

EL ESTADO DUAL EN ESPAÑA: CONTEXTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 155 CE

Josep M. Vilajosana*

Resumen

En este texto se analiza la aplicación que por primera vez se ha hecho del art. 155 CE en Cataluña, mediante la especificación del contexto institucional en que se ha producido y la filosofía que intenta justificarla. Para ello, el autor se sirve del concepto de estado dual de Ernst Fraenkel y sostiene que España es un estado dual en el que se está incrementando el espacio propio del estado de las medidas (*prerogative state*) en detrimento del estado de las normas (*normative state*). Esta tesis se muestra a través del repaso a una serie de indicadores que afectan a todos los poderes del estado. La filosofía de Carl Schmitt unifica ese contexto institucional, y con él la aplicación del art. 155 CE, a través de los conceptos de soberanía, política, enemigo y situación excepcional. Todo ello desembocará en una hipóstasis de la unidad nacional, contraria al estado de derecho y a la democracia liberal.

Palabras clave: Artículo 155 CE; estado dual; soberanía; excepción; estado de derecho, democracia liberal.

THE DUAL STATE IN SPAIN: THE CONTEXT OF AND JUSTIFICATION FOR IMPLEMENTATION OF ARTICLE 155 OF THE SPANISH CONSTITUTION

Abstract

This text analyses the first application of Article 155 of the Spanish Constitution in Catalonia. It lays out the institutional context in which this application occurred and the philosophy attempting to justify such a measure. To this end, the paper uses the concept of Dual State proposed by Ernst Fraenkel, who maintains that Spain is a Dual State that is increasing the space of the Prerogative State to the detriment of the Normative State. This thesis is evidenced by a review of a series of indicators that affect all the powers of the State. Carl Schmitt's philosophy unifies this institutional context, and with it, the application of Article 155 of the Spanish Constitution, through the concepts of sovereignty, politics, enemy and exceptional situation. All this will lead to a hypostasis of national unity against the rule of law and liberal democracy.

Key words: Article 155 Spanish Constitution; dual state; sovereignty; exception, rule of law, liberal democracy.

* Josep M. Vilajosana, catedrático de filosofía del derecho en la Universidad Pompeu Fabra. Unidad de Coordinación Académica de Derecho, edificio Roger de Llúria (Campus de la Ciutadella), c. Ramon Trias Fargas, 25-27, 08005 Barcelona. josep.vilajosana@upf.edu

Artículo recibido el 22.01.2019.

Citación recomendada: Vilajosana, Josep M. (2019). El estado dual en España: contexto y justificación de la aplicación del artículo 155 CE. *Revista Catalana de Dret Públic*, (número especial), 137-155. doi:[10.2436/rcdp.i0.2019.3274](https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2019.3274).

Sumario

- 1 Introducción
- 2 El marco conceptual: la tesis del estado dual
 - 2.1 Estado normativo y estado discrecional
 - 2.2 Una tesis general
 - 2.3 Soberanía y política
- 3 El contexto institucional: el Estado español como estado dual
 - 3.1 Indicadores del estado discrecional en el poder ejecutivo
 - 3.2 Indicadores del estado discrecional en las leyes
 - 3.3 Indicadores del estado discrecional en la jurisdicción
- 4 La justificación filosófica: la interpretación schmittiana del artículo 155 CE
 - 4.1 El artículo 155 como cláusula general
 - 4.2 La falta de garantías en la aplicación del artículo 155
 - 4.3 La gestión de la situación excepcional
- 5 Las implicaciones: hipóstasis de la unidad nacional y democracia
 - 5.1 La concepción schmittiana de la democracia
 - 5.2 La concepción liberal de la democracia
- Bibliografía

1 Introducción

La aplicación, por primera vez en España, del art. 155 CE pone sobre el tapete aspectos muy relevantes en la forma de concebir el papel del estado de derecho en una sociedad democrática a la altura del siglo XXI. El análisis de este artículo puede abordarse indagando acerca de la constitucionalidad de su interpretación y aplicación, pero esta cuestión no va a ser el objeto central del presente trabajo.¹ Otra perspectiva desde la que abordar el análisis de la interpretación de ese artículo y de su aplicación a Cataluña es profundizar sobre los fundamentos filosóficos y conceptuales en los que se apoya. Este es el propósito principal del presente escrito. Para acometerlo se requiere explorar el contexto más amplio en el que se insiere la decisión de invocar este artículo con una interpretación determinada. De este modo podrá precisarse cuál es lógica que subyace en las medidas institucionales tomadas y en los discursos que han pretendido justificarlas.

Desarrollaré mi exposición de la siguiente manera. En primer lugar, propondré un marco conceptual apropiado para englobar el fenómeno de la aplicación del art. 155 CE y el contexto institucional en el que se inserta. Este marco conceptual se basará en la idea del estado dual elaborada por Ernst Fraenkel, según el cual en un mismo estado puede coexistir un ámbito regulado por normas jurídicas generales junto con otro en el que priman las medidas, que constituyen el reino de la discrecionalidad política. En segundo lugar, pasaré revista a una serie de indicadores que muestran que en España se ha formado este estado dual, a partir del crecimiento de los aspectos discrecionales destinados a los “enemigos” conforme al concepto de lo político de Carl Schmitt. El repaso de tales indicadores pondrá de relieve el contexto institucional en el que hay que inserir la intervención de la Generalitat de Cataluña propiciada por la aplicación del art. 155 CE. En tercer lugar, postularé que la filosofía que pretende justificar la interpretación que se ha impuesto de este artículo es deudora de las tesis schmittianas, en especial de su manera de entender la centralidad de la situación excepcional. Acabaré el trabajo analizando las implicaciones que el contexto y la justificación expuestos tienen en relación con el estado de derecho y con la forma de concebir la democracia. Lo que dota de sentido a las medidas adoptadas por los poderes del Estado, en general, y por el Gobierno a través de la aplicación del art. 155, en particular, es lo que llamaré la “hipóstasis de la unidad nacional”, que choca frontalmente con los rasgos propios de una democracia liberal.²

2 El marco conceptual: la tesis del estado dual

2.1 Estado normativo y estado discrecional

Fraenkel distingue entre *normative state* (estado normativo) y *prerogative state* (que suele traducirse como “estado discrecional”).³ Lo significativo de la propuesta de este autor es que nos dice que ambos “estados” confluyen en uno solo. Son como dos caras distintas que puede mostrar un mismo estado, en función de diversas circunstancias. Destacaré ahora algunos aspectos de esta distinción:

- a) Su alcance, por lo que ahora interesa, se entiende mejor si nos fijamos en la terminología alemana. Así, *normative state* es la versión inglesa de *Normenstaat* (estado basado en normas), mientras que *prerogative state* lo es de *Massnahmenstaat* (estado basado en medidas).
- b) Un comportamiento regulado por normas se torna en cierta medida previsible, mientras que el reino de las medidas es el propio de la arbitrariedad.
- c) Según una determinada forma de entender la política, de corte schmittiano, el ámbito de lo político no puede ser regulado por normas sino por medidas. Como dice Fraenkel: “No hay normas jurídicas que gobiernen la

¹ Cabe argumentar que esa interpretación y aplicación colisiona con derechos fundamentales reconocidos en la CE (como el derecho de participación política del art. 23.2) y con el derecho a la autonomía reconocido en el art. 2. En el momento de escribir estas líneas están aún por resolver varios recursos, presentados tanto por particulares como por parlamentarios, contra el RD 946/2017, de 27 de octubre, de disolución del Parlamento de Cataluña y convocatoria de elecciones, aprobado al amparo del art. 155 CE.

² He tenido la oportunidad de presentar la tesis de fondo de este trabajo en distintos lugares. La primera vez en el transcurso de una mesa redonda celebrada el 2.02.2018 en Granollers.

³ Técnicamente, discrecional (ámbito limitado y fiscalizable) y arbitrario (ilimitado y sin fiscalización posible) no son lo mismo, aunque de momento los utilizaré indistintamente para respetar la terminología que se ha impuesto en castellano. En realidad, a lo que apunta Fraenkel (y Schmitt) es a la arbitrariedad propia de las medidas. Más adelante será el momento de insistir en la importancia de esa distinción.

esfera política. Esta se regula a través de medidas (*Massnahmen*), en las cuales los principales funcionarios ejercen sus prerrogativas discrecionalmente. De ahí la expresión ‘*prerogative state*’ (*Massnahmenstaat*).” (Fraenkel, 1941: 3).

d) Ahora bien, tampoco hay una delimitación *jurídica* de lo que es político que lo distinga de aquello que no lo es: “La esfera política —dice Fraenkel— no es una esfera del estado separada de otras por el derecho; es una esfera omnicompetente, independiente de toda regulación jurídica” (Fraenkel, 1941: 68-69).

e) En consonancia con lo anterior, es desde el estado discrecional que se decide qué aspectos quedan confinados a la normalidad. Como veremos más adelante, Schmitt sostiene que la normalidad se define a partir de la excepción y no al revés.⁴

