

## HAYEK, SCHMITT Y EL ESTADO DE DERECHO

Renato Cristi

### RESUMEN

*A partir de la noción de Estado de Derecho, el ensayo pretende desvirtuar la errónea interpretación que, a juicio del autor, realiza Hayek respecto del pensamiento de Carl Schmitt. Se demuestra, en efecto, que la crítica de Schmitt no apunta a toda forma de liberalismo, sino que sólo a aquella que, desarrollada a lo largo del siglo XIX, conduce a un Estado de Derecho formal y, por ende, positivista. Se concluye en la coincidencia que tanto Hayek como Schmitt tienen en cuanto a la necesidad de un régimen político que, manteniendo su carácter democrático, esté dotado de una autoridad lo suficientemente fuerte como para limitar su propio ámbito de acción y dejar así librada a la sociedad civil a su destino natural.*

La teoría política y jurídica del liberalismo encuentra su apoyo más sólido en la noción de estado de derecho (*Rechtsstaat* para los alemanes y *rule of law* para los anglosajones). Aparece por tanto natural el intento de Hayek de desarrollar una filosofía de la libertad que descansa sobre esa base. En su filosofía jurídica, la noción de estado de derecho determina las dos condiciones más generales para la posibilidad de la libertad individual. Por una parte, como principio de distribución, designa el dominio protegido, en cuyo interior los individuos pueden manifestar su soberanía personal sin trabas. Se reconoce que esta zona de protección precede a la constitución del Estado, el que debe ser concebido como un mero medio para la obtención de los fines que se fijen libremente los individuos. El estado de derecho postula así la separación entre la sociedad civil y el Estado. La sociedad civil, el santuario de la libertad personal, demanda legítimamente una mínima interferencia en sus asuntos internos. Por otra parte, l'Etat de droit organiza esa distribución básica, determinando la limitación del poder estatal, y manteniendo para ello una separación de sus poderes y competencias como garantía de esa misma limitación. Como lo expresa William Paley: "La máxima fundamental de un Estado libre, es que las leyes deben dictarse por un grupo de personas, y administrarse por otro"<sup>1</sup>.

El diseño de las constituciones liberales refleja esta condición doble. En primer lugar, ellas incluyen un catálogo de los derechos de los individuos, protegidos pero no establecidos o generados por el Estado. En segundo lugar, como garantía de que el Estado no trasgredirá sus límites, las facultades y competencias estatales deben quedar estrictamente definidas y separadas<sup>2</sup>. Es sólo con respecto a esta última función, es decir, como principio de organización estatal, que la noción d'Etat de droit encuentra el verdadero ámbito de su aplicación. En este respecto,

<sup>1</sup> Cf. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, South Bend, Gateway, 1960, p. 173.

<sup>2</sup> Cf. SCHMITT, "L'Etat de droit bourgeois", *Du politique. "Légalité et légitimité" et autres essais*, Textes choisis et présentés par Alain de Benoist, Paris, Pardès, 1990, p. 33.

posiblemente la mejor definición de l'Etat de droit queda consignada en el *Segundo Tratado* de Locke: "Quienquiera posea el poder legislativo o supremo en una comunidad, está forzado a gobernar según leyes establecidas y vigentes, promulgadas y conocidas por el pueblo, y no por decretos *ex tempore*"<sup>3</sup>. Las interferencias arbitrarias en los asuntos de la sociedad civil quedan así excluidas. Las leyes deben ser abstractas y generales, independientes de la voluntad particular del legislador, e independientes también de los fines particulares de personas particulares. El requisito de vigencia legal se cumple por la persistencia y duración de las leyes. Estas deben distinguirse de las medidas que son siempre decisiones concretas, particulares y *ad hoc*. Según Hayek, la generalidad y persistencia de las leyes es lo que garantiza la protección de los individuos frente a la prerrogativa y la autoridad arbitraria. A su parecer, es la contención objetiva de la autoridad lo que le da sentido último al liberalismo. El liberalismo no es de por sí incompatible con una práctica coercitiva; no lo es cuando la autoridad que la imponga permita a los individuos un conocimiento pleno del curso y las consecuencias de su aplicación. Esto constituye ciertamente una condición puramente formal, y tal como lo reconoce Hayek, l'Etat de droit es indiferente con respecto a las consecuencias de la aplicación de la ley. La generación de desigualdades substantivas entre los individuos no le concierne. La libertad individual peligra sólo cuando se intenta modificar o corregir tales resultados mediante la intervención estatal. Hayek defiende enfáticamente la idea de que cualquier transgresión al Etat de droit allana la vía hacia el totalitarismo.

Según Hayek, la crítica de Schmitt al liberalismo durante la República de Weimar, y más tarde su papel protagónico durante los años de consolidación del régimen nacionalsocialista, contribuyó en gran medida a la precipitación de una de las más serias crisis del liberalismo moderno. Schmitt, escribe Hayek, debe ser considerado como "el más influyente de los teóricos nazis del totalitarismo"<sup>4</sup>. Schmitt es quien primero elabora una teoría filosófica del totalitarismo y, al negarle sentido a la separación entre el Estado y la sociedad civil, da con "la esencia de su definición"<sup>5</sup>. Pero es, en verdad, la crítica de Schmitt a la noción de Etat de droit lo que primordialmente atrae la atención de Hayek y, en cierto modo, determina su propio trabajo intelectual. La familiaridad de Hayek con el pensamiento jurídico de Schmitt es vasta. Lo considera un brillante teórico político y jurídico, quien "en los años 20 conoce probablemente mejor que nadie el desarrollo del Estado, y más tarde, adopta una postura tanto moral como intelectualmente errada"<sup>6</sup>. Es en este período que Schmitt dedica sus "formidables poderes intelectuales para luchar contra el liberalismo en todas sus formas"<sup>7</sup>. El éxito de su lectura de la Constitución de Weimar, particularmente después de la ruptura de la

<sup>3</sup> LOCKE, *Second Treatise on Government*, edit. por C. B. Macpherson, Indianapolis, Hackett, 1980, p. 68.

