we try to comment and develop in this paper in order to show the compatibility between Carl Schmitt and a liberal and democratic Constitution.

Palabras clave: García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, Carl Schmitt, decisionismo

Key Words: García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, Carl Schmitt, decisionism.

A Albán,
amigo del Colegio

I. INTRODUCCIÓN*

A muchos parecerá un oxímoron la unión entre Carl Schmitt y una Constitución liberal y democrática como la española de 1978. Pero nada más lejos de la realidad.

La obra de Carl Schmitt, como sostenía el primer presidente del Tribunal Constitucional, tuvo «no solo la primera, sino también la más extensa acogida y difusión» en nuestro país¹. Y, al contrario de lo que pudiera parecer a primera vista, dicha obra gozó de una mayor difusión entre los círculos oficiales en los periodos republicano (1931-36) y de la monarquía democrática (1977-) que en buena parte del régimen autoritario del general Franco, cuyo sistema, muy permeado siempre por la Iglesia, nunca vio bien a Schmitt². Los círculos intelectuales católicos

* Un primer borrador del presente texto fue presentado en el Seminario de Investigadores en Formación de la Universidad Autónoma de Madrid (mayo de 2022). Agradezco a los contraponentes -el profesor José Luis López González y el doctorando Nicolás Cantard- los comentarios, sugerencias y correcciones al texto. Además, debo acordarme de Albano Gilabert, buen amigo del Colegio de España, que fue el primero en leer el artículo y apuntarme algunas cuestiones.

¹ Manuel García-Pelayo, «Epílogo», en Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2019, p. 489.

² Como muestra, un botón: el jurista político más señero de la Segunda República, el profesor Pérez Serrano, hace una interpretación totalmente schmittiana en su magnífico

huyeron de Schmitt -y este de ellos-, pues, como afirma Saralegui, el decisionismo y, consecuencia de este, la negación del derecho natural -un anacronismo, según Schmitt- nunca contentaron a la Iglesia al contradecir su doctrina³. En definitiva, la teoría schmittiana es incompatible con todo jusnaturalismo, incluido el de la Iglesia, y, por esta razón, nunca gozó de consideración entre la oficialidad franquista⁴.

Sin embargo, injusto sería negar que, en ciertos círculos no oficiales o con nula influencia política en el régimen, el autor alemán siguió gozando de gran consideración. En concreto, en el Instituto de Estudios Políticos, convertido en refugio de juristas de todo signo (socialistas, falangistas y liberales, pero no tradicionalistas católicos) durante la importante etapa de Javier Conde como director, la doctrina schmittiana, al igual que la de Hermann Heller, siguió formando a juristas políticos y administrativistas⁵. Y, ya en los años de transición (1975-78), las teorías

comentario a la Constitución de 1931 (Cf. Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española: antecedentes, texto, comentarios*, Revista de derecho privado, Madrid, 1932); también su *Tratado de derecho político* está permeado, de principio a fin, por la obra de Schmitt (Cf. Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, Iustel, 1976, Madrid). Asimismo, un autor liberal y democrático, como Francisco Ayala, fue quien tradujo la *Teoría de la Constitución* durante los años republicanos. Frente a nuestra afirmación, no faltan voces discrepantes. Véase, por ejemplo, Carlos Ruiz Miguel, «*Estudio preliminar*», en Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política. La visibilidad de la Iglesia*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 27.

³ Miguel Saralegui, *Carl Schmitt pensador español*, Trotta, Madrid, 2016.

⁴ El jurista católico López Amo comentaba: «No podemos quedarnos en la brutalidad de los hechos, ni es suficiente avance el sustituir una decisión enmascarada por una decisión descarada. Si el 'orden concreto', si la 'decisión' soberana, se desligan de todo derecho natural, no habremos adelantado un solo paso». Y añade criticando la interpretación que Schmitt hace de Donoso: «Digo que la decisión [en Donoso Cortés] no era absoluta, ni ilimitada; luego, ¿no era soberana? Realmente nunca entró en cabeza española, ni por tanto en la de Donoso, aquella idea de soberanía que acuñara Juan Bodin y que Carl Schmitt ha mantenido con más lógica y fidelidad que otros. El 'decisionismo' de Donoso ha de ser muy diferente del de su genial comentador germano. No implica, como el de este, 'la reducción al puro elemento de la decisión, decisión absoluta, creada de la nada, que no razona, discute ni se justifica'. Evidentemente, si fuera esto último, tendría razón Carl Schmitt al decir que esto es esencialmente dictadura, no legitimidad. Pero se trata de algo más. (...) No basta el invocar un contenido justo de la decisión para hacer que cualquiera se convierta en la instancia suprema. Menos podrá bastar la pura decisión en sí misma. Schmitt afirma, apoyándose en De Maistre, que importa más el que se decida que el cómo se decide. Pero importa sobre todo quién decide» (Ángel López Amo, «*Prólogo*», en Carl Schmitt, *Interpretación europea de Donoso Cortés*, Epublibre, pp. 9-10). Este ejemplo nos permite ver las suspicacias que Schmitt causaba dentro de la oficialidad católica. «El pensamiento de Schmitt -concluye Jerónimo Molina- [es] incompatible con el derecho público cristiano, de cuño iusnaturalista». Y precisamente esto hacía que fuese «una verdadera piedra de escándalo intelectual» para los autores católicos del franquismo. Jerónimo Molina Cano, «*Sombra y fama de Carl Schmitt en España*», *Razón Española*, nº 195, 2009, p. 275.

⁵ Schmitt y Heller, recuerda Jerónimo Molina, son «los dos juristas alemanes que más influencia han tenido en España entre 1930 y 1970». Jerónimo Molina Cano, *Pensamiento político en España a partir de 1935. Una aproximación en clave generacional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas-Los Papeles del Sitio, Madrid, 2021, p. 29.

de Schmitt habrían de ser fundamentales a la hora de redactar la Constitución. Pues un autor mordaz e incisivo, que «siempre pone el punto en la llaga»⁶, no podía ser ignorado en aquel proceso.

La teoría del Maquiavelo alemán, como veremos, demuestra que sus ideas son válidas más allá del momento en que fueron formuladas. Son mucho más «que disertaciones especulativas» u «opiniones interesadas de un “jurista de cámara”»⁷. Han trascendido al concreto momento histórico para el que fueron pensadas y han devenido epocales.

En los años de la República de Weimar, Schmitt «inventó» la teoría de la Constitución como disciplina autónoma de la teoría del Estado y del derecho político, teorizó sobre la distinción entre amigos y enemigos, creó el concepto de «garantías institucionales»⁸ y, entre otras cuestiones, estableció la distinción entre Constitución y leyes constitucionales de la que nuestra Constitución de 1978 hace acopio. Todas estas teorías schmittianas han pasado al acervo constitucional y político democrático occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial.

A continuación, expondremos algunas de estas ideas y conceptos para, finalmente, ver su recepción *in concreto* en la Constitución española de 1978. Esto último lo haremos desde la obra de un jurista español discípulo de Schmitt, Manuel García-Pelayo, cuyo dictamen sobre la Constitución ha salido a luz a finales del pasado 2021⁹.

II. ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA JURÍDICO-POLÍTICA SCHMITTIANA

2.1. El Estado total

Schmitt suele ser difamado por haber teorizado y justificado el Estado «totalitario» nazi. Mas se trata de un despropósito, propio de quien no lo ha leído o, peor aún, lo ha leído pero no entendido¹⁰.

⁶ Giorgio Lombardi, «Estudio preliminar. La querrela Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX», en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2018, p. XXXVIII.