2.2 Una tesis general

Cuando Fraenkel teoriza acerca del estado dual lo hace con la mirada puesta en el régimen nazi, bajo cuyo dominio vivió hasta 1938. Lo que mostró con enorme crudeza el ejemplo nazi es la severidad que puede llegar a alcanzar ese estado discrecional destinado a combatir de forma extrema la disidencia. Mientras tanto, el estado normativo siguió su curso, por ejemplo, en relación con el derecho de propiedad privada, el respeto a los contratos, el derecho de la competencia o el derecho laboral (Fraenkel, 1941: 77-82). Pero que el de la Alemania nazi sea un caso claro de estado dual no supone que esa dualidad no aparezca, con matices distintos, en otros países y otras épocas. De hecho, el concepto de estado dual ha sido empleado recientemente para dar cuenta de la Rusia de Putin (Trochev y Solomon Jr., 2018), de ciertos aspectos de los regímenes de Ucrania (Kyselova, 2014), Turquía (Söyler, 2013), Tailandia (Mérieau, 2016) y hasta de Estados Unidos, fundamentalmente a raíz del “limbo jurídico” que ha supuesto Guantánamo (Wilson, 2016: cap. 3).⁵

La interpretación que hago del concepto de estado dual es, pues, que la presencia de los rasgos de arbitrariedad o de normalidad en un mismo estado es una cuestión de grado. Lo relevante, entonces, consiste en exponer cuáles son los elementos propios del estado discrecional presentes en un estado que se define formalmente como un estado democrático de derecho. A partir de ahí cabe formular una tesis conceptual: un estado se acercará más al ideal de un estado de derecho cuantas menos medidas propias de un estado discrecional contenga. Cabe advertir que la tesis que sostengo no es formal. En este sentido conviene recordar que el Estado alemán de la época nazi no tocó ni una coma de la Constitución de Weimar, como tampoco se ha modificado formalmente la Constitución de 1978, al menos en los aspectos que ahora interesa. Ello no es obstáculo para sostener que, en ambos casos y con grados distintos, aparecen indicadores materiales de la presencia del componente discrecional.⁶

2.3 Soberanía y política

Antes de pasar a analizar una muestra de indicadores que pone de relieve la creciente presencia del estado discrecional en las acciones de los poderes públicos en España conviene precisar el nexo que une la tesis del estado dual con algunas de las posiciones teóricas de Carl Schmitt. De esta forma cobran sentido unitario unas actuaciones que, de ser objeto de un análisis superficial o meramente formal, parecerían no tenerlo. La coherencia entre ellas existe y tiene que ver con una manera de entender la soberanía y el alcance de lo político muy deudoras de lo que defendió este autor alemán. Por esta razón no estoy de acuerdo con quienes opinan que la respuesta ofrecida por el Estado español a las reivindicaciones provenientes de los defensores del derecho a decidir sea “judicial” y no política. La respuesta ofrecida hasta ahora, y en la que la aplicación del art. 155 CE juega un papel determinante, es *política*, pero en sentido schmittiano. De hecho, tanto el diagnóstico de la situación como la receta prescrita son schmittianos.

4 No en vano Fraenkel es un destacado discípulo de izquierdas de Schmitt, como lo fueron Franz Neumann y Otto Kirchheimer, todos ellos exiliados en Estados Unidos.

5 Una alusión a este marco conceptual aplicable a la situación que vive España se halla en una entrada del blog de Ramón Cotarelo. En ella se dice: “El análisis de Fraenkel era del régimen nazi, pero su proceder es aplicable a España, salvando todas las distancias” (Cotarelo, 2018a). Posteriormente este autor ha sustituido esta posibilidad interpretativa por otra: el Estado español sería definitivamente un estado fallido, al menos “democráticamente fallido”, por cuanto se muestra “irreformable” (Cotarelo, 2018b).

6 Por esa razón hay quien ha hablado en el caso alemán de mutación constitucional (cambio de la Constitución sin reformarla) respecto a la Constitución de Weimar (Boldt, 1971), lo cual tal vez podría predicarse también del caso español.

El diagnóstico desde las posiciones unionistas es claro: lo que está en entredicho en este asunto es la soberanía estatal. Y la soberanía es comprendida en términos schmittianos: “soberano es quien decide sobre la situación excepcional (*Ausnahmezustand*)” (Schmitt, 1922: 35).⁷ Más adelante, al analizar la interpretación schmittiana del art. 155 CE, diré algo sobre el modo de gestionar la excepción; ahora concentraré mi atención en la conexión entre soberano y decisión.

Jamás una abstracción ha tomado decisión alguna. De ahí que el decisionismo de Schmitt se contraponga férreamente al normativismo de Kelsen. Las normas son abstracciones (significados de enunciados) y no toman decisiones puesto que son entes carentes de voluntad. Por tanto, no tiene sentido, desde esta perspectiva, hablar de soberanía de normas o de norma soberana. El orden que las normas representan descansa en última instancia en una decisión. Schmitt no se cansa de repetir el lema hobbesiano “*auctoritas, non veritas, facit legem*”. Si aceptamos esta visión de la soberanía y describimos lo que se está viviendo en España como una situación en la que está en juego la soberanía, entonces la cuestión pasará a ser no *qué* dicen las normas del sistema jurídico español sino *quién* emergerá como soberano y tomará la decisión *política*.⁸

Llegamos a la receta. La decisión política por antonomasia en Schmitt es la que deslinda al amigo del enemigo: “La distinción propiamente política es la distinción entre el *amigo* y el *enemigo* (...); a ella se refieren en último término todas las acciones y motivos políticos” (Schmitt, 1928: 97). “El enemigo —nos dice— es, en un sentido singularmente intenso, *existencialmente*, otro distinto, un extranjero, con el cual caben, en caso extremo, conflictos *existenciales*” (Schmitt, 1928: 98). Sin embargo, no hay que entender que quien pone en peligro esa existencia como colectivo sea únicamente alguien externo a un estado, sino que cabe también una situación excepcional interna, por lo que “el Estado, como unidad política, decide también por sí mismo, mientras subsiste (esa situación crítica), quién es el enemigo interno” (Schmitt, 1928: 123), al cual hay que combatir con la misma dureza y con los mismos medios que al “extranjero”, hasta eliminarlo si es preciso.

Queda así expedito el camino para entrar en el mundo de las medidas, sustraídas, por definición de lo que es “político”, del control normativo. Se aprecia de este modo la conexión entre estas tesis de Schmitt con la del estado dual. Puesto que, como veremos más adelante, el soberano decide no solo *en* la situación excepcional sino *cuándo* se está en esa situación, es en el mundo arbitrario propio de las medidas en el que se halla la decisión política por antonomasia. Estévez lo ha expresado así: “Fraenkel señala explícitamente a este respecto que no existen unos criterios generales de delimitación del ámbito de lo político. También la decisión acerca de lo que es político es arbitraria. ‘Político’ es lo que la autoridad política decide que es político. Y no existe ningún ámbito ‘privado’ o sustraído de la esfera de lo político” (Estévez, 1989: 188).

Visto lo anterior, estamos en mejores condiciones de entender el marco general en el que encaja la decisión de aplicar el art. 155, así como su alcance. Ese marco general es el propio del estado dual, en el que se ha ido incrementando progresivamente la presencia del estado discrecional en detrimento del espacio reservado al estado normativo. La clase del “enemigo” vendrá dada por quienes, desde la perspectiva del soberano, ponen en cuestión la unidad nacional. En situaciones como esta, y siguiendo al pie de la letra el manual schmittiano, debe surgir la decisión política soberana que, primero, decida que se está dentro de una situación excepcional; segundo, delimite la clase de los enemigos internos; tercero, tome las medidas necesarias para que ya no constituyan un peligro, incluso al precio de eliminarlos. De esta forma se puede retornar al orden, a la “normalidad” definida por el propio soberano.

Si esto es así, ¿qué hace el soberano en tiempos de normalidad? Schwab nos dice que “dormita, para despertarse resueltamente en el momento crucial, es decir, en el límite entre la normalidad y el estado de excepción”

⁷ Tal como comenta Estévez, siguiendo a Julien Freund (Freund, 1965: 124), es más adecuado entender *Ausnahmezustand* como “situación excepcional” y no como “estado de excepción”, que es como se traduce en la versión castellana de la *Teología política*. La razón es que no se debe confundir la expresión más general que emplea Schmitt con el concepto más reducido y técnico-jurídico de estado de excepción, contrapuesto a los estados de alarma y de sitio (Estévez, 1989: 201, nota 16).

⁸ Actualmente parece que efectivamente la cuestión de fondo tiene que ver con la soberanía. Ahora bien, no fue así cuando se inició el proceso de reforma del Estatuto catalán hace quince años. En aquel momento se siguieron escrupulosamente los pasos procedimentales previstos en la CE para tal reforma y esta fue aprobada en 2006. Luego vendría el recurso de inconstitucionalidad (precedido de una campaña que justamente intentaba presentar lo que era un procedimiento de reforma dentro del marco autonómico como un atentado contra la soberanía nacional) y la posterior STC 31/2010, de 28 de junio, que avalaría ese relato. Desde entonces los catalanes se rigen por un Estatuto que solo parcialmente han votado y crece el apoyo a las posiciones independentistas, cuyas reivindicaciones, ahora sí, son “soberanistas”.

(Schwab, 1989: 50). La metáfora del soberano durmiente es sugerente, pero me parece algo engañosa. Se adecúa bien a la tesis de quienes sostienen, por ejemplo, que el independentismo ha despertado el franquismo en España, dando a entender que la reacción obedece a una especie de provocación, aunque esta provenga de la defensa pacífica de un ideal. En cambio, lo que debería preocupar a los demócratas es que la ideología franquista pueda impregnar reacciones que no sean acordes con los postulados democrático-liberales.⁹ El soberano schmittiano, por seguir con la metáfora, nunca duerme; por el contrario, está permanentemente despierto, atento para evaluar la situación del momento y tomar la decisión que la concepción de lo político de Schmitt le confiere. Podremos comprobar a continuación que el soberano en España está más despierto que nunca.