<sup>4</sup> HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago & Londres, The University of Chicago Press, 1944, p. 187.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>6</sup> HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. III. *The Political Order of a Free People*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1979, pp. 194-194, nota 11.

<sup>7</sup> HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I. *Rules and Order*, Chicago, The University of Chicago, 1973, p. 71.

Gran Coalición y la consolidación del régimen presidencial en marzo de 1930, y también su estrecha amistad con prominentes miembros de la jerarquía nazi, le dan acceso al régimen de Hitler del que llega a ser su *Kronjurist*<sup>8</sup>.

Se puede afirmar que la teoría política y legal de Hayek se ha desarrollado en la medida en que intenta defender al liberalismo y la noción d'Etat de droit del ataque de Schmitt. Los argumentos de Hayek en este respecto pueden interpretarse como la exacta contrapartida de la teoría política y legal de Schmitt. Sin embargo, no se supera una posición adversaria erigiendo simplemente su contraposición, en tanto que toda negación es también determinación. Una posición así impugnada no resulta verdaderamente superada, sino más bien tiende a preservarse como la contrafigura en un espejo. Algo semejante le ha sucedido a Hayek. Algunos de los presupuestos básicos de Schmitt han penetrado su filosofía de la libertad, efectivamente determinando el contenido de su argumentación.

Aunque Hayek, acertadamente, enfatiza la contribución de Schmitt a la ideología nacionalsocialista, se equivoca al postular que su adversario principal ha sido el liberalismo en todas sus formas. La preocupación central de Schmitt es, en verdad, el componente democrático, que según él se adhiere ilegítimamente al liberalismo clásico durante el siglo XIX. Se ha alterado así el delicado equilibrio de formas políticas que constituyen a la institución que mejor caracteriza este compromiso liberal-democrático —el parlamento—. El propósito de este ensayo busca corregir la interpretación que tiene Hayek de la obra de Schmitt. La distancia busca establecer entre su propia postura liberal conservadora y el presunto compromiso de Schmitt con el totalitarismo presupone una lectura sesgada de la producción intelectual de este último. Me gustaría dejar en claro que, aun tomando en cuenta el compromiso prudencial que adopta Hayek con los métodos democráticos, esa distancia se reduce bastante.

## I.

La teoría jurídica de Schmitt se apoya en la distinción entre dos concepciones del derecho que contrasta polarmente —el decisionismo y el normativismo<sup>9</sup>—. El normativismo, según Schmitt, representa la preeminencia de la generalidad y la pura racionalidad. Las reglas abstractas y generales no toman en cuenta el detalle de las circunstancias concretas ni las intenciones particulares. El normativismo expresa la dominación de la *ratio* sobre la *voluntas*, de *Lex* sobre *Rex*. Este legalismo marcha de la mano con la razón capitalista y legitima un mecanismo que, según Schmitt, satisface indiferentemente, y con igual exactitud "cualquier demanda, ya sea por blusas de seda o por gas venoso"<sup>10</sup>. El normativismo define al Etat de droit liberal y encuentra su mejor expresión en la filosofía del derecho de Kant. Liberales kantianos, como Hans Kelsen, son los responsables de la interpretación normativista de la constitución de Weimar.

<sup>8</sup> HAYEK, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1967, p. 169.

<sup>9</sup> SCHMITT, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische, 1934, pp. 11-29.

<sup>10</sup> SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form*, München, Theatiner, 1925, p. 20.

El decisionismo, por el contrario, es el campo de las medidas particulares y concretas. Representa la preeminencia de la *voluntas* sobre la *ratio*. Según Schmitt, la fórmula hobbesiana *Auctoritas non veritas facit legem* captura exactamente su sentido. El derecho es esencialmente un mandato, una orden deliberada. Tras la generalidad abstracta de las normas uno siempre encuentra los intereses concretos de una voluntad. La normatividad sólo puede definirse contra el trasfondo de lo excepcional. Es, en último término, la fuerza existencial de lo excepcional y lo extraordinario lo que sostiene a lo que pasa por normal y ordinario. Schmitt cita a Kierkegaard: "La excepción explica lo universal. Si se intenta estudiar lo universal no se necesita otra cosa que considerar una excepción certificada. Lo excepcional dejará todo mucho más claro que lo universal mismo"<sup>11</sup>. Para Schmitt, entonces, la normatividad legal se define y se explica por una voluntad extraordinaria, por la voluntad del soberano. Soberano es quien decide el estado de excepción. Lo excepcional, en principio, escapa toda definición. El pensamiento clásico intenta una respuesta en los términos de una teología política, exhibiendo la analogía que puede establecerse con el supremo mando de Dios sobre su creación. Puede explicar así el poder ilimitado de los soberanos seculares por su participación en la omnipotencia divina. La decisión que suspende l'Etat de droit puede explicarse como un milagro. En la modernidad, el liberalismo positivista del siglo XIX sofoca efectivamente la conciencia de las bases voluntaristas que fundan la noción d'Etat de droit. Es necesario mirar por detrás de la fachada racionalista de las formas jurídicas para entrever algo más prosaico: la noción hobbesiana de soberanía.