⁷ Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado, OC III*, CEPC, Madrid, 2009, p. 289.

⁸ Este concepto, según Cidoncha Martín, es anterior a Schmitt, si bien él fue «el primero en elaborar sistemáticamente la categoría». Antonio Cidoncha Martín, «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial» *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 23, 2009, p. 150.

⁹ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2021. Nos serviremos, principalmente, de este texto en la tercera parte. Asimismo, cuando exponamos las teorías de Schmitt, recurriremos a diferentes obras de García-Pelayo para explicar al autor germano en los pies de página y ver, así, la concordancia entre Schmitt y su discípulo español.

¹⁰ El más acabado ejemplo de esto que denunciamos lo hallamos en Jürgen Fijalkowski, *La trama ideológica del totalitarismo: análisis crítico de los componentes ideológicos en*

El profesor alemán nunca teorizó sobre el Estado totalitario¹¹. Lo hizo sobre el Estado total, concepto que toma de Jünger¹², que nada tiene que ver con el Estado totalitario¹³.

La aguda y perspicaz mente schmittiana permitió vislumbrar que, en la era de las masas, el Estado liberal decimonónico no tenía razón de ser. Esta forma política se sustentaba en que Estado y sociedad eran círculos autónomos; el Estado liberal era un tercero neutral en religión, economía, etc., y no intervenía, por consiguiente, en los quehaceres sociales; era un Estado abstencionista que meramente garantizaba las condiciones de la libre competencia para que no fueran perturbadas o las restauraba en caso de haber sido alteradas. Mas este dualismo entre Estado y sociedad, que sirvió al despegue histórico burgués, fue quebrándose cuando la sociedad se sobrepuso al Estado en la era de las masas y, muy especialmente, después de la Primera Guerra Mundial.

Carl Schmitt fue un espectador de lujo de tal acontecimiento y así lo dejó plasmado por escrito. Denomina «total» al Estado que llamamos «social» en nuestro tiempo¹⁴. Se trata de un Estado en el que las nítidas distinciones entre sociedad y Estado, propias del siglo XIX, desaparecen. A medida que la sociedad de masas fue avanzando se autoorganizó como Estado y, por ende, tras la Primera Guerra Mundial y, sobre todo, al finalizar la Segunda, Estado y sociedad «deben ser fundamentalmente idénticos»¹⁵. El Estado total -o social- se fue extendiendo a más y más esferas al ser requerido por las propias masas. Ya no hay sector que permanezca neutral en esta forma estatal. Así pues, el Estado no será neutral

la filosofía política de Carl Schmitt, Tecnos, Madrid, 1966, y en su epígono español José Antonio Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989.

¹¹ En el sentido que Hannah Arendt (*Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid, 2006) y Raymond Aron (*Democracia y totalitarismo*, Seix Barral, Barcelona, 1967), los mejores conocedores del fenómeno totalitario, dan al concepto.

¹² Si bien Jünger da una interpretación distinta al concepto. Según Jünger, el Estado total es aquel nacido de la técnica y de la sociedad masas, el cual puede movilizar todas las fuerzas, materiales y espirituales, de la nación sobre la que se proyecta para ir a una guerra total y que, asimismo, mantiene en tiempos de paz un despliegue organizativo propio de tiempos de guerra. A este Estado, Jünger contrapone el Estado «parcial», que era el propio del siglo XIX. Cf. Ernst Jünger, *La movilización total*, Tusquets, Barcelona, 1995, pp. 87-123.

¹³ «El concepto de “Estado total” (*totaler Staat*) fue acuñado por Carl Schmitt, influido sin duda por la terminología italiana del *Stato totalitario*, pero también bajo el efecto sugestivo del ensayo *La movilización total* (*Die totale Mobilmachung*), publicado en 1930 por su amigo Ernst Jünger. (...) Schmitt prefirió designar el *Stato totalitario* con los términos de “Estado total cualitativo” (*qualitativer totaler Staat*), reservando la expresión “Estado total” en sentido estricto o “Estado total cuantitativo” (*quantitativer totaler Staat*) para el “estatismo” de los Estados sociales de las democracias parlamentarias del siglo XX». Carmelo Jiménez Segado y Jerónimo Molina Cano, «*Carl Schmitt ante el Estado total: un apunte sobre la polémica del Estado totalitario*», en *Carl Schmitt: análisis crítico*, Revista de ciencias sociales, número especial, Universidad de Valparaíso, 2012, p. 289 y p. 291.

¹⁴ Véase la nota anterior.

¹⁵ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 141.

en religión, cultura, etc., pues en el Estado social «no existe, al menos en potencia, nada que no sea estatal y político»¹⁶. La fusión entre Estado y sociedad se ve preclara en lo económico, porque el Estado se transforma en Estado económico y se centra en la economía, la cual, junto a la técnica, mantiene el orden interno. Esto supone que el centro de decisión pase al Ejecutivo. Es decir, el Estado legislativo -propio del Estado liberal- se convierte en Estado administrativo en la era de las masas.

En este proceso de cambio en las estructuras estatales, los partidos jugaron -y juegan- un papel fundamental. Al contrario de lo que se suele decir, Schmitt no era contrario a los partidos, sino a su concreta manifestación en la época de Weimar¹⁷. El viejo de Plettenberg recuerda que «no hay ninguna democracia sin partidos, pero solo porque no hay ninguna democracia sin opinión pública y sin que el pueblo se encuentre siempre presente»¹⁸. Los partidos son fundamentales en democracia, pues forman la opinión pública imprescindible en este sistema y son el canal a través del que el pueblo se expresa. Ahora bien, Schmitt también afirma -con razón- que un sistema de partidos solo es posible cuando hay una unidad substancial del pueblo. El pueblo ha de estar de acuerdo en lo esencial -por ejemplo, las decisiones políticas concretas recogidas en la Constitución- y discrepar en lo accesorio. «La contraposición de los partidos no debe ser, en ningún sentido, absoluta, ni romper nunca el marco de la unidad nacional y social. No es posible una discusión entre los partidos sino en tanto se dan premisas comunes. Tampoco pueden tener lugar compromisos de inteligencia y un leal turno de ambos partidos, si quieren aniquilarse o suprimirse recíprocamente»¹⁹.

Los partidos mutaron su estructura con el paso del Estado liberal al «total» o social. Dejaron de ser meras plataformas de candidatos y devi-

¹⁶ *Ibidem*, p. 142. No está de más recordar que, para Schmitt, toda actividad social, ya sea en el Estado social o en otra forma de organización política, es potencialmente política. Habida cuenta de que define lo político como la distinción entre amigos y enemigos, en el momento en el que cualquier relación social -del tipo que sea- consiga polarizar y dividir entre amigos y enemigos se tornará política. Cf. Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 58 y ss.

¹⁷ Cf. Manuel García-Pelayo, *El Estado de partidos, OC II*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 1987-1988.

¹⁸ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 318.