3 El contexto institucional: el Estado español como estado dual

El análisis de la interpretación y aplicación del art. 155 CE no puede hacerse, como he dicho, al margen del contexto en que tales actividades se llevan a cabo. En este sentido es posible detectar indicadores claros que muestran el aumento progresivo estos últimos años del ámbito propio del estado discrecional. Los dividiré en función de cuál sea el poder del Estado mayormente implicado en cada uno de ellos. Distinguiré así entre aquellos indicadores que surgen de la actuación del poder ejecutivo, los que se dan en las leyes y los referidos a la esfera jurisdiccional. La relación no pretende ser exhaustiva. Únicamente es una pequeña muestra aunque bastará para percatarse de la tendencia que los unifica.¹⁰

3.1 Indicadores del estado discrecional en el poder ejecutivo

Al margen del protagonismo que el gobierno tiene asignado a la hora de proponer y aplicar las medidas genéricamente previstas en el art. 155 CE, cuestión a cuyo análisis reservaré el apartado 4, hay que resaltar algunas actuaciones propias del llamado *Deep State*. No hay estudio que tome en cuenta el marco teórico del estado dual que no coloque este tipo de actuaciones en el centro de la presencia del estado discrecional. La razón es muy simple: no hay ninguna duda de que este ámbito, que por definición escapa al control público, es el paraíso de medidas que caen fuera de la “normalidad”. Es razonable pensar que muchas de ellas ni siquiera lleguemos a conocerlas, pero de las que hasta ahora se ha tenido alguna información destacaré solo dos, que afectan a los ministerios del Interior y de Economía, respectivamente.

Por lo que respecta al Ministerio del Interior, hay que subrayar actuaciones propias de la guerra sucia como la llamada Operación Cataluña. Según el Dictamen de la Comisión de Investigación del Parlamento de Cataluña creada al efecto,¹¹ la Operación Cataluña fue “una conspiración para intentar frenar la disidencia política en Cataluña, y particularmente el movimiento independentista” llevada a cabo, “al menos, durante los años (2011-2016) en que Jorge Fernández Díaz ha sido ministro del Interior español”. Se concretó en “una serie de actuaciones de carácter político, policial y de inteligencia que han buscado reducir el apoyo social del independentismo en tanto que opción política mediante la desacreditación (...); de manera específica, lo que se buscaba era asociar a los líderes políticos y cívicos independentistas con la corrupción”. Y se ha llevado a cabo “con investigaciones prospectivas”, “es decir, aleatorias y con carácter persecutorio”, “una práctica expresamente prohibida por la Ley de enjuiciamiento criminal” que impide “expresamente que la policía en el marco de su actuación indagadora pueda actuar al margen del conocimiento de la autoridad judicial. Y en este caso se ha hecho permanentemente”.

En relación con el Ministerio de Economía, merece especial consideración la fuerte presión a la que fueron sometidas las empresas radicadas en Cataluña, a raíz de la convocatoria del referéndum, para que trasladaran su sede social. En este caso, a dicha presión, en la que tal vez pudo verse implicado incluso el Jefe del

9 La vinculación de Schmitt con el franquismo es conocida. Para muestra, un botón. En el acto de investidura del profesor alemán como miembro de honor del Instituto de Estudios Políticos, en 1962, y tras el discurso laudatorio a cargo de Manuel Fraga Iribarne, Schmitt dijo: “La guerra de liberación nacional de España es una piedra de toque. En la lucha mundial de hoy, España fue la primera nación que se reafirmó por sus propias fuerzas de tal forma que, ahora, todas las naciones no comunistas tienen que acreditarse en esto frente a España” (citado en Guillén, 1996: 99).

10 Para un listado muy completo de indicadores relativos a la vulneración de derechos por parte del Estado en relación con los defensores del derecho a decidir antes, durante y después del 1 de octubre de 2017, véase Barceló (2018).

11 Dictamen de la Comissió d’Investigació sobre l’Operació Catalunya, publicado en el BOPC, núm. 498, 1 de septiembre de 2017.

Estado,¹² se añadió la facilitación “rápida” de esa salida, a través de la aprobación de un Decreto-Ley en el que se cambiaba la competencia para decidir sobre ese traslado que pasaba de la Junta General de accionistas al Consejo de Administración de las empresas.¹³ Un aspecto muy importante de tal actuación para lo que aquí estamos analizando es que esa “fuga masiva de empresas” del territorio catalán (en puridad, en la mayoría de los casos, solo el traslado de su sede social) más tarde fue utilizada como una de las circunstancias que “probaban” el supuesto descontrol al que se había llegado en Cataluña y que hacía precisa la intervención no selectiva sino total del gobierno de la Generalitat. Así, como se verá después, en el Acuerdo por el que se toman las medidas previstas en el art. 155 se afirma que uno de los objetivos es el de “mantener el bienestar social y el crecimiento económico”. ¿Y qué circunstancias han puesto en peligro ese bienestar, según el Gobierno? Pues la “fuga de empresas”, que él mismo provocó.¹⁴

3.2 Indicadores del estado discrecional en las leyes

Hace tiempo que se ha estado preparando el terreno para delimitar la clase del “enemigo”, en estricta observancia de la manera schmittiana de entender el ámbito de lo político. La manifestación más clara de este proceder se halla en los cambios acaecidos a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, más conocida como “ley mordaza”, por un lado, y en la legislación penal, por otro. Con tales variaciones se está dando un paso decisivo en la línea de sustituir un derecho sancionador del ciudadano por un derecho sancionador del enemigo.¹⁵

Sobre el primer aspecto bastará con dar un dato demoledor, que debería poner sobre aviso del incremento del ámbito del estado discrecional: la Ley de seguridad ciudadana, que entró en vigor en julio de 2015, ha dejado un balance (hasta marzo de 2018) de 47.980 multas a ciudadanos por “faltas de respeto y/o consideración” a los agentes de la Policía. Es decir, Guardia Civil y Policía han multado a 48 ciudadanos cada día por este motivo durante esos tres años. El objetivo de estas medidas es evidente. Crean un clima de temor en la población (el denominado *chilling effect*, ampliamente criticado en sus resoluciones por el TEDH), propicio para desincentivar el ejercicio de derechos fundamentales como el de libertad de expresión, de reunión o de manifestación. Nada hay que aumente más la falta de seguridad que la indefinición de las normas y la posible arbitrariedad en su aplicación, una circunstancia definitoria del estado discrecional.

La especial atención que merecen los cambios producidos en el redactado y, en ocasiones, en la interpretación de los preceptos del Código Penal obedece a que ponen de relieve ya la forma estándar de entender el llamado derecho penal del enemigo, concepción directamente vinculada con las ideas defendidas por Carl Schmitt. Veamos muy someramente en qué consiste y algunos ejemplos de cómo se reflejan en el Código Penal.

Siguiendo a Günther Jakobs, y de manera muy esquemática, los rasgos que caracterizan el derecho penal del enemigo son los siguientes (Jakobs, 1997; Cancio, M. y Jakobs, G., 2006):

a) Se adelanta el momento de la punibilidad. No se aguarda a intervenir penalmente a que se hayan cometido los actos delictivos propiamente dichos sino que se tiende a penalizar también los actos preparatorios. Un ejemplo significativo lo hallamos en la perversa combinación que se da entre los arts. 579 y 578 CP. La consecuencia es que la intervención penal va retrocediendo del acto terrorista al de la provocación, conspiración o proposición para realizar actos terroristas, y de ahí al de la publicación de mensajes que ayuden a que alguien realice actos de provocación, conspiración o proposición para que alguien cometa actos terroristas. Todo lo cual supone, más allá del empleo de una dudosa técnica legislativa, una amplitud desmesurada de las acciones que pueden ser objeto de reproche penal y la generación de un ámbito de discrecionalidad desorbitado.

¹² Véase “Així va fer l'Estat la guerra econòmica contra Catalunya”, diario *Ara*, 7-X-2018.

¹³ Se trata del Real Decreto-Ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional.

¹⁴ Posteriormente, todos los indicadores económicos disponibles han desmentido que haya habido ninguna afectación negativa al “crecimiento económico”, a pesar de esa supuesta “fuga de empresas” provocada.

¹⁵ Prefiero hablar en este caso de derecho *sancionador* del enemigo más que de derecho *penal* del enemigo, por cuanto las primeras modificaciones relativas a la mencionada ley no regulan ámbitos estrictamente penales. Da la impresión justamente de que con esa ley se ha querido sustraer la regulación de esos comportamientos del ámbito del derecho penal para pasarlos al ámbito administrativo (directamente policial), dado que el primero se realiza a través de un procedimiento que, en principio, está rodeado de más garantías que el segundo.

b) No se sigue para estos casos el principio de proporcionalidad de las penas. Así, se tiende a igualar el monto de las penas de esos actos preparatorios con respecto al de los delitos consumados. Esto se logra no solo penalizando directamente esos actos preparatorios sino también estableciendo agravantes sin vinculación directa con un hecho concreto, como son los de pertenencia a banda criminal. Un ejemplo lo constituye el art. 577 CP, en el que se establece la misma pena para la colaboración con el terrorismo que la complicidad con la colaboración.

c) Limitación considerable o directamente suspensión de las garantías o derechos procesales de los acusados. Esto se concreta en afectaciones a la presunción de inocencia, en la laxitud a la hora de aceptar la licitud en la obtención de pruebas o en la intervención de las comunicaciones, etc. Un caso palmario de restricción de garantías es el establecimiento de dos periodos excepcionales de detención incomunicada, como ocurre con el art. 509.2 LECrim.