Armado de esta simple distinción Schmitt busca descubrir y liberar los elementos decisionistas reprimidos por el sentido explícitamente normativista de la Constitución de Weimar. Más allá del *Reichstag*, que percibe como irresoluto y carente de vigor político, apunta su dedo en la dirección del *Reichspräsident*, a su parecer la figura constitucional con mayor potencial decisionista. La figura del *Reichspräsident*, verdadera anomalía en el diseño constitucional de Weimar, se inspira en la noción weberiana de un liderazgo carismático y provee un sustituto para el papel que previamente desempeñaba la Corona. Pero más allá de las intenciones de los juristas que diseñan su campo de acción, el curso mismo de los eventos es en parte responsable de su elevación desde lo que podría haber sido una pura función decorativa, hasta llegar a ser el árbitro supremo, el protector de la constitución, y en definitiva el director soberano del Estado. Schmitt sigue paso a paso esta carrera ascendente, ilustrando y guiando su curso político, allanando obstáculos y reservas ideológicas.

Entre estas últimas hay un número de supuestos asumidos por el liberalismo de Weimar, resultado de las acreciones que recibe el ideario liberal cuando se ve en la necesidad de acomodarse a las crecientes presiones democráticas. Schmitt monta su ofensiva precisamente en contra de esta articulación de principios liberales y democráticos. En primer lugar, el determinante democrático erosiona la distinción entre Estado y sociedad civil, la nota esencial de una constitución liberal. El liberalismo concibe a la sociedad civil como el dominio protegido de los derechos ilimitados de los individuos. La función de l'Etat de droit burgués es

<sup>11</sup> SOREN KIERKEGAARD, *Die Wiedeholung, Gesammelte Werke*, Düsseldorf, Eugen Diederichs, 1967, p. 93; citado en SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München & Leipzig, Duncker & Humblot, 1934, p. 11.

eliminar toda interferencia arbitraria y no-consentida en esta esfera. Al mismo tiempo, y esto se olvida muchas veces, el Estado, al separarse de la sociedad civil, también adquiere un cierto dominio protegido para su acción, en tanto que obtiene el monopolio de lo político como tal. Elevándose por encima de las tendencias pluralistas de la sociedad civil, el Estado se libra de las facciones, preserva su unidad y puede de este modo asegurar la estabilidad política. El liberalismo clásico defiende la autonomía e independencia del Estado como único modo de prevenir la politización de la sociedad civil. Esto contribuye también a detener el avance de propuestas democrático-radicales. Los regímenes liberales presentan de este modo una duplicidad conceptual que nadie ha expresado mejor que Benjamin Constant cuando afirma que "le gouvernement en dehors de sa sphère ne doit avoir aucun pouvoir; dans sa sphère il ne saurait en avoir trop"<sup>12</sup>. Schmitt piensa que el avance de la democracia en la república de Weimar compromete fatalmente la autoridad del Estado liberal y erosiona la distinción entre sus esferas y competencias. La democracia requiere una identidad entre sociedad civil y Estado, y sus presiones desde abajo tienen el efecto de debilitar al Estado como una entidad política autónoma. Esas presiones habrían forzado al Estado liberal del siglo XIX a la renuncia de su monopolio sobre la política. La política había transferido su locus desde el Estado a la sociedad civil. Esto es lo que propiamente caracteriza el compromiso histórico entre liberalismo y democracia. Según Schmitt, este compromiso ha resultado ser muy inestable. La difusión de la política al extremo de convertirse en propiedad social significa no sólo el fin del Estado fuerte que postula el liberalismo clásico, sino también del Estado democrático-liberal. La movilización total de la sociedad civil evoca el nacimiento de un nuevo Estado. Inspirado en la noción de *totale Mobilmachung* de Jünger, Schmitt llama a este nuevo Estado "Estado total", que más tarde se traduciría como "Estado totalitario"<sup>13</sup>. El Estado totalitario tiene, según Schmitt, más afinidad con la democracia que con el liberalismo. No resulta de la autoridad y

<sup>12</sup> Citado en WILHELM ROPKE, *Civitas Humana*, Londres, W. Hodge, 1948, p. 28. Constant ha elaborado una de las más articuladas defensas del liberalismo conservador. Defiende, como liberal, la doctrina de las limitaciones constitucionales del Estado (cf. HAYEK, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Londres & Hendley, Routledge and Kegan Paul, 1978, p. 126). Pero adopta una actitud conservadora al retener la noción de soberanía mediante la cual se asegura la autonomía del Estado. "(Constant) no piensa que el poder sea el antónimo de la libertad. Afirma que lo público y lo privado, la soberanía y la independencia individual pueden coexistir y expandirse simultáneamente" (HOLMES, STEPHEN *Benjamin Constant and the Making of Modern Politics*, New Haven & Londres, Yale University Press, 1984, p. 10). Su concepción de la monarquía como un *pouvoir neutre* es, según Schmitt, de un "inmediato interés" para la noción de un *Staatspräsident* republicano (Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965, p. 287; cf. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1931, p. 134).