¹⁹ *Ibidem*, p. 414. En palabras de García-Pelayo, para que el sistema de partidos funcione es necesario que bajo el pluralismo social «haya una unidad subyacente del pueblo». «Es precisa una participación de todos o de una gran mayoría en unos mismos mitos, símbolos, creencias y valores que proporcionen un terreno común y neutral en el que los partidos puedan entenderse en medio de sus disputas». Esta unidad en lo esencial debe ser tan sólida que las disputas partidistas no puedan romperla, puesto que «la unidad básica del pueblo» es el «supuesto de la unidad democrática del Estado». Dicho de otro modo, «para que funcione adecuadamente un sistema de partidos es preciso que la gente esté de acuerdo en lo fundamental y discrepe en lo accesorio». En definitiva, «la primera condición para la existencia del régimen de partidos es, repetimos, la unidad substancial del pueblo como base firme en la que puedan desarrollarse sin riesgo las discrepancias accesorias inherentes a la pluralidad de partidos». Manuel García-Pelayo, «Sobre los partidos políticos», *OC III*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 2527-2528.

nieron sólidas organizaciones con sus propias burocracias y funcionarios de partido. Mas esta transformación, que convierte al Estado liberal en Estado de partidos minuciosamente organizados, es «más grande que la que existe entre monarquía y república o entre estas y cualquier otra forma de Gobierno»²⁰. Las organizaciones partidarias convierten el Parlamento en una Cámara de registro de acuerdos tomados a su margen y, en el peor de los casos, la lucha pluralista puede llegar a atomizar la representación con la consiguiente parálisis del sistema, como nos muestran las experiencias de Weimar y de la Segunda República española. Las férreas organizaciones usarán el Estado para sus propios menesteres. Estaríamos ante un nuevo feudalismo al ser colonizado el Estado por los partidos y las organizaciones de intereses²¹. El Estado pasa de ser sujeto de la historia a simple objeto en manos de los partidos, como acertadamente anunció Forsthoff²². Por todas estas cuestiones, los partidos han de converger en lo esencial para que el sistema funcione.

La introducción del sistema proporcional fue una de las causas principales del fortalecimiento de los partidos. Los electores ya no elegirán a un diputado individualmente considerado, sino que se decantarán por una lista preparada -en secreto- por un pequeño grupo (la cúpula del partido). El elector pierde el control sobre el candidato, quien debe obediencia, prioritariamente, al partido. Con esto, la representación liberal clásica desaparece²³. El ciudadano se convierte en simple optante entre listas de partidos sólidamente organizados. Y, al ser esto así, ya no estamos ante una elección de representantes en el sentido decimonónico, sino que se trata, «en realidad, de un proceso de naturaleza plebiscitaria» en el que se opta, en bloque, por uno u otro partido²⁴.

Todas estas reflexiones, que Schmitt vio agudamente, son aplicables a cualquier sistema europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sistemas llamados Estados de partidos o Estados sociales, pero que Schmitt denominó -faltamente para él- «total».

²⁰ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 160.

²¹ «Los actuales partidos políticos -dice Schmitt-, que en gran parte son representaciones organizadas de intereses y agrupaciones más o menos “estamentales” y “feudales”» (Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 178). Apreciación que hacía en 1931 y que luego ha sido asumida por la doctrina. Cuarenta y cinco años más tarde, García-Pelayo reiterará que estamos ante un nuevo feudalismo al haber sido colonizado el Estado «por partidos y organizaciones». Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo, OC II*, CEPC, Madrid, 2009, p. 1683.

²² Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, CEPC, Madrid, 2013, p. 41.

²³ El Parlamento «se ha transformado primordialmente en una Cámara de partidos y solo por mediación y mediatización de estos en una Cámara de diputados» (Manuel García-Pelayo, *El Estado de partidos*, op. cit., p. 2014). Es decir, no se representa, en primer término, a la nación, que era la tesis liberal clásica, sino al partido y solo secundariamente, y gracias a estos, a la nación.

²⁴ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 156.

2.2. La decisión en el caso excepcional

Compañero de celda de Bodino²⁵, Schmitt toma de este, a quien considera el padre del derecho internacional y del Estado²⁶, el concepto de soberanía, el cual le permite unir lo fáctico y lo jurídico²⁷.

«Soberano es quien decide sobre el estado de excepción». Así empieza su *Teología política*. Estado de excepción que no ha de confundirse con un derecho de emergencia o de necesidad, sino que se refiere al caso excepcional. Se trata de «un concepto general de la teoría del Estado»²⁸. El caso excepcional es aquel que las normas jurídico-positivas no prevén. De lo contrario, no estaríamos ante un estado excepcional schmittiano sino ante un supuesto que podría ser resuelto aplicando el derecho positivo vigente. La decisión soberana en el caso excepcional implica que el orden jurídico positivo se suspenda. Ante la decisión soberana, por consiguiente, las normas callan. «Ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación»²⁹. Sin embargo, esto no significa que reine el caos; siempre habrá un orden, «aunque este orden no sea jurídico»³⁰.

En la decisión sobre la excepción se verá quién es realmente el soberano, quien, como ya dijera Bodino, «solo está obligado a dar cuenta a Dios»³¹. Se es soberano porque se decide, con independencia de que haya alguna norma que atribuya o no la competencia para decidir. La decisión es anterior a la norma. La decisión soberana es la que crea la norma y gracias a ella esta última se mantiene. Mas ha de tenerse en cuenta que la decisión en el caso excepcional es jurídica, pues, para Schmitt, el derecho está compuesto de normas y de las decisiones en las que aquellas reposan y que, llegado el caso, las pueden excepcionar. Por ello, lo excepcional tiene una importancia jurídica colosal porque «pone al descubierto en toda su dureza un elemento específicamente jurídico: la decisión»³². Incluso más: saca a relucir el elemento jurídico más importante ya que «la decisión sobre lo excepcional es la decisión por antonomasia»³³. Y es

²⁵ Carl Schmitt, *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, Trotta, Madrid, 2010, p. 60.

²⁶ «[Bodino es] el padre del derecho europeo internacional y del Estado». Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, op. cit., p. 42.

²⁷ «La unión entre lo fáctico y lo jurídico es el problema cardinal del concepto de soberanía». Carl Schmitt, *Teología política, Estudios políticos*, Doncel, Madrid, 1975, p. 47. Misma reflexión comparte Pedro Bravo Gala en su excelente estudio a *Los seis libros de la República*. Cf. Pedro Bravo Gala, «Estudio introductorio», en Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. LIV y ss.

²⁸ Carl Schmitt, *Teología política*, op. cit., p. 35.

²⁹ Ibidem, p. 42.

³⁰ Ibidem. Según Schmitt, el elemento político del Estado está siempre presente. Y en él se ve que el Estado, que es el soberano, no puede reducirse a lo normativo, como Kelsen pretendía.

³¹ Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, op. cit., p. 49.

³² Carl Schmitt, *Teología política*, op. cit., p. 43.

³³ Ibidem, p. 36.

que, concluye, «el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma»³⁴.

2.3. Dictadura soberana y comisaria

Conectado con lo anterior, hallamos dos conceptos esenciales en Schmitt: la dictadura soberana y la dictadura comisaria.

Dándole igual la denostación a que el término dictadura ha sido sometido por el pensamiento liberal-positivista, que no puede imaginar que una decisión política excepcione el cumplimiento regular del derecho³⁵, o sea, que las normas positivas dejen de aplicarse mientras dura la excepción, Schmitt recupera este valioso concepto jurídico.

En primer lugar, denomina dictadura soberana al poder ejercido por el poder constituyente. Poder ilimitado, absoluto y, en fin, soberano, que no está previsto en norma alguna. Así pues, el poder constituyente que da nueva forma y modo de existencia política al Estado no está atado por ninguna normación anterior. Por eso, dice Schmitt, este poder es una dictadura soberana. Los representantes designados para redactar una Constitución (democrática) son meros comisarios del poder constituyente, el cual reside en el pueblo que ha tomado conciencia de sí. Estos representantes lo pueden todo. Su misión no está «limitada en su contenido»³⁶. Dicho más duramente: «pueden tener todo el pleno poder que les plazca»³⁷. Mas esta dictadura ejercida por la Asamblea constituyente, como toda dictadura, es temporal y, consecuentemente, finalizará cuando la nueva Constitución entre en vigor.