La presencia de estos rasgos característicos del derecho penal del enemigo supone una especificación de la teoría política de Carl Schmitt en el ámbito penal. Es la manifestación de la decisión política por antonomasia, según este autor, que es la de decidir entre amigo y enemigo. Una vez hecha esta delimitación, no debe existir obstáculo alguno para que quienes se hallan dentro de la clase de los enemigos (que, por definición de quien decide, ponen en peligro la existencia del Estado) sean tratados sin las garantías que prevé el estado normativo; en definitiva, que sean tratados dentro de la discrecionalidad propia del estado “de las medidas”.

Pero que nadie piense que la clase de los enemigos se ciñe a la de los terroristas (aunque esta se ha ensanchado enormemente por un cambio de definición), sino que se amplía para dar cabida a lo que podrían considerarse disidentes, que no han realizado actos violentos ni están remotamente relacionados con ellos (ni los han preparado, ni han incitado a su comisión, ni los han apoyado, etc.).¹⁶ Ahí hallaríamos también la manera en que se están interpretando delitos como el enaltecimiento o justificación del terrorismo o el menosprecio por las víctimas (arts. 578 y 579 CP) o el delito de injurias y calumnias a la corona (arts. 490.3 y 491 CP), con algún revés sufrido en sede europea.¹⁷ Por último, cabría mencionar el intento de ampliación que se ha producido del delito de incitación al odio y a la discriminación del art. 510 CP, originariamente pensado para proteger a minorías, especialmente de carácter étnico o religioso.

3.3 Indicadores del estado discrecional en la jurisdicción

Resulta clave el concurso del poder judicial en la generación de la dirección unitaria que haya que imprimir dentro del estado discrecional. Ahora me centraré solo en algunas observaciones relativas a dos aspectos. Por un lado, la llamada politización de la justicia; por otro, el proceso penal contra los representantes políticos y sociales del independentismo catalán.

Por lo que se refiere a la politización de la justicia, se ha sostenido que se produce a través de los nombramientos de la cúpula judicial, que afecta al Consejo General del Poder Judicial y, a través de él, al nombramiento de los máximos dirigentes de la judicatura. Esto es así y es difícilmente discutible. Sin embargo, quisiera prestar atención a otro aspecto que afecta no tanto a la *independencia* de los miembros del poder judicial como a su *imparcialidad*. Una de las cuestiones que ha puesto de relieve el proceso catalán es que los jueces encargados de su enjuiciamiento han tomado decisiones basadas en razones de oportunidad y no de defensa de los derechos de los tutelados. Cuando las resoluciones se toman con inusitada rapidez en unas ocasiones y con gran parsimonia en otras, no cabe alegar razones de defensa de derechos, si tanto la rapidez como la parsimonia están en consonancia siempre con los intereses de una de las partes.

En este sentido resultan emblemáticas las distintas decisiones adoptadas por el TC.¹⁸ Mientras los recursos presentados por el Gobierno se solventaban en cuestión de horas, los recursos de amparo solicitados por

¹⁶ Llegando así a concretarse la advertencia que hizo en su día Cruz Villalón de que la suspensión de garantías iniciada con la Ley antiterrorista (anterior a la CE) podría tener, llegado el caso, un “ámbito potencial de proyección” (Cruz Villalón, 2003-2004: 24).

¹⁷ En este caso ha habido ya algunos pronunciamientos por parte del TEDH contrarios a la interpretación que se ha hecho por parte de la justicia española de estos delitos. En 2011 el TEDH condenó a España a pagar una indemnización de 20.000 euros a Arnaldo Otegi por el tiempo que estuvo injustamente encarcelado. También tenemos el caso de la quema de fotos del rey en el que, que por Sentencia de 13 de marzo de 2018, el TEDH considera amparada por la libertad de expresión.

¹⁸ Incluyo en este subapartado las referencias al TC, aunque técnicamente forme parte del poder judicial. De todas formas, a partir de la última modificación de la LOTC, tal vez habría que empezar a cuestionarse esa clasificación. Para un análisis de algunos

miembros independentistas en prisión provisional están tardando mucho más de un año en resolverse, hasta el punto de que han originado una huelga de hambre por parte de algunos de ellos como protesta, por cuanto esa dilación en la resolución de los recursos les impide acudir al TEDH. Hallamos otro ejemplo muy significativo en el tratamiento que dio el instructor de la causa llevada en el TS a las euroórdenes de extradición de los políticos independentistas exiliados. En dos ocasiones decidió el instructor optar por retirar la orden de extradición emitida. El segundo caso resulta enormemente ilustrativo. Cuando el 12 de julio de 2018 el Tribunal Superior del *Land* alemán de Schleswig-Holstein decide denegar la extradición del expresidente Puigdemont por los delitos de rebelión y de sedición, pero concederla por el de malversación, el instructor decide retirar la euroorden. Ningún criterio que no sea el de oportunidad puede justificar tal decisión. Tomar decisiones por razones de oportunidad constituye un rasgo característico de las decisiones políticas, pero no debería serlo de las decisiones propias de los tribunales. La misión de estos debería ser la de impartir justicia, que, dicho en los términos clásicos de Ulpiano, implica dar a cada uno lo que merece, según el derecho. Tomar partido por lo que conviene a una de las partes en conflicto, aunque esa parte sea el Estado, no es hacer justicia, es sencillamente tomar partido.

Sin embargo, donde se pone de relieve de manera más evidente lo hondo que ha calado el estado discrecional y la utilización del derecho penal del enemigo es en las acusaciones que han sustentado el proceso contra los dirigentes o simpatizantes independentistas (o simplemente Mossos d'Esquadra), empezando por el juzgado de instrucción nº 13 de Barcelona, pasando por la AN y llegando al TS. Negar a los procesados su derecho a ser juzgados por el tribunal predeterminado por ley, determinar una prisión provisional injustificada y la interpretación extensiva o analógica en contra del reo (vetada en el ámbito penal)¹⁹ de los tipos de rebelión y sedición, no suponen más que una utilización abusiva de la discrecionalidad judicial, que se convierte en arbitrariedad.²⁰ En especial, atribuir violencia a actos que no reúnen ninguno de los requisitos que usualmente se entienden definitorios de la misma solo puede explicarse en función de lo que vengo diciendo. Son decisiones que resultan funcionales a la toma de decisiones políticas en el sentido schmittiano del término. Lo importante ya no son los actos sino los autores. Si el soberano ha decidido que estos entran en la clase de los enemigos, puesto que amenazan la existencia de la unidad política, a ellos no les resulta de aplicación lo dispuesto para el ámbito propio del estado normativo.

4 La justificación filosófica: la interpretación schmittiana del artículo 155 CE

4.1 El artículo 155 como cláusula general

Quienes se han ocupado de analizar el artículo 155 CE destacan que su antecedente directo es el artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn. Lo engloban, así, dentro de la figura de la coerción federal (*Bundeszwang*). Esa previsión, como su nombre indica, es propia de estados federales, más en concreto del Estado federal alemán, puesto que no aparece en otros ordenamientos federales, salvo en alguna medida en el suizo (García de Enterría, 1983; Albertí, 1986). Sin embargo, puesto que el Estado español no es un estado federal, se han sugerido otros nombres para calificar tal figura. Así, por ejemplo, se ha denominado “coacción estatal” (Ballart, 1987; Virgala, 2005) o “compulsión estatal” (Calafell, 2000). Pero más allá de la nomenclatura empleada, lo cierto es que tan importante como destacar lo que el artículo 155 tiene en común con el artículo 37 es aquello en lo que difieren ambos preceptos.

Coinciden ambas disposiciones en instituir un mecanismo por el cual el gobierno federal o central pueda obligar al cumplimiento de las obligaciones que los estados o las comunidades autónomas hayan incumplido. Asimismo coinciden en establecer los mecanismos que habría que utilizar para propiciar ese cumplimiento

problemas que presenta la relación entre ese cambio y el art. 155 CE, véase González Hernández (2016).

¹⁹ No es lugar este para entrar en la discusión teórica acerca de la distinción entre interpretación extensiva y aplicación analógica (véase, al respecto, Vilajosana, 2017: cap. 3). Para lo que aquí interesa, en cambio, resulta oportuno citar la STC 126/2001, de 4 de junio, en la que se sostiene que “está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas (...) estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes”.

²⁰ Para la distinción técnica entre discrecionalidad (inevitable, por razones lingüísticas y sistémicas, entre otras) y arbitrariedad (perfectamente evitable siendo cuidadoso con el respeto a las garantías), remito a Vilajosana (2017: cap. 3).

forzoso, uno más genérico como el de “adoptar las medidas necesarias” y otro más concreto: dar instrucciones a las autoridades del Estado o comunidad autónoma. Los añadidos en la redacción definitiva del art. 155, introducidos en el trámite parlamentario, son: el previo requerimiento al presidente de la comunidad autónoma, la intervención del Senado en el procedimiento y, sobre todo, la alusión al atentado grave contra el interés general de España, con la consiguiente referencia a la adopción de las medidas necesarias para protegerlo.²¹ Es especialmente relevante esta mención genérica tanto a la situación habilitante (“interés general de España”) como a la indefinición de las posibles respuestas (“medidas necesarias para proteger este interés”), ya que confiere a este precepto características de lo que Cruz Villalón ha denominado “cláusula general” (Cruz Villalón, 1980). Eso ya alertaba, antes de que su aplicación se hiciera efectiva, de los peligros de la misma, si no se tomaba en consideración como última *ratio* y con las garantías asociadas a tal condición.