<sup>13</sup> En noviembre de 1932, Schmitt dicta una conferencia para una asociación de empresarios alemanes. Esta conferencia constituye un manifiesto liberal conservador (SCHMITT, "Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftführern", *Volk und Reich*, 2, 1933, pp. 81-94). En ella distingue entre un totalitarismo cuantitativo y uno cualitativo. Esta distinción identifica al autoritarismo como una variante del Estado totalitario (ibid, p. 84). Es preciso notar que la distinción hecha por Heinz O. Ziegler entre totalitarismo y autoritarismo, clave de la filosofía política de Hayek, se deriva de Schmitt (ZIEGLER, *Autoritärer oder totaler Staat*, Tübingen, Mohr, 1932; cf. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, p. 442, nota 1).

autonomía reforzadas del Estado liberal clásico, sino de una minusvalía autoritaria. Schmitt aboga por la despolitización total de la sociedad civil y por la concentración autoritaria del poder político en una figura dotada de poderes dictatoriales, como modo de prevenir que un régimen totalitario se alce por encima de la neutralidad normativista. Según Schmitt, el Estado autoritario podría constituirse y sobrevivir si se descarta a la democracia como forma política exclusiva y excluyente. Esta es precisamente la misión que le encomienda al *Reichspräsident*. Este debe dejar de ser una mera extensión de la sociedad civil, y elevarse sobre ella con independencia y autonomía dictatoriales. Debe presidir un Estado que sea lo suficientemente fuerte para asumir la distinción política “entre amigos y enemigo”, y que a la vez deje en libertad de acción al sector empresarial, ya sea a través de la iniciativa privada, ya sea a través de la “autogestión económica”, es decir, la constitución de una esfera de negocios públicos, pero no estatales<sup>14</sup>.

Un segundo supuesto del liberalismo del siglo XIX es su aceptación de la preeminencia de la legitimidad democrática por sobre la legitimidad monárquica. El liberalismo clásico no es incompatible con la segunda. Por el contrario, el principio monárquico representa un arreglo institucional viable para preservar la separación entre la sociedad civil y el Estado, en tanto que el monarca centraliza y monopoliza el poder político. Schmitt percibe claramente que no es posible atacar este segundo supuesto del liberalismo del siglo XIX, y revivir el principio monárquico. Concibe, sin embargo, una manera de diluir la soberanía popular de modo de tornarla inefectiva. Nuevamente concentra su atención en la figura del *Reichspräsident*. Es verdad que la Constitución de Weimar establecía la elección popular para el *Reichspräsident*. Pero tal elección puede interpretarse como distinta de una elección democrática. Puede interpretarse como una aclamación plebiscitaria, en la que se respeten ciertas formalidades del proceso democrático, pero se altere su contenido participativo.

*[El Reichspräsident] debe pensarse idealmente como la persona que unifica en sí la confianza del pueblo como totalidad, más allá de las organizaciones y burocracias partidistas. Es capaz de esto como aquel en quien la totalidad del pueblo deposita su confianza, y no como miembro de un partido. La elección del Reichspräsident... es más que una elección democrática cualquiera. Es la grandiosa aclamación del pueblo alemán...*<sup>15</sup>.

El pueblo que aclama al *Reichspräsident* actúa como una desorganizada masa de electores incapaces de decidir los asuntos sustanciales que les conciernen. “El pueblo selecciona a sus líderes para que sean ellos quienes gobiernen. El pueblo no puede decidir permanente y continuamente acerca de las dificultades que ellos enfrenten o acerca de sus diferencias de opinión”<sup>16</sup>. Se requiere así de un lide-

<sup>14</sup> Cf. SCHMITT, “Starker Staat und gesunde Wirtschaft”, pp. 84-89. Schmitt explícitamente niega que la suya sea una concepción liberal (p. 89), y no tiene escrúpulos en llamar al Estado autoritario que propone, siguiendo el uso de la época, Estado totalitario cualitativo. A pesar de esto, me parece que el detalle de su propuesta está estrechamente emparentado con la concepción liberal conservadora de Constant y Hegel.

<sup>15</sup> SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 350.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 351.

razgo fuerte e independiente para imponer la necesaria despolitización de la sociedad civil e impedir su total politización democrática. Cabría preguntarse, sin embargo, ¿por qué la despolitización total de la sociedad civil es menos totalitaria que su politización total? ¿Es mera coincidencia que de todas las instituciones contempladas para la Constitución de Weimar sólo la del *Reichspräsident* sobreviva sin alteraciones durante el régimen nazi?<sup>17</sup>.

Un tercer supuesto del liberalismo del siglo XIX que Schmitt intenta enervar es la institución parlamentaria. Idealmente los parlamentos encarnan los dos requisitos fundamentales para el gobierno de la sociedad civil —la discusión y la publicidad—. Estos principios constituyen la condición necesaria del intercambio racional de ideas y de los procedimientos ejecutivos racionales. Pero esta situación ideal se ve afectada por dos contingencias. En primer lugar, el desarrollo desmedido de las relaciones de mercado afectan el funcionamiento de los parlamentos. Cuando una sociedad queda dividida en bandos sociales de intereses irreconciliables el debate desinteresado y racional no es ya posible. Este es el punto en que los parlamentos devienen instrumentos por medio de los cuales la sociedad civil intenta controlar el Estado, privándolo de su autonomía. En segundo lugar, el desarrollo democrático tiende a producir la politización de la sociedad civil, desvaneciendo la separación entre sociedad civil y Estado, y privando a los parlamentos de su monopolio de la política. Los diputados pierden su rol representativo y pasan a ser agentes que dependen de comisiones de su base electoral y de los partidos a que pertenecen. Schmitt concluye que un gobierno parlamentario que refleje sin contrapeso el pluralismo propio de la sociedad civil, y que, además, esté dominado por el juego político democrático, está destinado al fracaso. Para escapar de este desafortunado destino, Schmitt recomienda la acción de un *Reichspräsident* decisionista. Sólo el *Reichspräsident* puede librarse del pluralismo de la sociedad civil; sólo él puede unificar a la nación como depositario de la confianza del pueblo en su totalidad. Los ingredientes cruciales del libreto que Schmitt escribe para el *Reichspräsident* están contenidos en la sección 2 del artículo 48 de la Constitución del Weimar. Este artículo lo inviste de poderes ejecutivos poderosos para enfrentar emergencias e incluso le otorga la capacidad de dictar decretos que contravengan el orden legalmente establecido.