En segundo lugar, Schmitt llama dictadura comisaria a aquel ejercicio del poder estatal que «suspende la Constitución *in concreto*, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta»³⁸. Este dictador es un mero comisario del poder constituido. Su razón de ser y de existir es salvar la Constitución como un todo ante una situación (un caso excepcional) que la ponga en peligro. Para salvar la Constitución, puede hacer «callar», esto es, suspender, ciertas garantías y derechos que rigen en la normalidad. Pero cuando pase el peligro que pone en jaque el orden jurídico como un todo, dichas garantías y derechos volverán a operar. En definitiva, este tipo de «dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza echar abajo esa Constitución»³⁹. La

³⁴ *Ibidem*, p. 40.

³⁵ Como afirma Baño León: «La dictadura es un problema intratable en el pensamiento liberal-democrático [más bien, liberal-normativista], porque es incompatible con la definición misma de un régimen democrático de garantías: en él sólo puede reconocerse temporalmente un derecho de excepción». José María Baño León, «*Estudio preliminar*», en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, Tecnos, Madrid, 2013, p. XXIX.

³⁶ Carl Schmitt, *La dictadura, Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., p. 223.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 223.

³⁹ *Ibidem*, p. 215.

situación excepcional que pone en jaque el orden jurídico no puede estar prevista en normas previas; de lo contrario, nos hallaríamos ante legislación de emergencia o de urgencia, pero no ante una dictadura comisaria. El dictador comisario actuará como soberano para, en el caso excepcional, superar la anormalidad. Mas tal dictador no puede, aprovechando la situación de anormalidad, cambiar el orden jurídico. Es decir, no puede cambiar la Constitución. Él es un mero mandatario, un protector, que debe defender la Constitución de los peligros que la amenacen.

Cuando Schmitt aplicó esta última teoría a la realidad política de la República de Weimar lo hizo para hablar de «la dictadura del presidente del Reich»⁴⁰. Según el profesor de Plettenberg, el presidente era un dictador comisario nombrado por la misma Constitución (artículos 21, 41, 45, 48, 130) destinado a paliar la crisis constitucional alemana provocada por partidos políticos irresponsables que habían atomizado la representación, de un lado, y que se habían hecho realidades monolíticas en lucha antagónica de unos contra otros, de otro lado. En medio de esa situación que amenazaba con echar abajo la Constitución -como, por cierto, acabó sucediendo cuando una de las organizaciones partidarias logró imponerse sobre las demás-, Schmitt confiaba en que el presidente, como instancia neutral e imparcial elegido directamente por el pueblo, pudiera «salvaguardar la Constitución» de las luchas partidistas. Pues, sostenía, el presidente era el «defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación»⁴¹. Concluía premonitoriamente que aquella Constitución duraría tanto como durase el buen funcionamiento de la institución presidencial. La Constitución dependía del espíritu de resistencia que el presidente tuviese frente a los tentáculos de los partidos, ante los que acabó sucumbiendo.

En resumen, tanto la dictadura soberana como la comisaria implican una decisión. La primera es la decisión que más hondamente marca el futuro de un pueblo, pues configura la forma y el modo de existencia política del Estado que constituye. La segunda, no menos importante, faculta a tomar decisiones políticas concretas (incluida, obviamente, la decisión en el caso excepcional) más allá de las normas para que el orden jurídico como un todo, en cuyo vértice está la Constitución, tenga vigencia y duración en el tiempo.

2.4. Teoría de la Constitución

En su *Teoría de la Constitución*, publicada en 1928, Carl Schmitt creó una rama del derecho público a caballo entre la teoría del Estado y

⁴⁰ Carl Schmitt, «La dictadura del presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar», *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, op. cit., pp. 295-350.

⁴¹ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 287.

el derecho político⁴². En su epocal obra, este «liberal autoritario», como lo denominó Hermann Heller⁴³, toca algunos temas que merecen ser evocados.

2.4.1. La Constitución es una decisión

Una Constitución democrática se basa «en la decisión concreta del pueblo dotado de capacidad política»⁴⁴. Es decir, tal Constitución es la decisión de un pueblo que ha cobrado consciencia de sí, o sea, es la decisión unitaria de una nación.

La capacidad de dotarse de una nueva Constitución que dé nueva forma y modo de existencia política al Estado reside siempre en el pueblo. La nación soberana que se expresa, esto es, que decide, es quien crea la norma. Antes no había nada. De ahí que Schmitt diga que la decisión, normativamente considerada, «nace de la nada»⁴⁵. La decisión de la autoridad soberana no se apoya en una norma, sino que es la norma quien sale de ella. Evocando a Hobbes: *auctoritas, non veritas facit legem*. La voluntad soberana del pueblo crea la Constitución o, dicho a la inversa, la Constitución nunca crea al pueblo ni su modo de ser⁴⁶. Pero si la unidad del pueblo es quien crea la Constitución, de aquí se colige que la Constitución no es un «pacto social» que crea al Estado, sino que el Estado es anterior a la Constitución. Esta última se limita a dar nueva forma y modo de existencia política al Estado que ya existe⁴⁷.

⁴² Los rasgos de la disciplina inaugurada por Schmitt son: i) el orden estatal solo interesa en relación con su Constitución, o sea, no interesa el Estado en general, que es lo propio de la teoría del Estado; ii) tampoco interesa un determinado Estado, que sería lo propio del derecho político, sino aclarar los fundamentos del derecho constitucional positivo; iii) la finalidad no es explicar esta o aquella Constitución concreta, que es lo propio del derecho constitucional, sino entender la esencia y los contenidos más importantes del Estado liberal de derecho como tipo histórico genérico. Cf. Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, op. cit., pp. 295-296.

⁴³ Heller tenía razón al definir así a Schmitt. Pues, sin perjuicio de que Schmitt fuese un crítico del liberalismo *político*, siempre se movió dentro de la tradición liberal europea y contribuyó a su desarrollo, como tratamos de mostrar en este trabajo. Como evoca Serra Giménez, Schmitt dio lo mejor de sí teorizando en y sobre Weimar. Solo tardamente -por oportunismo o por lo que fuere- se volvió contra tal sistema. «Schmitt es crítico con la Constitución de Weimar porque es crítico con el mundo de ideas en el que ha surgido, pero solo en el último período se sitúa ya fuera del orden constitucional». Empero, debido a sus notables contribuciones teóricas al régimen constitucional liberal weimariano, concluye Serra Giménez, Schmitt puede ser considerado «el gran teórico de la Constitución de Weimar». Francisco Serra Giménez, «Carl Schmitt, “teórico” de la Constitución de Weimar», *Pensamiento*, n° 72, 2016, pp. 517-118.

⁴⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 309.

⁴⁵ Carl Schmitt, *Teología política*, op. cit., p. 62.

⁴⁶ Sería oportuno que los defensores de «patriotismos constitucionales» recordasen esta lección.

⁴⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 106 y ss. Se trata de otro error común, sobre todo en el lenguaje político práctico. A saber, el pacto social crea la unidad política (el Estado), mientras que la Constitución presupone la existencia de esa unidad política. El pueblo se *da*, pero no *pacta*, una Constitución, la cual consiste, repetimos,

2.4.2. Toda Constitución democrática descansa en la decisión del pueblo y no en normas anteriores

Carl Schmitt recuerda que es un disparate sostener que, por ejemplo, la Constitución española de 1978 es una continuación de la franquista. La legitimidad de una Constitución -que sea reconocida como hecho y como orden jurídico- reside única y exclusivamente en que la autoridad del constituyente sea asentida. Dicho de otro modo, la Constitución no se justifica en que sea justa ni, menos aún, en una norma jurídica, sino que se justifica -se legitima- en la propia decisión política del poder constituyente. Luego, su legitimidad nunca puede consistir en que se haya seguido determinado procedimiento de reforma para su elaboración. Una nueva Constitución involucra una decisión sobre el modo de existencia política distinto del anterior. Por consiguiente, «es inconcebible -afirma- que una Constitución nueva, es decir, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una Constitución anterior y se haga dependiente de ella»⁴⁸.