4.2 La falta de garantías en la aplicación del artículo 155

La doctrina iuspublicista había parecido llegar a cierto consenso al demandar que la aplicación del artículo 155, en atención a su carácter excepcional y dada su segura afectación al derecho de autonomía recogido en el artículo 2 CE, se llevara a cabo con un escrupuloso respeto a los criterios de necesidad, lo que implica que solo se deben adoptar las medidas estrictamente indispensables (Calafell, 2000: 127); de proporcionalidad y adecuación (Entrena, 1980: 2316; Albertí, 1986: 218-219); de transitoriedad, ya que no puede convertirse en una intervención indefinida de la comunidad autónoma; de concreción, para evitar que se convierta en una cláusula de plenos poderes (Cruz Villalón, 1984: 59-60); de menor intervención de los derechos autonómicos, lo que implica que este precepto no ampara aquella intervención cuyo resultado pudiera obtenerse a través de mecanismos menos dañinos en relación con el ejercicio de la autonomía de la comunidad de que se trate (Gil-Robles, 1988: 467).

A pesar de todo ello, lo cierto es que la interpretación y aplicación del artículo 155 en el caso de Cataluña se ha apartado notoriamente de esos criterios. Los objetivos formalmente aducidos son: restaurar la legalidad constitucional y estatutaria, asegurar la neutralidad institucional, mantener el bienestar social y el crecimiento económico, y asegurar los derechos y libertades de todos los ciudadanos.²² Respecto a las medidas propuestas, es imposible en un trabajo de estas características ni siquiera hacer una aproximación a ellas. Baste decir que suponen una intervención en casi todos los ámbitos de la Administración autonómica.²³ Este proceder pondría en entredicho que se hubieran seguido los criterios de necesidad, proporcionalidad y adecuación. La forma de justificar dicha intervención total resulta, como mínimo, curiosa. Se basa en que la Ley 20/2017, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, “afectaba en su redacción a todas las áreas competenciales del Estado”. El Acuerdo, en cambio, no menciona que esa “afectación” podía estar en la letra de la ley pero que jamás se llevó a cabo, por cuanto es una ley que nunca entró en vigor.

En cuanto a la concreción, es cierto que en el Acuerdo se desciende en ocasiones a una casuística más que notable, pero parece obedecer más al ansia de regularlo todo que a la de facilitar el eventual control tanto jurisdiccional como por parte del Senado.

Por lo que respecta a la transitoriedad de las medidas, hay que recordar que en un primer momento el gobierno se pronunció por su aplicación indefinida, aunque al final optó por ceñirlas al periodo comprendido entre la disolución del Parlamento catalán y la constitución de un nuevo gobierno autonómico. A pesar de ello, no las levantó hasta que el Parlament eligió a un candidato a presidente que decidió no vetar y hasta que la composición del gobierno autonómico no contó con su visto bueno (con la ayuda de los tribunales),

²¹ Sobre el abuso a que pueden conducir las apelaciones genéricas al interés general en el ámbito autonómico y en concreto en el art. 155 CE, véase Requejo (2013).

²² Véase Resolución de 27 de octubre de 2017 de la Presidencia del Senado por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado por el que se aprueban, con algunos cambios, las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 CE. Las medidas solicitadas lo fueron por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, publicado como Anexo en la Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre.

²³ El Senado no autorizó la intervención en los medios de comunicación públicos ni el requerimiento gubernativo previo que se pretendía imponer en cada ocasión que el Parlamento quisiera ejercer sus mermadas funciones (que tildó de inconstitucional). A pesar de ello, los efectos han sido demoledores. Véase, al respecto, el Informe elaborado por el Comissionat per al Desplegament de l'Autogovern: “Els efectes de la intervenció de l'Administració General de l'Estat mitjançant l'aplicació de l'article 155 CE a la Generalitat de Catalunya (27/10/2017 - 01/06/2018)”.

con medidas tan arbitrarias como la de negarse a publicar en el DOGC (un acto reglado y debido) los nombramientos de los *consellers* elegidos por el presidente de la Generalitat.

Había, finalmente, posibles intervenciones menos dañinas para el ejercicio de la autonomía de Cataluña. Para comprobarlo hay que bosquejar primero cuáles fueron los actos llevados a cabo por la Generalitat que podrían haber incumplido sus obligaciones constitucionales y/o constituido un atentado grave contra el interés general de España.

Parece que pueden concretarse en tres momentos: la aprobación de las leyes del referéndum y de transitoriedad los días 6 y 7 de septiembre de 2017, su participación en la celebración del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre y la posterior declaración de independencia del 27 de octubre. Si se analizan tales actos desde la perspectiva de su efecto jurídico, los tres comparten un rasgo: ninguno de ellos lo ha tenido. Las mencionadas leyes fueron recurridas por el Gobierno y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 161.2 CE, inmediatamente suspendidas por el TC, el cual posteriormente, declaró su inconstitucionalidad.²⁴ Que el referéndum no surtió efectos jurídicos es algo compartido tanto por quienes estaban a favor de su celebración como por quienes estaban en contra. Por último, la declaración de independencia no tuvo efectos jurídicos por cuanto fue suspendida en el mismo acto por quien la declaró.

Por ello, otros mecanismos de control previstos en la Constitución, y más respetuosos con la autonomía, hubieran funcionado. Este es el caso de la suspensión y declaración de inconstitucionalidad de las leyes por parte del TC. De hecho, Kelsen calificó de primitiva la técnica de la coacción estatal para el caso de que un sistema jurídico cuente con un tribunal que pueda declarar la inconstitucionalidad de las normas creadas por los entes autónomos (Virgala, 2005: 62). Y es que ¿qué significa, en este contexto, “restaurar” la legalidad constitucional y estatutaria (primer objetivo aducido para la aplicación del art. 155), cuando las leyes que la han vulnerado han sido anuladas y no han surtido efecto jurídico alguno? Por otro lado, se ha producido una especie de ejercicio de autocontrol por parte del propio presidente de la Generalitat al suspender la declaración de independencia, lo cual solo puede ser interpretado en el sentido de que la declaración fue “simbólica”, es decir, usada con el propósito *político* (más o menos afortunado, cada cual juzgará) de influir para que se iniciara algún tipo de diálogo.²⁵ Por lo que respecta al referéndum, a pesar de su eventual ilegalidad, su sola realización no es constitutiva de delito, ya que el tipo delictivo consistente en organizar referendums no autorizados estuvo vigente durante un tiempo pero no lo estaba el 1 de octubre de 2017.²⁶

Si la relevancia de estos hechos no es jurídica, entonces solo queda considerar que es política. Mi tesis es que la concepción que late tras esa serie de intervenciones está muy próxima a una concepción de la política como la que sostuvo Carl Schmitt. La interpretación del artículo 155 CE (la que se hizo al aplicarlo y la que se está imponiendo de cara a eventuales futuras aplicaciones) tiene más elementos concomitantes con la que se hizo del artículo 48 de la Constitución de Weimar que con la del art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn (que, por otro lado, jamás ha sido aplicado). Y mi tesis también es que existe una alternativa a esta visión de la política más adecuada para alguien que quiera defender el estado de derecho, es decir, para alguien que tenga la mirada puesta en superar el estado dual como requisito indispensable para justificar una democracia que esté a la altura de las exigencias del siglo XXI.

4.3 La gestión de la situación excepcional

Todo aquel que se ocupa de estudiar la concepción teórica de Carl Schmitt subraya el papel central que en ella juega la excepcionalidad (véanse, por todos, Schwab, 1970 y Gómez Orfanel, 1986). Aquí conectan, como ya señalé, Fraenkel y Schmitt. Para este último, desde la excepción se define la normalidad. “Normalidad” viene de “norma”. Ello implica que no hay posibilidad de regulación jurídica de la excepción y solo a través

²⁴ La Ley 19/2017, del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, fue anulada por la STC 114/2017, de 17 de octubre, y la Ley 20/2017, de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República, lo fue por la STC 124/2017, de 8 de noviembre.

²⁵ Algo que afianza el carácter simbólico de la declaración de independencia es que careció por propia voluntad del Gobierno de la Generalitat de ninguna continuidad ni en la vertiente jurídica (no se aprobó norma jurídica alguna basada en tal declaración) ni en las eventuales vías de hecho (si se quiere un símbolo claro: la bandera de España siguió ondeando en la azotea del Palacio de la Generalitat).

²⁶ De nuevo, en la reacción desaforada de la policía frente a ciudadanos que solo pretendían votar pacíficamente no se respetaron las mínimas garantías de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Hasta la fecha ningún miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ha sido denunciado por el Ministerio Fiscal y las denuncias presentadas por particulares han sido archivadas sin más, generando así otro espacio de impunidad.

de la decisión del soberano en la situación excepcional se genera un orden jurídico, se genera la normalidad. Schmitt se percató claramente de que el rasgo propio de un estado de derecho sería que desde la normalidad pudieran definirse espacios de excepción, lo más acotados posible. Pero él consideraba esa posibilidad simplemente ilusoria, propia de la visión “liberal” del mundo que andaría siempre buscando previsibilidad en todo, cuando ello no es posible.