La mayor parte de quienes conocen la obra de Schmitt coinciden en considerar que el liberalismo es su adversario ideológico principal. Por mi parte, pienso que esta afirmación es sólo parcialmente correcta. Las objeciones de Schmitt están dirigidas, en verdad, en contra del componente democrático que se adueña del liberalismo durante el siglo XIX, y en particular en contra del *Rechtsstaat* formalista que ese compromiso liberal-democrático origina a partir de 1848. Paradójicamente es el conservador Friedrich von Stahl quien primero desarrolla una noción puramente jurídica del *Etat de droit* en el siglo XIX, idea que perfecciona más tarde el positivismo jurídico de Kelsen. Schmitt estima que el positivismo no es un tipo de pensamiento jurídico original y autónomo. Se constituye más bien por la fusión del decisionismo y el normativismo. El positivismo adopta, en un primer momento, una actitud decisionista cuando acepta la voluntad del legislador vigente; pero luego exige que “esa decisión valga como norma fija e inviolable, es decir, que el propio legislador estatal se subordine a la ley que él mismo ha pro-

<sup>17</sup> Cf. ERNST R. HUBER, “Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches”, *Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft*, 95, 1935, p. 203.

mulgado”<sup>18</sup>. La decisión del legislador es mera decisión; no se funda en ningún orden preestablecido, en ninguna concepción natural del derecho. Por ello, piensa Schmitt que el *Rechtsstaat* positivista es sólo un *Gesetzestaat*, un Estado de la legalidad que no puede aspirar a la legitimidad.

Hasta 1933 Schmitt pone el acento en el decisionismo como la manera de reforzar la unidad política estatal frente al pluralismo liberal-democrático. Sólo después del triunfo del nazismo percibe sus limitaciones y su conexión con el positivismo. El decisionismo se le aparece ahora como una postura tan unilateral como el normativismo. Carece de la objetividad necesaria para legitimar una estructura estable que dé lugar a una acción política continua. Existe el peligro, reconoce Schmitt en noviembre de 1933, que las urgencias del presente oscurezcan en fundamento estable que subyace a un gran movimiento político<sup>19</sup>. Ese fundamento estable debe ser considerado como precediendo a cualquier movimiento político, en tanto que sobre él reposan tanto un Estado normativista como un partido decisionista. La crítica temprana de Schmitt a la noción formalista de *Rechtsstaat* se integra ahora con una acentuación del contenido naturalista del derecho. Adopta la noción de orden concreto, y con ello, hace entroncar su pensamiento con la escuela del derecho natural en Alemania, y particularmente con Hegel. La noción de orden concreto corresponde al ser trascendentalmente estable que abarca tanto al decisionismo como al normativismo y se constituye en su razón legitimante. El antecedente más próximo a la noción de orden concreto se encuentra en la teoría de la institución de Maurice Hariou, pero más remotamente se funda en la *Sittlichkeit* hegeliana. Como Schmitt mismo lo reconoce, el Estado hegeliano no es sólo la expresión de una decisión soberana, ni sólo una vacía “normatividad de normas”, ni tampoco un escenario fluctuante para situaciones alternadas de emergencia y estabilidad. El Estado es más bien “un orden concreto de órdenes, una institución de instituciones”<sup>20</sup>. La esfera política no puede quedar monopolizada por un Etat de droit formalista e impersonal, o por las medidas personales de un soberano. Ambas figuras tienen su condición de posibilidad trascendental en un orden suprapersonal antecedente.

## II.

Hayek concuerda con quienes consideran que el blanco principal de la disputa que Schmitt sostiene con el liberalismo del siglo XIX es la noción d’Etat de droit. Piensa que tanto el decisionismo de Schmitt como su concepción de un orden concreto constituyen las armas con que dirime esa disputa. No es así extraño que la defensa hayekiana del Etat de droit esté montada sobre la base de una refutación de esas dos posturas. Según Hayek, tanto el decisionismo de Schmitt como su noción de orden concreto desembocan en el constructivismo. Ambas pueden englobarse, por lo tanto, bajo la rúbrica del positivismo jurídico, según el cual “el derecho, por definición, se origina exclusivamente en mandatos deliberados de una voluntad humana”<sup>21</sup>. Según Hayek, el positivismo jurídico

<sup>18</sup> SCHMITT, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, p. 35.

<sup>19</sup> SCHMITT, *Politische Theologie*, Prefacio.

<sup>20</sup> SCHMITT, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, p. 47.