2.4.3. La distinción entre lo sustancial y lo accesorio: Constitución versus leyes constitucionales

Carl Schmitt hace una distinción entre lo que es propiamente Constitución y aquellos otros preceptos que están en el Código político pero que no serían propiamente Constitución. Esta distinción solo es aprehensible si se concibe la Constitución como la decisión política de un pueblo y, por el contrario, es incomprensible si se entiende que la Constitución es una mera norma. Pues si se considera que la Constitución solo es una norma jurídica, por mucho que esté en la cúspide del sistema normativo, todos los preceptos serán igual de valiosos. Pero si la Constitución es, como dice Schmitt, una decisión, esta distinción tiene toda su razón de ser y, por ende, la Constitución consiste solamente en aquellas decisiones políticas concretas que dan forma y modo de existencia política al Estado. Estas son, por ejemplo, la afirmación de derechos fundamentales y la división de poderes (propias del Estado liberal), monarquía o república, Estado centralizado o descentralizado, democracia parlamentaria o presidencialista, etc. Todo lo demás que aparece en el texto constitucional

en dar forma y modo de existencia política a la unidad política anterior a ella. Ciertamente que ambos procesos -pacto social y Constitución- se produjeron simultáneamente en algún caso (ej., Estados Unidos), mas conforman la excepción. La regla general es que el Estado preexista a la Constitución. Por ejemplo, la Constitución española de 1978 dio nueva forma y modo de existencia al Estado español, pero no lo creó.

⁴⁸Ibidem, p. 138. Por seguir con el ejemplo, por mucho que la Constitución española de 1978 se hubiese elaborado siguiendo procedimientos de reforma previos (los previstos en las Leyes Fundamentales), lo cierto es que una Constitución, máxime cuando descansa en principios antagónicos respecto de la anterior (por ejemplo, Estado autocrático franquista vs. el democrático actual, Estado centralizado vs. el descentralizado de la Constitución de 1978), es siempre una nueva decisión del pueblo y, por ende, no puede depender de la anterior.

no es propiamente Constitución, sino leyes constitucionales que o bien desarrollan aquellas decisiones políticas fundamentales o bien se trata de materias elevadas a rango constitucional para evitar que mayorías cambiantes puedan, cuando están en el poder, cambiar ciertas instituciones a su antojo.

La distinción entre Constitución y leyes constitucionales es esencial. Las decisiones políticas concretas dan «sustancia a la Constitución» y, por esta razón, están por encima de las leyes constitucionales y son el supuesto para que estas últimas existan. Mientras que la Constitución existe gracias a la voluntad de la unidad política del pueblo, las leyes constitucionales existen gracias a la Constitución. En otras palabras, el fundamento de la Constitución reside en la voluntad política del pueblo; el basamento de las leyes constitucionales, empero, se halla en la Constitución.

La repercusión práctica de esta distinción es que, primero, la Constitución es intangible; no puede ser suspendida en su integridad ni reformada. Aunque se siga un procedimiento de reforma, si se toca la esencia de la Constitución, habrá una nueva Constitución. Por el contrario, en segundo lugar, las leyes constitucionales pueden ser suspendidas y reformadas, sin que ello afecte a la sustancia de la Constitución⁴⁹. Y, por último, la Constitución garantiza unos derechos fundamentales, que expresan decisiones políticas concretas del pueblo que los afirma, y, subsiguientemente, estos derechos podrán ser suspendidos, pero nunca negados o derogados, ya que se afectaría a la sustancia de la Constitución.

2.4.4. *Las garantías institucionales*

Unido a lo anterior está el concepto de garantías institucionales. Estas protegen determinadas instituciones (municipios, funcionarios, pago de deuda pública, etc.) elevándolas a rango constitucional para evitar su supresión vía legislación ordinaria. No se trata de derechos fundamentales, que formarían parte de la esencia de la Constitución. Las garantías institucionales existen única y exclusivamente porque el Estado quiere. El sentido de las garantías institucionales es que la regulación constitucional -las leyes constitucionales- salvaguarde determinadas instituciones al extraerlas al legislador ordinario, quien debe respetarlas.

2.5. **El peligro de los pactos intraestatales**

Y last but not least, antes de ver la concreción de los anteriores conceptos en la Constitución de 1978, merece la pena recordar un punto del que Schmitt llamó la atención y que García-Pelayo, como veremos, recalcará al comentar nuestra actual Constitución: el peligro de los pactos intraestatales.

⁴⁹ Tal fue el caso de las dos reformas españolas (artículos 13.2 y 135).

Estos pactos, que pretenden reconocer distintos sujetos del poder constituyente⁵⁰, eran causa de escarnio para Carl Schmitt. Pues si tales pactos son elevados a rango constitucional y se reconoce, directa o indirectamente, abierta o larvadamente, pluralidad de sujetos del poder constituyente, la unidad política quedará anulada y destrozada. El poder constituyente en democracia es siempre uno: la voluntad unitaria del pueblo. Y, en consecuencia, reconocer pluralidad de sujetos del poder constituyente es tanto como aniquilar el Estado⁵¹.

III. GARCÍA-PELAYO Y SU COMENTARIO SCHMITTIANO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Una vez expuestos los conceptos schmittianos, ahora veremos cómo García-Pelayo, de un modo explícito o implícito, los lleva a la Constitución de 1978.

3.1. Estado social y democrático

El artículo uno de la Constitución en su primer apartado define el Estado español como un «Estado social y democrático de derecho». Ciertamente que los tres elementos -social, democrático y derecho- están imbricados y, para una comprensión cabal, han de ser examinados en interdependencia recíproca, pero, a efectos teóricos, los separaremos para comentar los dos primeros, esto es, el momento social y el democrático.

3.1.1. Estado social

El Estado social es lo que Carl Schmitt teorizó, *in fieri*, como Estado total, en contraposición al *Stato neutrale e agnostico* del siglo XIX. Este Estado es la adaptación del Estado burgués a la sociedad industrial o postindustrial. Se trata de un Estado interventor que obtuvo su definitiva plasmación jurídica y, por consiguiente, consolidación en Occidente tras el final de la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de su predecesora, esta forma estatal ya no es neutral en economía, cultura, etc. El Estado

⁵⁰ Como ejemplo de estos pactos, véase la disposición adicional primera del proyecto de Constitución española tras su modificación en la Comisión Constitucional del Senado: «La Constitución reconoce y garantiza los derechos históricos de los territorios forales, cuya reintegración y actualización se llevará a cabo de acuerdo entre las instituciones representativas de dichos territorios y el Gobierno. A este efecto se derogan, en cuanto pudiera suponer abolición de derechos históricos, las leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1878 y demás disposiciones abolicionistas. El estatuto de autonomía que se elabore para la incorporación de los derechos históricos al ordenamiento jurídico será sometido a referéndum de los territorios afectados y al voto de ratificación de las Cortes Generales y, en caso de ser ulteriormente aprobado, será promulgado como ley. En ningún caso podrá ser lesionada la foralidad actualmente vigente de Álava y de Navarra. Su modificación se acomodará a este mismo procedimiento». Para la respuesta schmittiana de García-Pelayo, *infra*, pp. 19-20.