El encaje de esta posición con la forma en la que se ha aplicado el art. 155 CE es notable. El énfasis que se ha puesto en todo momento en restaurar la “normalidad” corre en paralelo con esta idea del soberano que decide cuándo se da la situación de excepcionalidad y cuándo hay que considerar que se ha vuelto a la “normalidad”. La alusión al “grave atentado contra el interés general de España”, que debe ser “protegido” por el Gobierno a través de las “medidas necesarias”, hace el resto. Así es como se ha interpretado el art. 155 por parte de quienes lo aplicaron y, sobre todo, así está siendo interpretado por quienes quieren volver a aplicarlo, esta vez ya sin ni siquiera cortapisas “formales” o las garantías a las que hice alusión anteriormente, tales como su carácter transitorio.

Llegados a este punto, cabe formular algunas preguntas pertinentes ¿Existe alternativa a este posicionamiento de Schmitt? ¿Hay que conformarse con la constatación de que la excepcionalidad escapa a la regulación y, por ende, que el estado de derecho debe ceder en este punto de manera inexorable al reino de las “medidas”, en definitiva, a la arbitrariedad?

No hay duda de que el planteamiento de Schmitt tiene una considerable dosis de realismo, el que suele reclamar para sí todo partidario a ultranza de la *Realpolitik*. Sin embargo, aunque Schmitt tuviera razón y no fuera posible regularlo todo a través de normas, aún quedaría por determinar si se opta por una visión totalitaria y autoritaria por la que él se decanta, en la línea de la concentración de poder que tenga la capacidad de tomar “la” decisión por antonomasia para este autor (la decisión política, que distingue entre amigo y enemigo), o bien se intenta caminar en una dirección opuesta, en el sentido de postular un equilibrio, propio de un sistema de *checks and balances*, para que no haya tal concentración de poder precisamente por los peligros que supone respecto a los derechos y libertades de los individuos. Lo que quiero subrayar es que de la constatación de que siempre quedan elementos de decisión que escapan a la posibilidad de ser normados, algo que por otro lado yo mismo he sostenido en otros lugares,²⁷ no se sigue necesariamente que haya que concentrar la decisión en un poder “fuerte”, no sometido a límites “jurídicos”. De hecho, cuando la doctrina postula el deber de respetar determinadas garantías ello debería tomarse en serio, por ser la forma de establecer límites que preserven el estado de derecho.

En este sentido resulta destacable que el propio Schmitt admita que “solo los estados fuertes pueden permitirse el lujo de convertirse en democracias liberales porque solo ellos pueden tolerar a los partidos de oposición” (citado en Schwab, 1989: 57). Analicemos algo esta tesis a la luz de lo sucedido en el Reino Unido.

Como es sabido, en Reino Unido se delegó a Escocia la competencia para realizar un referéndum de autodeterminación, que efectivamente tuvo lugar. Este hecho es un claro contraejemplo a la tesis sostenida por Schmitt y sus seguidores.²⁸ ¿Qué análisis podría hacer de la reacción de este estado un defensor de la concepción schmittiana de la política? Veamos las posibilidades y sus implicaciones respecto al caso español.

Una opción es sostener que son dos casos que nada tienen que ver, ya que hay una diferencia *formal* insalvable: el redactado del art. 2 CE, que consagra la “indisoluble unidad de la Nación española”, que no figuraría en la “Constitución” de Gran Bretaña. Este argumento no es convincente. En primer lugar porque la crisis se daría igual aunque no existiese ese artículo. La afectación a la unidad estatal es un caso claro de crisis institucional, con independencia del grado de formalización que alcance el reconocimiento de esa unidad. Todo estado, lo

27 A este ámbito de discrecionalidad que inevitablemente tienen los jueces en nuestros ordenamientos jurídicos lo he denominado las “circunstancias de la jurisdicción”, que pasan básicamente por la vaguedad del lenguaje en que se expresan las normas, por los problemas sistémicos que tienen los ordenamientos y por la presencia de referencias explícitas o implícitas a la moral en las reglas y, sobre todo, en los principios que los conforman (Vilajosana, 2012: 97-104).

28 También lo es la reacción del Estado canadiense “tolerando” dos referéndums de autodeterminación en Quebec (1980 y 1995) y canalizando posteriormente a través del Dictamen de su Corte Suprema en 1998 las condiciones y efectos jurídicos que podría tener un eventual referéndum posterior. Así pues, lo que indico en el texto sobre Reino Unido podría ser aplicado *mutatis mutandis* al caso canadiense.

diga su Constitución o no, por definición conforma una unidad, porque de otro modo no sería *un* estado.²⁹ En segundo lugar, porque no es cierto que el derecho del Reino Unido no contenga referencias a la unidad. Basta con prestar atención al *Treaty of Union* entre Inglaterra (que incluía a Gales) y Escocia, que dio lugar al nacimiento de Gran Bretaña. En su primer artículo se dice que ambos reinos se unen “*forever after*”. No parece, pues, que al usar esta expresión Escocia e Inglaterra tuvieran una pretensión muy distinta a la de constituir una unidad “indisoluble”. Por tanto, no es razonable pensar que en el Reino de España el “desafío” a la unidad sea una situación de excepcionalidad mientras que en el Reino Unido no lo es, ni siquiera por razones formales.

Otra opción sería constatar que, a pesar de que cuando escribía Schmitt el Reino Unido era un estado fuerte, con su reacción frente a esa situación excepcional ha mostrado ser un estado débil. Esa es la única posibilidad que salvaría la tesis de Schmitt, eso sí, al precio de hacerla notoriamente implausible. No solo habría que sostener que el Reino Unido es un estado débil (ridículo) sino que habría que concluir que ha dejado de ser un estado democrático-liberal. Ello es así por cuanto la tesis que estoy criticando defiende que la fortaleza de un estado es una condición necesaria para que sea un estado democrático-liberal, de lo cual se sigue que si un estado que era fuerte pasa a ser un estado débil ya no puede ser un estado democrático-liberal.

El ejemplo británico (y también el canadiense) socava la tesis de Schmitt y de sus seguidores. No es cierto que frente a una situación excepcional, en la que un desafío serio a la unidad estatal constituye un caso paradigmático, solo quepa una reacción autoritaria. Caben otras reacciones estrictamente democráticas que, lejos de poner en riesgo el estado de derecho, lo fortalezcan, como argumentaré en el último apartado. El Reino Unido no es un estado más débil a raíz de haber permitido un referéndum de autodeterminación en Escocia, así como el Estado español no es más fuerte por haber negado una y otra vez esa posibilidad en Euskadi o en Cataluña y por haber inaugurado la aplicación del art. 155. Lo que está en juego es si el tipo de respuesta que se va a dar a las peticiones de una porción considerable de los ciudadanos de un determinado territorio será consistente con la de ensanchar el ámbito propio del estado discrecional en detrimento del estado normativo o se canalizarán tales demandas por cauces normativos propios de un estado democrático-liberal.

El Gobierno del Estado español, apoyándose en el entorno institucional que he descrito en el apartado 3, ha elegido la primera opción, la de ensanchar el espacio reservado al estado discrecional. Y ese es un camino que, una vez iniciado y si se goza de impunidad, tiene incentivos perversos para seguir manteniéndose e incluso incrementarse. Así, por ceñirnos ahora únicamente al ámbito de la aplicación del art. 155 CE, mientras escribo este trabajo los partidos de derecha de ámbito estatal sostienen sin ambages que la “primera” aplicación del art. 155 fue “suave” y postulan directamente la eliminación de la autonomía y la ilegalización de los partidos independentistas, o en todo caso la aplicación “por un período indefinido” del art. 155 hasta que se restaure la “normalidad”.³⁰ Las garantías propuestas en su día por la doctrina (necesidad, proporcionalidad, adecuación, transitoriedad y menor intervención) caen así en saco roto. Que venza esa opción interpretativa dependerá únicamente de la contingencia de las mayorías parlamentarias.

5 Las implicaciones: hipóstasis de la unidad nacional y democracia

5.1 La concepción schmittiana de la democracia

Para quien se acerque al estudio de los textos de Schmitt podría parecer desconcertante que, a pesar de ser un autor que defendió la necesidad de elementos dictatoriales en un estado y manifestó su complacencia con los estados totalitarios,³¹ también diga defender la democracia. Por supuesto, esto solo es concebible si se altera

²⁹ Por eso a cada estado corresponde *una* regla de reconocimiento que le confiere unidad e identidad, como he mostrado en distintos trabajos. Véase, por todos, Vilajosana (2006).

³⁰ Así lo han defendido explícitamente Vox, PP y Ciudadanos. A punto de entregar mi contribución a la RCDP, la Asamblea extremeña ha aprobado (17.01.2019) una moción que apoya la aplicación por tiempo ilimitado del art. 155 en Cataluña. Esta nueva intervención incluiría el control de los medios públicos de comunicación y de la educación. Esa Declaración ha sido aprobada no solo con los votos de la derecha sino también con los del PSOE y sin aludir a ningún incumplimiento concreto de las obligaciones constitucionales o legales por parte de la Generalitat. Parece, pues, que ya se fia cualquier postrera intervención a la cláusula habilitante del “grave atentado contra el interés general de España”. Todo ello denota impaciencia por quemar etapas y dejar atrás cualquier resquicio de estado normativo en Cataluña.

³¹ Schmitt distinguía dos tipos de estados totalitarios. Uno, al que llamaba totalitarismo en sentido cualitativo, cuyo modelo era

notablemente lo que de costumbre entendemos por tal. El contraste de su posición con los postulados de la democracia liberal ayuda a comprender el trasfondo de lo que aquí está en juego.