<sup>21</sup> HAYEK, *The Constitution of Liberty*, p. 237.



da libre curso a una voluntad intervencionista y a políticas constructivistas que ponen en peligro el orden que se genera espontáneamente a partir de la acción libre de los individuos. El positivismo, es cierto, también sostiene una noción de l'Etat de droit, pero se trata de un *Rechtsstaat* puramente formal, del que se ha extirpado todo contenido. Para Kelsen, por ejemplo, el derecho carece de referencia natural. Lo justo es aquello que alguna autoridad reconocida determine como legalmente obligatorio<sup>22</sup>. Posiblemente ningún jurista liberal ha ido más lejos que Kelsen en el propósito de desconectar a la legalidad de la legitimidad y, por ende, de toda referencia a nociones metafísicas y metalegales.

La oposición al positivismo, particularmente en su versión kelseniana, explica el propósito de Hayek de darle un fundamento naturalista a su postura. En este naturalismo reside precisamente lo más controvertido de su concepción liberal<sup>23</sup>. Reconoce la existencia de principios naturales que guían y dirigen nuestra acción racional. Pero estos principios "metalegales" resultan ser "ajenos a la razón humana". No son elaborados o puestos por una razón constitucionalmente limitada, sino solamente descubiertos por ella. Estos principios constituyen el orden social espontáneo en que se inserta la acción humana y son ellos, también, los que "sustentan el ideal de l'Etat de droit o *Rechtsstaat*". Por oposición al *Rechtsstaat* formal de Kelsen, la concepción naturalista de Hayek da origen a un "*Rechtsstaat* sustantivo"<sup>24</sup>. Para el funcionalismo de Kelsen, ley es lo que la autoridad decide sin limitaciones de ninguna especie. Un Etat de droit que respete el orden espontáneo de la sociedad civil es la mejor salvaguardia de la libertad individual, pues implica fundamentalmente "una limitación al poder de legislar"<sup>25</sup>.

Cuando Hayek presenta a Schmitt como adversario de la noción d'Etat de droit no toma en cuenta que las objeciones de este último no tienen por objeto rebatir al liberalismo en todas sus formas, sino que están dirigidas, al igual que las suyas, en contra del *Rechtsstaat* formalista de liberales como Laband, Jellinek y Kelsen<sup>26</sup>. Ignora que es precisamente el positivismo funcionalista lo que motiva el repudio de Schmitt. Ignora también que tanto el decisionismo de su primera época como más tarde su concepción de orden concreto son propuestas mediante las cuales Schmitt intenta superar el legislacionismo mecanicista y la fabricación positivista de constituciones. Esta particular interpretación de la filosofía jurídica y política de Schmitt, que lo hace aparecer como partidario del constructivismo,

<sup>22</sup> Según Kelsen, en un texto citado por Hayek, "no tiene sentido decir que bajo un régimen despótico no existe un orden legal (*Rechtsordnung*), que allí reina la voluntad arbitraria del déspota... Negar que tal régimen sea un orden legal no es más que una actitud ingenua y presuntuosa derivada de un pensamiento naturalista". Citado en *ibid*, p. 494, nota 16.

<sup>23</sup> Para Forsyth, es un naturalismo lo que aparta a Hayek de la tradición del liberalismo clásico (FORSYTH, MURRAY. "Hayek's Bizarre Liberalism: A Critique", *Political Studies* 36, 1988, p. 237.

<sup>24</sup> HAYEK, *The Constitution of Liberty*, pp. 237-238.

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 237.

<sup>26</sup> Schmitt identifica a Friedrich Stahl como el primero que propone la noción de un *Rechtsstaat* formalista. Stahl sería el responsable del derrumbe tanto del Estado hegeliano fundado en la *Sittlichkeit* como del "temprano *Rechtsstaat* liberal", como el de Robert von Mohl, por ejemplo, que no carecía de contenido y que "era todavía capaz de una lucha política". (SCHMITT, "Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'?", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 95, 1935, p. 196). Es interesante notar que Schmitt reconoce aquí el potencial político del liberalismo clásico.

determina el breve pero comprehensivo comentario crítico que Hayek le dedica en su *Law, Legislation and Liberty*:

*La posición central de Schmitt, tal como la formula finalmente, es que el derecho ha avanzado gradualmente desde el pensamiento "normativista" de la tradición liberal hacia una fase "decisionista" en la que la voluntad de las autoridades legislativas decide materias particulares, para rematar en una concepción de un "orden concreto". Este desarrollo implica "una reinterpretación del ideal del nomos como una concepción total del derecho que abarque un orden concreto y una comunidad"<sup>27</sup>. En otras palabras, el derecho no consiste en reglas abstractas que hacen posible la formación de un orden espontáneo, a partir de la acción libre de los individuos mediante la limitación de su esfera de acción. Por el contrario, el derecho debe servir como un instrumento de arreglo u organización por el cual los individuos deben servir propósitos concretos. Este es el resultado inevitable de un desarrollo intelectual en el cual las fuerzas autoordenadoras de la sociedad y la función que el derecho tiene como mecanismo ordenador no son ya entendidas<sup>28</sup>.*

La noción schmitteana de orden concreto es interpretada por Hayek como un arreglo que resulta de las deliberaciones y las decisiones conscientes de los individuos. En los términos definidos por el mismo Hayek, la noción de orden concreto corresponde a lo que llama "organización" y a la concepción del derecho como *thesis* positivista por oposición al *nomos* naturalista. Así, al adoptar definitivamente la noción de orden concreto en 1933, Schmitt no habría dejado atrás el decisionismo. Su filosofía jurídica no sería en absoluto naturalista, sino que coincidiría plenamente con el positivismo. Pero esto es obviamente un error. Hayek no toma en cuenta que Schmitt ha sido a través de toda su obra un tenaz adversario del positivismo y del constructivismo. Precisamente en esto estriba su orientación conservadora.