⁵¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 113-114.

social interviene constantemente en la sociedad prestando servicios que antes estaban a su margen (ej., sanidad o educación). Pero, al mismo tiempo, la sociedad interviene en el Estado y ejerce funciones que, hasta hace poco, eran consideradas mayestáticas del Estado (ej., seguridad e incluso, en algunos países, cárceles «privadas»). Al ser un Estado interventor, el centro de decisión -como ya percibiera Schmitt- pasa del Parlamento al Ejecutivo pues este está en mejores condiciones de intervenir y crear las condiciones objetivas para el despliegue social. Mas este traslado de la decisión del Legislativo al Gobierno implica el paso del Estado legislativo al Estado administrativo. Pues, como dice García-Pelayo, «la noción de Estado social tiene que realizarse a través de la legislación [del Ejecutivo] y, sobre todo, de la acción administrativa»⁵².

En lo económico, el Estado social es una forma estatal neocapitalista. Comparte objetivos con este sistema económico: i) aumento del consumo de las masas; ii) pleno empleo; iii) crecimiento constante de la producción. Estado social y sistema neocapitalista son, por lo tanto, dos caras de una misma moneda. Se trata de un «proceso de politización de la economía» y de «economización de la política»⁵³.

La Constitución está tan permeada de las anteriores ideas que sería ocioso citar todos los artículos. Mas, como ejemplo, recuérdese el artículo 27, que reconoce, como derecho fundamental, el derecho a la «enseñanza básica» de un modo gratuito; el artículo 31, que establece la redistribución de los recursos públicos, que se obtendrán, principalmente, a través de «un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad»; el artículo 33, que si bien reconoce la propiedad privada la subordina a su función social; o, en fin, el artículo 38, que «reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», si bien que limitándola para «corregir los posibles efectos disfuncionales de la plena economía de mercado»⁵⁴.

La Constitución de 1978 elevó a rango constitucional el sistema económico que había anteriormente. En palabras de García-Pelayo, el sistema económico que la Constitución consagra «no difiere mucho en lo sustancial del existente en la legislación anterior y en la praxis del Estado franquista»⁵⁵. No obstante, ahora está en el texto constitucional (antes en leyes) y se establecieron controles democráticos, que antes eran inexistentes.

⁵² Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 156.

⁵³ Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit., p. 1641.

⁵⁴ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 41.

⁵⁵ Manuel García-Pelayo, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», *OC III*, CEPC, Madrid, 2009, p. 2872

3.1.2. Estado democrático

En nuestros días, «todo Estado democrático es un Estado de partidos»⁵⁶. Frente a otras épocas en las que era posible la democracia directa o la representativa, los supuestos sociológicos actuales nos llevan a la democracia de partidos. A saber, vivimos en la era de las grandes organizaciones y, por ende, si queremos influir, siquiera mínimamente, en el ambiente que nos circunda hemos de pertenecer a una de ellas. En el campo político, estas organizaciones son los grandes partidos de masas. Actualmente, ellos son los únicos que tienen capacidad para organizar el sufragio y llevar las demandas ciudadanas al Estado. «El pueblo amorfo -recuerda García-Pelayo- solo puede manifestar su voluntad si se somete a un proceso organizativo llevado formalmente a cabo por la legislación electoral y materialmente por la acción de los partidos»⁵⁷.

El constituyente de 1978 no fue ajeno al anterior proceso y, adecuándose al momento histórico, configuró España como un Estado de partidos. Reconocerlos en la Constitución como «instrumento fundamental para la participación política» (artículo 6) implica, desde el punto de vista político, el rechazo del franquismo, que los había prohibido⁵⁸, y, desde el plano jurídico-político, supone reconocer que los partidos son la piedra angular del actual sistema democrático. Mas la sola presencia de estas organizaciones introduce cambios de enorme calado -anunciados por Schmitt- en el sistema constitucional: el diputado debe lealtad, principalmente, al partido, no al Estado; fácticamente, la prohibición del mandato imperativo desaparece, aunque la Constitución diga lo contrario (artículo 67.2); las elecciones «adquieren un carácter plebiscitario en las que el pueblo otorga su confianza y su capacidad de decisión para una legislatura dada al partido como organización y no a las personas incluidas en las listas electorales, salvo, naturalmente, en lo que se refiere al líder o a una minoría de líderes de este o de aquel partido»⁵⁹; la democracia «puede convertirse muy bien en oligarquía»⁶⁰; etc. Sin embargo, lo cierto es que no podemos prescindir de ellos mientras los supuestos sociológicos sean los anunciados. Y, siendo esto así, el sistema jurídico-político, en cuyo vértice está la Constitución, depen-

⁵⁶ Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit., p. 1657.

⁵⁷ Manuel García-Pelayo, *El Estado de partidos*, op. cit., p. 2003.

⁵⁸ Aquí seguimos a Raymond Aron. El autor francés sostenía que el franquismo era un régimen sin partido. Es decir, no era un régimen de partido único. «El régimen del general Franco en España -dice Aron- tampoco es un régimen de partido único, comparable con el modelo nacionalsocialista o comunista, ni a un régimen de partidos múltiples, sino autoritario en nombre de la idea que se hace de España y de la doctrina de legitimidad que proclama, aceptando grupos organizados de los cuales ninguno, Falange, Iglesia, ejército o sindicatos, es considerado como el soporte exclusivo del Estado». Raymond Aron, *Democracia y totalitarismo*, op. cit., pp. 80-81

⁵⁹ Manuel García-Pelayo, *El Estado de partidos*, op. cit., p. 2007.

⁶⁰ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 55.

de del buen funcionamiento del sistema de partidos o, como sostiene García-Pelayo, «la vigencia misma de la Constitución depende del grado de consenso o de antagonismo entre los partidos políticos, del número de estos y, sobre todo, de sus relaciones y combinaciones recíprocas, así como de sus conexiones con las organizaciones de intereses, pues, al fin y al cabo, los partidos son los principales actores político-constitucionales, en los que se articula no solamente el cuerpo electoral, sino también las Cortes y el Gobierno»⁶¹.

3.2. La Constitución es una decisión. Constitución versus leyes constitucionales

Siguiendo a Schmitt, García-Pelayo afirma, de un lado, que la Constitución es una decisión y, de otro lado, que hay unos preceptos que contienen las decisiones políticas fundamentales a las que el resto de preceptos (las leyes constitucionales) han de servir.

En primer lugar, «sin necesidad de caer en dramatismos existencialistas», García-Pelayo sostiene que «la Constitución es una decisión»⁶². Entendiendo decisión como «la opción consciente entre dos o más alternativas a fin de lograr un estado de cosas deseado y que lleva implícito un cierto factor de incertidumbre que debe, sin embargo, ser reducido en el mayor grado posible»⁶³. Por ejemplo, la Constitución decide entre: monarquía o república, Estado centralizado o descentralizado, derecho fundamental X o derecho fundamental Y o derecho fundamental X y derecho fundamental Y, etc.

Que García-Pelayo mantenga que la Constitución es una decisión es de vital importancia, pues permite, en primer lugar, corregir lo dicho por algún despistado⁶⁴ y, en segundo lugar, porque desmiente que el consenso sea incompatible con el decisionismo⁶⁵. La decisión no implica forzosamente la imposición unilateral de un punto de vista sobre los demás, sino que puede ser resultado de un amplio pacto en el que diferentes posturas son escuchadas. Mediante el consenso se llegará a una decisión

⁶¹ Ibidem, p. 11.

⁶² Ibidem, p. 15.