Al identificar democracia y homogeneidad nacional, Schmitt consigue subvertir todos los rasgos que suelen atribuirse a ese régimen político desde posiciones liberales. Así, lo contrario a la democracia para él será todo lo que ponga en tela de juicio esa homogeneidad nacional. Ello sucederá con el pluralismo valorativo, pero también con las fuerzas disgregadoras que pueden provenir de un estado federal como el alemán. La posición de Schmitt sobre este último punto ha sido descrita de este modo por Schwab: “La coexistencia de diversos estados en un contexto más amplio, el Reich, podía convertirse fácilmente en peligrosa, pensaba Schmitt, en cuanto un cierto número de partidos de la mayoría gubernamental fuera de inspiración federalista (...); también denunciaba los riesgos de que los partidos de oposición controlasen uno o más estados (...) ya que estaban en condiciones de influir en la política del Reich como un todo y, por tanto, amenazar el cumplimiento de políticas estatales de interés nacional” (Schwab, 1989: 79).

Este posicionamiento teórico de Schmitt tuvo su traslación en la práctica con motivo de la intervención del *Land* de Prusia el 20 de julio de 1932, en aplicación del art. 48 de la Constitución de Weimar, y con el posterior litigio que originó. Hindenburg, como presidente del Reich, suspendió el gobierno prusiano, compuesto por socialdemócratas, Partido del Centro y demócratas. La justificación que adujo fue que el gobierno de Prusia no había estado en condiciones de asegurar la paz en el más importante *Land* del Reich. A renglón seguido nombró a von Papen comisario de Prusia.³² Cuando el depuesto gobierno socialdemócrata del *Land* demandó al gobierno del Reich ante el Tribunal de Leipzig, Schmitt actuó como coadyuvante en la defensa del Reich. Consideró que la intervención estaba plenamente justificada puesto que no se dirigía a negar la autonomía de Prusia sino a protegerla del peligro. Los representantes de Prusia, entre los que se incluían otros académicos de renombre, como Hermann Heller (apoyados por Hans Kelsen), sostuvieron, en cambio, que no se daban las circunstancias habilitantes para aplicar el art. 48 y en todo caso que las medidas no eran las necesarias. El fallo del *Staatsgerichtshof* de 25 de octubre, en una decisión solo formalmente salomónica, bendijo la intervención y los poderes comisariales del Reich en Prusia, aunque restauró “simbólicamente” el gobierno prusiano (*cf.* Dyzenhaus, 1998).

Sin forzar demasiado las cosas, el paralelismo de lo sucedido en el incidente de la intervención en Prusia (a través de la aplicación del art. 48 de la Constitución de Weimar) con lo acaecido en Cataluña (mediante la aplicación del art. 155 CE) es innegable.³³ También el Acuerdo en el caso español sostiene que las medidas propuestas, a cuyo alcance desproporcionado ya hice referencia, “de ningún modo tienen por objetivo suspender la autonomía de Cataluña, sino precisamente salvaguardar y restaurar la aplicación de su Estatuto de Autonomía como parte del orden constitucional”. En aquel caso el “enemigo” fue el gobierno socialdemócrata (y los partidos que lo sustentaban, que en realidad constituían el último reducto de quienes todavía creían en la salvación de la República de Weimar), en Cataluña es el gobierno de corte independentista y, con él, todos los que lo apoyaban, entre otras cosas habiendo votado a los partidos de ese signo. La afectación a la visión de la democracia que supone este proceder queda meridianamente clara en las palabras pronunciadas por el presidente del TS y del CGPJ, Carlos Lesmes, el 5 de septiembre de 2017,³⁴ en su discurso de apertura del año judicial:

“La Constitución, como máxima expresión de la soberanía nacional, lejos de configurarse como la proclamación de un deseo es, ante todo, un conjunto de mandatos jurídicos de obligado cumplimiento. Cuando su artículo 2 residencia el fundamento constitucional en la indisoluble unidad de la Nación española, no lo hace a modo de frontispicio programático, sino como basamento último, nuclear e irreductible de todo el derecho de un Estado.”

representado, antes del ascenso de Hitler al poder, por la Italia fascista y otro, el totalitarismo en sentido cuantitativo, cuyo caso emblemático para él era la República de Weimar. Sus preferencias a favor del primer modelo son claras. Al segundo lo consideraba despectivamente como un totalitarismo de la debilidad (*cf.* Schwab, 1989: 78).

32 Schmitt colaboró estrechamente con los gabinetes presidenciales de Franz von Papen (del 1 de marzo al 3 de diciembre de 1932) y del general Kurt von Schleicher (del 3 de diciembre de 1932 al 30 de enero de 1933) a través del jefe de gabinete del presidente Otto Meißner (Kennedy, 2012: 42).

33 Se apunta esta conexión en sendos artículos periodísticos (Gómez Orfanel, 2007; Vallès, 2017), el primero para descartarla y el segundo para temerla.

34 Antes, pues, del referéndum, la declaración de independencia y la activación del art. 155.

Difícilmente hallaremos una formulación más rotunda del papel asignado a la unidad nacional como fundamento (“último, nuclear e irreductible”) del entero sistema jurídico de un estado. Seguramente, Schmitt la suscribiría con entusiasmo. Y es que el empleo de este tipo de argumentos, que fundamentan el sistema jurídico no en la voluntad de los ciudadanos sino en la unidad de la nación, constituye bien a las claras el corolario de lo que aquí he explicado. Un tratamiento de la situación de *excepción* basado en la *decisión* del *soberano*; un planteamiento del ámbito de lo *político* amparado en la distinción entre *amigo* y *enemigo*; una aplicación al enemigo de medidas, propias del estado discrecional, que escapan del control normativo, todo ello desemboca en una concepción de la democracia que ni tratará como prioritaria la voluntad de los ciudadanos ni reconocerá límite alguno a la unidad proveniente de sus derechos fundamentales. ¿Por qué debería hacerlo si, al fin y al cabo, estos forman parte de la Constitución y esta tiene su fundamento último en el carácter indisoluble de la nación? Es esta concepción schmittiana de la democracia la que conduce a entender en términos absolutos esa unidad, la cual ni cede ni se pondera con los derechos fundamentales, como el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE.³⁵ Este es el resultado inevitable de lo que podríamos denominar la hipóstasis de la unidad, el hecho de considerar esta como una realidad absoluta.

5.2 La concepción liberal de la democracia

No obstante, frente a la concepción de la democracia cimentada en la hipóstasis de la unidad cabe oponer otra que sea democrático-liberal e implique también otra manera de entender la política. Sus rasgos básicos serían estos:

a) La defensa del pluralismo. El pluralismo en una sociedad, tanto en los valores como en las realidades nacionales, lejos de ser un signo de debilidad que haya que extirpar para restaurar la homogeneidad a toda costa, es un rasgo de fortaleza democrática y como tal debe ser protegido.³⁶

En la famosa discusión teórica (aunque con ribetes muy prácticos, como hemos visto antes al mencionar la intervención en Prusia) entre Kelsen y Schmitt (Schmitt, 1931) sobre quién debe ser el defensor de la Constitución, el primero reprochó al segundo justamente que tergiversara la función del pluralismo en una sociedad democrática y que esa tergiversación, a resultas precisamente del fundamento último que se asigna a la unidad, termine por desfigurar el sentido y alcance de la propia Constitución. Lo expresa así: “En lugar del concepto *iuspositivista* de Constitución se desliza la ‘unidad’ como un ideal *iusnaturalista*. Con la ayuda de este concepto puede concebirse el sistema pluralista (...) como una ruptura de la unidad, dado que destruye o pone en peligro esa ‘unidad’, que pasa a ocupar el lugar de la Constitución; y puede concebirse la función del jefe del Estado como una defensa de la Constitución, dado que restaura o defiende esa ‘unidad’” (Kelsen, 1995: 79), una unidad que “puede no ser otra cosa que una situación deseada desde una determinada perspectiva política” (Kelsen, 1931: 78).

Es aquí donde radica el núcleo de una visión liberal de la democracia. Esta apreciará positivamente la discrepancia, el debate, la negociación y el compromiso. Siguiendo a Kant, es la razón y no la voluntad la característica definitoria de la teoría política moderna y del constitucionalismo liberal (Kennedy, 2012: 201). Ello supone que el debate racional no sea visto desde este punto de vista como una debilidad sino como una fortaleza. La fortaleza de la democracia no tiene por qué radicar en la unidad valorativa, sino en compartir una forma de resolver las disputas, una forma que incluya el compromiso con la aportación de razones y no con el uso de la fuerza. Ronald Dworkin lo ha expresado de esta manera: “La democracia puede gozar de una buena salud aun careciendo de un debate político si existe un consenso amplio acerca de lo que hay que hacer. Puede ser una democracia saludable incluso sin existir el consenso si posee una cultura del debate. Pero no puede mantener la buena salud si padece divisiones profundas y encarnizadas y carece de un debate real, porque entonces se convierte en una mera tiranía del número” (Dworkin, 2008: 21).

b) Atención principal a la voluntad de los ciudadanos. La visión de lo político de Schmitt, y con ella su concepción de la democracia, es sintomática de las doctrinas que Bobbio denominó *ex parte principis*, es

³⁵ Como podría hacerse con una interpretación de la Constitución proclive a reconocer la importancia del principio democrático y que habría llevado a sostener que no hay impedimentos para la realización de un referéndum pactado para conocer la voluntad de los ciudadanos de Cataluña respecto de su futuro político, como se argumenta en Vilajosana, 2014, y como se ha hecho, por ejemplo, en el mencionado Dictamen de la Corte Suprema canadiense. Véase también Barceló et al., (2015).