Hayek podría responder a esta observación haciendo notar el potencial positivista del decisionismo de Schmitt. Pero entonces habría que decir que Hayek, al mismo tiempo que no reconoce la continuidad del antipositivismo de Schmitt, tampoco toma en cuenta la evolución de su pensamiento en otro respecto. Schmitt se percató de los límites del decisionismo en las postrimerías del período de Weimar y explora su reemplazo por la noción de orden concreto<sup>29</sup>. Hayek no toma en cuenta este cambio de perspectiva y, en particular, no percibe la naturaleza suprapersonal que Schmitt le otorga a la noción de orden concreto, buscando con ello inhibir la disposición constructivista del decisionismo. Esta interpretación le permite a Hayek defender una concepción de orden que cree ser diametralmente opuesta a la de Schmitt. Piensa de este modo que una gran distancia lo separa de Schmitt y no le deja ver el decisionismo potencial que se infiltra en su propia noción de orden espontáneo. Dos observaciones deberían demostrar esta afirmación.

<sup>27</sup> SCHMITT, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, p. 16.

<sup>28</sup> HAYEK, *Rules and Order*, p. 71.

<sup>29</sup> Cf. GEORG SCHWAB, *The Challenge of Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, p. 87.

En primer lugar, el intento de Schmitt de apartarse del decisionismo debe ser tomado seriamente en cuenta. Un decisionismo exagerado se manifiesta tempranamente en su obra cuando adopta una postura conservadora revolucionaria. Schmitt rechaza entonces l'Etat de droit del régimen legislativo parlamentario y la filosofía social del liberalismo. Tienen razón aquellos que ven en su teología política la apología de un dictador de decisiones absolutas. La misión encomendada a este dictador conservador es conjurar la amenaza de una dictadura proletaria que se cierne sobre Alemania al término de la guerra<sup>30</sup>. Pero en 1923, cuando publica su *Parlamentarismus*, la Constitución de Weimar ha consolidado la institucionalidad democrático-liberal de un Estado de derecho legislativo. Schmitt exhibe entonces un conservantismo más liberalizado que ha perdido su filo contrarrevolucionario. Su decisionismo se modera y se fija en la figura constitucional del *Reichspräsident*. La actividad de Schmitt como constitucionalista en este período se concentra, en verdad, en una interpretación decisionista del artículo 48 de la Constitución weimariana. Pero no busca ya al dictador absoluto que asuma la totalidad del poder constituyente, sino un dictador comisario que quepa dentro de esquema democrático-plebiscitario.

La ruptura definitiva de Schmitt con el decisionismo tiene lugar en 1933, cuando paradójicamente triunfa la receta conservadora revolucionaria de su primera época. Se desploma l'Etat de droit del régimen legislativo parlamentario mediante un curso de acción radicalmente decisionista por parte del *Führer*. Poco después que todas las decisiones políticas fundamentales han sido tomadas, aparece en la escena un Schmitt renovado. El normativismo requerido por el Etat de droit parlamentario ha sido arrojado por la borda; el decisionismo ya ha dado sus frutos y no es ya necesario; la tarea por delante requiere consolidar los avances alcanzados. El conservantismo de Schmitt, que busca darle estabilidad y sello institucional a esos avances, se manifiesta en su noción de orden concreto. Recomienda así un punto de vista suprapersonal, que trascienda tanto al decisionismo como al normativismo, y que le parece ser una condición indispensable para la configuración de un esquema objetivo que medie entre la sociedad civil y el Estado.

Hayek ignora la impronta naturalista y antipositivista de la noción de orden concreto, y ello le permite un uso acrítico de su propia noción de orden espontáneo. El término "orden" no deja de ser inquietante, particularmente en las proximidades de una filosofía liberal. "Orden" constituye un complejo significativo que reúne las siguientes notas: jerarquía, uniformidad, subordinación, mandato, autoridad. Un orden social implica una estructura jerárquica en la que la voluntad superior de algunos determina la conducta de individuos subordinados. Hayek reconoce que, por esto mismo, la noción de orden "es impopular entre los amigos de la libertad y es favorecida por las personalidades autoritarias"<sup>31</sup>. Cree posible, sin embargo, desembarazarla de este contexto significativo, distinguiendo dos posibles tipos orden. Cuando el orden social se origina a partir de fuerzas exógenas, de modo que una voluntad individual o colectiva modela positivamente una

<sup>30</sup> Para Estévez la actitud de Schmitt en este período "no obedece a 'fidelidad' republicana alguna, sino a una actitud decididamente contrarrevolucionaria" (ESTEVEZ ARAUJO, JOSE "Schmitt contra Weimar, *Teorías de la democracia*, ed. por J. M. González y F. Quesada, Barcelona, Anthropos, 1988, p. 206).

<sup>31</sup> HAYEK, *Rules and Order*, p. 36.

estructura de acuerdo a un diseño prefijado, estamos frente a una situación potencialmente autoritaria. En cambio, cuando una estructura surge en forma libre como el producto de fuerzas endógenas, lo que resulta es un sistema, como el mercado, que se autogenera espontáneamente, sin la intervención de una voluntad externa. Ahora bien, el orden concreto auspiciado por Schmitt se aproxima, por su declarada connotación antipositivista, a un orden de naturaleza espontánea. Al ignorar este hecho Hayek piensa equivocadamente que una gran distancia lo separa de Schmitt.