⁶³ Ibidem, p. 16.

⁶⁴ «Lo que García Pelayo no acepta en ningún momento -afirma Cuevas Lanchares- es la concepción decisionista de la constitución, mostrándose partidario del concepto racional normativo, afín a las tesis de Kelsen» (Juan Carlos Cuevas Lanchares, *Los intelectuales y la política en España. Francisco Javier Conde (1908-1974). La legitimación de la dictadura*, UCM, Madrid, 2016, p. 264. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/38020/1/T37315.pdf>). Lo más curioso es que este autor cita *Derecho Constitucional comparado* para hacer tal aseveración. Ya solo le falta leerlo para caer en la cuenta de su error.

⁶⁵ Tesis contraria a la defendida por López Guerra (Luis López Guerra, «Epílogo», en Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, op. cit., p. IV) o por Monereo (José Luis Monereo, «Estudio preliminar», en Carl Schmitt, *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, Comares, Granada, 2003, p. XLI).

que, sin ser la pretendida por todos al inicio, sí es, finalmente, aceptable para todos. Gracias al consenso, que es un acuerdo en las decisiones políticas fundamentales, la Constitución de 1978 no es -a diferencia de los Códigos políticos anteriores- una Constitución de partido, sino que es un texto atribuible «a la totalidad del pueblo español»⁶⁶.

En su dictamen sobre la Constitución, García-Pelayo admite la distinción entre Constitución y leyes constitucionales⁶⁷. Señala -acertadamente- que el texto de 1978 tiene en cuenta que hay unos preceptos que contienen las decisiones políticas fundamentales del pueblo español y otros preceptos que meramente sirven al desarrollo de los primeros. Tal distinción se ve diáfana en los procedimientos de reforma. En concreto, el artículo 168 nos indica cuáles son las decisiones fundamentales: título preliminar; capítulo II, sección primera del título I; y título II o, lo que es lo mismo, artículos que configuran España como Estado social y democrático de derecho, Estado autonómico, monarquía parlamentaria y, como símbolos, bandera roja-amarilla-roja y capital en Madrid (título preliminar); derechos fundamentales liberales y algunos sociales (capítulo II, sección primera del título I); y Corona (título II). Estas decisiones, que son el núcleo de la Constitución, están especialmente protegidas de cara a una posible reforma. Siguiendo a Schmitt, García-Pelayo mantiene que si se cambiasen estas decisiones, aun por la vía de la reforma, estaríamos ante una nueva Constitución. Por ende, las Cortes que emprendiesen tal quehacer tendrían «función expresamente constituyente»⁶⁸. El resto de preceptos presentes en el texto constitucional -las leyes constitucionales- sirven al desarrollo de aquellas decisiones fundamentales. Por ejemplo, el título VIII desarrolla la decisión del pueblo español por el Estado autonómico o, por ejemplo, el artículo 135 (reformado en 2011), que regula la economía para viabilizar la decisión por el Estado social, constitucionaliza el principio de estabilidad presupuestaria y consagra que el pago de la deuda pública «gozará de prioridad absoluta»⁶⁹. Las leyes constitucionales tienen un procedimiento de reforma ordinario (artículo 167). Y, como ya sabemos habida cuenta de nuestras dos reformas (el artículo 13.2 en 1992 y el

⁶⁶ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 19.

⁶⁷ Postura que no es nueva. Véase, por ejemplo, Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, op. cit., p. 320 y p. 633; o, por ejemplo, Manuel García-Pelayo, *«Derecho constitucional», OC III*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 2300-2306.

⁶⁸ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 33. Asamblea constituyente que, siguiendo a Schmitt, ejercerá una dictadura soberana a fin de dar nueva forma y modo de existencia política al Estado español; dictadura que finalizará una vez el nuevo Código político entre en vigor.

⁶⁹ Este segundo caso es un ejemplo de las «garantías institucionales» de las que Schmitt hablaba. El pago de la deuda fue elevado al texto constitucional -por exigencia de la Unión Europea- para que su cumplimiento no quedase al albur del legislador ordinario, esto es, de mayorías cambiantes.

citado 135 en 2011), su modificación no implica alterar la sustancia de la Constitución⁷⁰.

3.3. El fallido intento de constitucionalización de la disposición adicional primera como ejemplo de pacto intraestatal

En el proyecto de Constitución aprobado por el Congreso, la disposición adicional primera decía: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». Empero, a iniciativa de la minoría vasca, la Comisión Constitucional del Senado modificó tal disposición para afirmar que «la Constitución reconoce y garantiza los derechos históricos de los territorios forales, cuya reintegración y actualización se llevará a cabo de acuerdo entre las instituciones representativas de dichos territorios y el Gobierno».

Ante el cambio del texto realizado por la Cámara Alta, García-Pelayo se escandalizó. Publicó un artículo en *El País*⁷¹ y, asimismo, entregó a Antonio Jiménez Blanco (portavoz de UCD en el Senado) un documento donde mostraba su parecer sobre dicho cambio.

Siguiendo también a Schmitt en este punto, el jurista español señala que la nueva redacción de la disposición da a entender que existen varios sujetos del poder constituyente. A un lado, el pueblo español y, a otro lado, el pueblo de los «derechos históricos». Porque los verbos «reconocer y garantizar» entrañan algo que es anterior a la propia Constitución y cuya validez y legitimidad no dependen de ella. Tras la modificación de la disposición, la Constitución se limita a «reconocer y garantizar» una fuente del derecho que no irradia de la voluntad unitaria del pueblo español. Mas, recuerda García-Pelayo, la Constitución descansa «sobre la idea de la soberanía nacional y la negación de esta lleva implícita también la de aquella»⁷².

Además, el precepto establece que la «reintegración y actualización» de los derechos históricos «se llevará a cabo de acuerdo entre las instituciones representativas de dichos territorios y el Gobierno». Sin embargo, esta afirmación supone poner en pie de igualdad al Gobierno, cuya legitimidad deriva de la soberanía nacional, con unas «instituciones representativas» cuya legitimidad derivaría de la población de los territorios de

⁷⁰ No faltaron voces catastrofistas en 2011. Estos apocalípticos sostenían que, como había que priorizar el pago de la deuda pública, ya no habría dinero para educación, que si sería una decisión concreta del pueblo español (artículo 27), etc. La verdad, once años después, podemos afirmar que la reforma del artículo 135 no afectó en nada a la sustancia de la Constitución. Por lo tanto, la teoría schmittiana resulta plenamente válida.

⁷¹ «El proyecto constitucional y los “derechos históricos”», publicado el 24 de septiembre de 1977.

⁷² Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 166.

los «derechos históricos». Población que se segregaría, así, de la sociedad española. Pero a la «escisión de la comunidad nacional sigue necesariamente la del ordenamiento jurídico»⁷³. En fin, la nueva redacción de la disposición adicional abre «paso a la existencia de dos ordenamientos jurídicos distintos, con los distintos fundamentos de validez y, por tanto, dotados uno y otro con normas de rango supremo»⁷⁴.

García-Pelayo concluía que la referencia a los derechos históricos prevista en el proyecto de Constitución modificado por la Comisión Constitucional del Senado privaba «de todo valor a la decisión que el pueblo español emita sobre la Constitución»⁷⁵. Felizmente, el constitucionalista fue escuchado y, en consecuencia, se volvió a la redacción del Congreso.

3.4. La decisión en el caso excepcional: el Gobierno y el rey como defensores de la Constitución

Considerar que la Constitución es decisión antes que norma tiene una importancia jurídica de primer orden cuando del caso excepcional se trata. Caso que no está previsto en normas jurídicas, pues, si lo estuviese, el supuesto podría subsumirse en las mismas y, por ende, ya no estaríamos ante un caso excepcional sino que la situación podría resolverse aplicando las normas jurídico-positivas vigentes. La Constitución, a lo sumo, podrá establecer a quién corresponde decidir, mas no cómo se decide. Tal era el caso, como hemos visto⁷⁶, del presidente del Reich en la República de Weimar. Una serie de preceptos otorgaban al presidente la capacidad de decisión. El presidente devenía en guardián de las decisiones políticas fundamentales del pueblo alemán consagradas en el texto constitucional weimariano. Artículos -en concreto, el 48- que, según Schmitt, convertían al presidente en dictador comisario destinado a paliar todo peligro que surgiese y que amenazase con echar abajo la Constitución. El presidente podía suspender algunos artículos *in concreto* durante la excepción para salvar la Constitución como un todo. Mas esto, insistimos, solo es posible si, primero, se considera que la Constitución es decisión antes que norma y, en segundo lugar, si se distingue que hay unos preceptos que contienen las decisiones políticas fundamentales y otros que, por el contrario, meramente sirven al desarrollo de aquellos.

De acuerdo con su idea de Constitución, García-Pelayo defiende que «una Constitución debe prever aquellos casos en los que o bien las exigencias funcionales de la gestión estatal impidan seguir los procedimientos ordinarios, especialmente en materia legislativa, o bien los métodos para restablecer la normalidad, sin la que es imposible la vigencia

⁷³ *Ibidem*, p. 167.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Supra*, pp. 10-11.

de la normatividad y que puede implicar la suspensión temporal de algunos preceptos constitucionales para salvar a la Constitución como un todo⁷⁷. Es decir, el jurista de Estado ve con buenos ojos la teoría schmittiana del dictador comisario como aquel sujeto encargado de superar una situación anómala suspendiendo ciertas garantías y derechos *in concreto* «para salvar a la Constitución como un todo»⁷⁸. Señala que la Constitución española de 1978 cumple estos requisitos. Y, en particular, merece la pena recordar dos de ellos.

En primer lugar, el artículo 155 de la Constitución, «bajo la inspiración del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar»⁷⁹, habilita al Gobierno a «adoptar las medidas necesarias para obligar» a una Comunidad Autónoma a cumplir «las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan» (artículo 155.1). Este artículo, no obstante establecer que será el Gobierno el que decida, no encierra una competencia específica, sino que faculta a aquel a tomar todas «las medidas necesarias». Cuales sean estas dependerá de la gravedad de la situación⁸⁰.

En segundo lugar, tenemos la figura del rey. El monarca parlamentario, además de ser un símbolo de integración nacional⁸¹, es poseedor «de un fondo último e inconcreto de poder que quizás actúa solamente en caso de gravísima crisis»⁸². En principio, la Constitución despoja al rey de atribuciones para conducir políticamente el país. Sin embargo, en

⁷⁷ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 29.

⁷⁸ Estas ideas no son nuevas en García-Pelayo. Véase, por ejemplo, Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, op. cit., pp. 360-365; o, en la misma obra, cuando comenta el artículo 16 de la Constitución de V República francesa, que consagra la teoría schmittiana: «La más decisiva e importante de las atribuciones del presidente es la establecida en el art. 16, que le encomienda tomar las medidas “exigidas por las circunstancias” en caso de peligro grave e inmediato, de naturaleza exterior o interior. (...) El art. 16 de pone en manos del presidente de la República la dictadura comisoria sin otros límites que los exigidos por las circunstancias» (Ibidem, p. 724). También afirma en otro lugar: «Es imposible encerrar en la rigidez del derecho positivo todas las posibles contingencias que puedan plantearse en el desarrollo de los acontecimientos, pues la excepción es un momento competente tanto para la vida individual como para la vida colectiva; no cabe duda que toda normatividad tiene como supuesto necesario una normalidad, pues no hay norma que se pueda aplicar a un caos, de donde se desprende que es siempre preciso dejar un margen de decisión personal a las instancias supremas del poder político» (Manuel García-Pelayo, *Idea de la política y otros escritos*, OC II, CEPC, Madrid, 2009, p. 1780). En síntesis, el jurista español es un firme defensor de la concesión de poderes extraordinarios para salvar la Constitución como un todo.

⁷⁹ Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 30.

⁸⁰ La única vez que se aplicó este artículo, con ocasión del desafío independentista catalán, fue para suspender la autonomía de dicha región. Esto supuso «silenciar» buena parte del Título VIII de la Constitución para salvarla en su conjunto.

⁸¹ Sobre el monarca como factor de «integración personal», véase, Rudolf Smend, *Constitución y derecho Constitucional, La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar: Constitución y Derecho constitucional versus El Estado como integración*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 29-35 y pp. 110-112.

⁸² Manuel García-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, op. cit., p. 94 y p. 96.

situaciones extremas que ponen en jaque las decisiones políticas fundamentales, o sea, en el caso excepcional que amenaza con echar abajo la Constitución, lo que parece simbólico deja de serlo y, consecuentemente, el rey deviene en portador «de un fondo último e inconcreto de poder». Tal es el sentido del artículo 56.1 del texto constitucional, que otorga al rey el papel de árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones⁸³, o del artículo 62.f, que lo coloca al frente de las Fuerzas Armadas⁸⁴.

Con los anteriores ejemplos, vemos que Carl Schmitt y su defensor de la Constitución están presentes en nuestro texto constitucional. En uno y otro caso, tanto el Gobierno como el rey no son soberanos en virtud de una norma o competencia concreta, sino que son soberanos porque deciden. Se trata de cláusulas de cierre del sistema que permiten suspender ciertos preceptos *in concreto* para salvar la Constitución como un todo o, dicho de otro modo, posibilitan que ciertas normas se silencien para salvar las decisiones políticas fundamentales en las que el modo de existencia política del pueblo español se expresa. Si se considera correcta la ecuación *derecho = normas*, las decisiones que hagan callar las normas en el caso excepcional serán inconstitucionales puesto que se habrá ido más allá de lo permitido por las propias normas. Pero si se considera que el *derecho = normas + decisiones*, la actuación llevada a cabo por el Gobierno o por el rey, actuación que no está prevista en un esquema de competencias perfectamente delimitado y expresado en normas, será lo más constitucional que exista porque permitirá salvar la Constitución como un todo silenciando ciertos preceptos en el caso concreto. Obvio es que García-Pelayo, siguiendo a Schmitt, se decanta por lo segundo. Como afirmaba: «No cabe duda que toda normatividad tiene como supuesto necesario una normalidad, pues no hay norma que se pueda aplicar a un caos, de donde se desprende que es siempre preciso dejar un margen de decisión personal a las instancias supremas del poder político»⁸⁵. Conviene no olvidarlo.

Enviado el (Submission Date): 14/05/2022

Aceptado el (Acceptance Date): 23/06/2022

⁸³ Sobre el papel del rey como árbitro, véase el sugestivo artículo de Eloy García, «El rey en la Constitución de 1978: el cometido de la Monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *Revista de derecho político*, n° 105, 2019, pp. 19-55.

⁸⁴ En lo que va de vida constitucional, estas facultades extraordinarias han sido empleadas en dos ocasiones y expresadas en dos famosos discursos pronunciados por Juan Carlos I, con ocasión del golpe de Estado militar del 23 de febrero de 1981, y por Felipe VI, con motivo del golpe de Estado catalán de octubre de 2017.

⁸⁵ Manuel García-Pelayo, *Idea de la política y otros escritos*, op. cit., p. 1780.