En segundo lugar, hay ciertos elementos decisionistas en la postura en apariencia puramente normativista de Hayek. Este acepta sin reservas un principio postulado por Schmitt, a saber que la democracia y el liberalismo son respuestas independientes a respuestas lógicamente inconexas.

*El liberalismo y la democracia, aunque compatibles, no son la misma cosa. La diferencia queda a la vista si se consideran sus contrarios: lo contrario del liberalismo es el totalitarismo, en tanto que lo contrario de la democracia es el autoritarismo. Por tanto, es posible, por lo menos en principio, que un gobierno democrático sea totalitario y que un gobierno autoritario se gube por principios liberales*<sup>32</sup>.

El que un gobierno liberal, es decir, un gobierno limitado por reglas generales y abstractas, quede abierto al mando autoritario no parece contradictorio para Hayek. Al igual que Schmitt, distingue y contrasta las esferas de la sociedad civil y Estado político. La salvaguardia de la autonomía e independencia del Estado político funda su potencial autoritario y confirma el sello conservador de esta forma del liberalismo.

Hayek, al igual que Schmitt, se opone a la planificación estatal y el constructivismo y auspicia una función meramente negativa para el Estado; el Estado debe abstenerse de intervenir en los asuntos propios de la sociedad civil. Precisamente la noción hayekiana de orden espontáneo presupone la capacidad de la sociedad civil para autorregularse y confirma el derrocamiento de la política en esa esfera. Sin embargo, las tareas negativas adscritas al Estado están determinadas y se sostienen por la acción política del mismo Estado. Es así, pues, positiva y activamente que el Estado restringe y limita su acción, de modo que la despolitización de la sociedad civil conlleva la activa preservación por parte del Estado de su monopolio de la política. Cuando quiera que la actividad normal de la sociedad civil peligre, de modo que su orden espontáneo deba organizarse, el conocimiento de tal situación y la decisión de alterar ese orden espontáneo están más allá de su capacidad deliberativa, pues esto se reconoce como una situación específicamente política. Hayek admite que el poder para declarar un estado de emergencia pertenece al Estado. Y no escapa a su atención la plausibilidad de la concepción de la soberanía de Schmitt al reconocer que "quienquiera tenga el poder para proclamar una emergencia y sobre esta base suspender cualquier parte de la Constitución es el verdadero soberano"<sup>33</sup>. Es obvio que no ha podido exorcizar plenamente la noción de soberanía. Hayek sugiere una serie de medidas que tienden a evitar la necesidad de acudir a una postura decisionista unilateral. No discutiré si esas medidas resultan o no efectivas. Sólo diré que hay elementos potencialmente decisionistas en el sistema hayekiano, y que éstos sirven para mantener la separación entre sociedad civil y Estado.

<sup>32</sup> HAYEK, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, p. 161.

<sup>33</sup> HAYEK, *The Political Order of a Free People*, p. 125.

En esto Hayek coincide plenamente con Schmitt, quien resume con precisión este punto de vista cuando afirma que "para lograr las necesarias despolitizaciones y librarse del Estado totalitario se requiere una autoridad estable que sea capaz de restablecer esferas y dominios para una vida libre"<sup>34</sup>. El acuerdo con Schmitt se manifiesta, también, en el aspecto totalitario que Hayek percibe como inevitable en la democracia contemporánea. La omnipotencia y omnicompetencia de las asambleas democráticas las impelen a intervenir en todos los aspectos de la vida económica para imponer "un inconcebible código de justicia distributiva"<sup>35</sup>. La debilidad de los regímenes democráticos estriba en su incapacidad de fijar los límites de su intervención en la sociedad civil. Esta crítica a la democracia, de estirpe claramente liberal, es una deuda que Hayek tiene con Schmitt. Para apoyar su argumento cita el siguiente texto de Schmitt:

*Un Etat plural, compose de nombreux partis, ne deviendra un Etat totalitaire ni en vertu de sa force, ni en vertu de sa constitution interne, mais uniquement par faiblesse. Il s'immisce dans tous les domaines, parce qu'il est forcé de satisfaire tous les intérêts. Il doit tout spécialement intervenir dans le domaine de l'économie privée, même s'il ne vise pas à exercer une direction quelconque et une influence politique*<sup>36</sup>.

Las innegables resonancias liberales de este texto, escrito en 1932, deben enmarcarse dentro de la disposición conservadora de Schmitt. Si Hayek se muestra receptivo a un argumento como el de Schmitt, ello se debe a que su liberalismo tiene también un sustrato conservador. Asumiendo un punto de vista liberal conservador, Hayek y Schmitt coinciden con Hegel, y recomiendan un Estado que sea lo suficientemente fuerte para limitar el ámbito de su propia autoridad y dejar así librada a la sociedad civil a su destino natural.

<sup>34</sup> SCHMITT, "Légalité et légitimité", *Du politique. "Légalité et légitimité" et autres essais*, Textes choisis et présentés par Alain de Benoist, Paris, Pardès, 1990, p. 74.

<sup>35</sup> HAYEK, *The Political Order of a Free People*, p. 138.

<sup>36</sup> SCHMITT, "Légalité et Légitimité", p. 77. Citado en Hayek, *The Political Order of a Free People*, p. 195.