³⁶ El lugar clásico al que siempre hay que volver cuando se pretende destruir el pluralismo es Mill, 1859.

decir, de aquellas “que toman la perspectiva de los gobernantes para justificar su derecho a mandar y el deber de los súbditos de obedecer”. A ellas se opondría la perspectiva de quienes adoptan una mirada *ex parte populi*, o sea “de la parte de los gobernados de no ser oprimidos y el deber de los gobernantes de producir leyes justas (...) para quien se pone *ex parte principis* el problema principal del estado es el de la unidad del poder, que incluso puede ir en detrimento de la libertad de los sujetos; para quien se pone *ex parte populi* el problema principal es el de la libertad de los individuos que puede ir en detrimento de la unidad” (Bobbio, 1989: 202). Está claro de qué lado se encuentra Schmitt y también lo está en qué dirección apuntan las citadas palabras del presidente del TS: justamente el sentido opuesto al que debería tomar un partidario de la democracia liberal. Y es que hace tiempo que el desarrollo de la democracia pasa por ampliar las esferas en que los ciudadanos puedan decidir democráticamente. Así lo expresaba Bobbio hace más de treinta años: “Hoy, quien quiera tener un indicador del desarrollo democrático de un país ya no debe considerar el número de las personas que tiene derecho al voto, sino el número de lugares diferentes de los tradicionalmente políticos en los que se ejerce el derecho al voto” (Bobbio, 1989: 220).

c) Derechos de los ciudadanos como límites al poder. Es consustancial a la democracia liberal el reconocimiento de una serie de derechos que actúen como límites al ejercicio del poder público. Pero para que estos límites sean efectivos debe darse la posibilidad real de que se actuará contra los abusos del poder. En cambio, cuando los mismos resortes que deberían garantizar esos derechos, como son el TS y el TC, quedan atrapados en una lógica de defensa a ultranza de la unidad nacional las posibilidades de que se den esos límites resultan ilusorias.

d) Evitar la “apoteosis” de la excepción. La interpretación de la Constitución que proponía Schmitt no podía conducir sino a lo que Kelsen denominó la “apoteosis del art. 48” (Kelsen, 1931: 79).³⁷ Es un proceso que puede ser explicado con el aparato conceptual de Schmitt. Este distingue entre dictadura comisarial y soberana. La dictadura comisarial se basa en el poder constituido, que nombra a un dictador, mientras que la dictadura soberana es conferida por el poder constituyente, perteneciente al pueblo (Schmitt, 2013: 141 y ss.). A veces, empero, el poder constituyente es asumido únicamente por el propio dictador soberano como en la Francia de 1793 o en la Rusia de 1917. La primera fase, en la que se producen aplicaciones del art. 48, se puede entender como dictadura comisarial (se acepta que el presidente tome solo medidas de hecho pero no creación de normas generales, que se reservan al Parlamento); posteriormente, la dictadura pasa a ser soberana (cuando se consiente que el presidente legisle, con el Parlamento disuelto). Por último, con Hitler ya en el poder, bastará que este se desligue del poder constituyente y él mismo se constituya como tal. El ciclo se ha cerrado. Por un lado, al estado de derecho lo sustituye un estado *totalitario* en el que el soberano decide a quién se aplica el estado normativo y a quién el estado de las medidas. Por otro lado, el sistema democrático-liberal queda desbancado por un régimen *autoritario*, que solo tomará en cuenta la voluntad del pueblo cuando este aclame al *Führer*. El final lo anticipa Schmitt en 1932: “La legitimidad plebiscitaria es el único tipo de justificación estatal que debería reconocerse hoy, generalmente, como válida” (Schmitt, 1932: 90).

La interpretación que se ha dado al art. 155, arropada por todo el entorno institucional que he mencionado, ha iniciado este camino, de ahí la extensión de las “medidas necesarias” y la decisión arbitraria acerca del significado de la “normalidad”. No hay ninguna duda de que la primera aplicación del mismo ha supuesto la introducción de la dictadura comisarial respecto de Cataluña como tampoco la hay, dadas las voces solicitando su aplicación “dura” (“por tiempo indefinido”), de que ello supondría el paso a la dictadura soberana. Si, llegado el caso, se ilegalizan los partidos independentistas, a pesar del apoyo ciudadano con el que cuentan, se habrá disparado el tiro de gracia a la democracia liberal en ese territorio, por cuanto será el signo evidente de que se está dispuesto a gobernar con independencia de la voluntad de los gobernados. En definitiva, por decirlo en palabras de otro agudo discípulo de izquierdas de Schmitt, habría llegado entonces el momento en que “la democracia del compromiso haya mutado en la democracia de los campos enemigos” (Kirchheimer, 1930: 99).

Y es que los peligros de fiarlo todo a la excepción acechan:

³⁷ Los dos primeros párrafos del art. 48 rezaban así: “1. En el caso de un Estado que no cumpla con los deberes que le haya impuesto el Reich, la Constitución o las leyes del Reich, el presidente del Reich podrá hacer uso de las fuerzas armadas para obligar a cumplirlos. 2. Si la seguridad y el orden público del Reich son severamente perturbados o puestos en peligro, el presidente del Reich podrá tomar las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, apelando a las fuerzas armadas, de ser necesario. A este objeto, puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153”.

“Un Estado que organiza todo su aparato institucional en función del caso extremo o crítico (*Ernstfall*) pasa a ser inevitablemente totalitario. Los valores de libertad individual, pluralidad, disenso y oposición son sacrificados a la concentración de energías para la prevención del caso extremo (...). Aquí el caso crítico incluso se finge o disimula para crear recursos que sostengan el sistema (...). Mientras el Estado totalitario se ve compelido a inventar el caso crítico para garantizar la propia supervivencia y contener sus propios conflictos, el Estado liberal, dando espacio al conflicto, puede echar por tierra la posibilidad misma del caso crítico (Josef Isensee, citado en Rusconi, 1984: 156).”

Después de cuanto he dicho en este trabajo, la alternativa a la que se enfrenta el Estado español es clara. O bien el estado normativo se acaba imponiendo al estado discrecional, o bien este acabará hurtándole parcelas cada vez más relevantes hasta que el estado de las medidas pase a gobernar toda decisión política. La otra salida, naturalmente, es que se generen dos unidades estatales distintas y que cada una elija si quiere ser un estado dual o un estado democrático-liberal de derecho.

Bibliografía

- Albertí, Enoch (1986). *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: CEC.
- Ballart, Xavier (1987). *Coerció estatal i autonomies*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Barceló, Mercè; Corretja, Mercè; González, Alfonso; López, Jaume y Vilajosana, Josep M. (2015). *El derecho a decidir: Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- Barceló, Mercè (2018). *Crisis constitucional del estado o cuando la “unidad de España”, como metaderecho, se impone a los derechos fundamentales de la ciudadanía*. [En prensa].
- Bobbio, Norberto (1989). *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*. México: FCE.
- Boldt, Hans (1971). Article 48 of the Weimar Constitution: Its Historical and Political Implications. En: Anthony Nicholls y Erich Matthias (Eds.), *German Democracy and the Triumph of Hitler* (p. 288-309). Londres: Unwin.
- Calafell, Vicente Juan (2000). La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la Constitución española). *Revista de Derecho Político*, (48-49), 99-146.
- Cancio, Manuel y Jakobs, Günther (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- Cotarelo, Ramón (2018a, febrero 23). El Estado doble. [Entrada blog]. Consultado 22 enero 2019 en <https://cotarelo.blogspot.com/2018/02/el-estado-doble.html>
- Cotarelo, Ramón (2018b). *España quedó atrás*. Barcelona: Now Books.
- Cruz Villalón, Pedro (1980). La protección extraordinaria del Estado. En: Eduardo García de Enterría y Alberto Predieri (Eds.), *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático* (p. 689-717). Madrid: Civitas.
- Cruz Villalón, Pedro (1984). Coerción estatal. En: José Juan González Encinar (Dir.), *Diccionario del sistema político español* (p. 56-62). Madrid: Civitas.
- Cruz Villalón, Pedro (2003-2004). Veinticinco años de normalidad constitucional. *Revista de Derecho Político*, (58-59), 17-27.
- Dyzenhaus, David (1998). *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Clarendon Press.
- Entrena Cuesta, Rafael (1980). Artículo 155. En: Fernando Garrido Falla (Dir.), *Comentarios a la Constitución* (p. 2311-2316). Madrid: Civitas.

- Estévez, José Antonio (1989). *La crisis del Estado de derecho liberal: Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel.
- Fraenkel, Ernst (1941). *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Clark: The Lawbook Exchange, Ltd., 2006.
- Freund, Julien (1965). *L'Essence du politique*. París: Sirey.
- García de Enterría, Eduardo (1983). *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid: Civitas.
- Gil-Robles, José María (1988). Artículo 155. En: Oscar Alzaga (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución de 1978* (tomo IX, p. 451-471). Madrid: Edersa.
- Gómez Orfanel, Germán (1986). *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: CEC.
- Gómez Orfanel, Germán (2017, octubre 31). El 'golpe' contra Prusia. *El Confidencial*. Consultado 22 enero 2019 desde https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-10-31/independencia-cataluna-golpeprusia_1469822
- González Hernández, Esther (2016). El artículo 155 CE y la LO 15/2015, de 17 de octubre, de reforma de la LOTC: ¿Ineludible reciprocidad o círculo perverso? *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 529-557.
- Guillén, Gabriel (1996). *Carl Schmitt en España: la frontera entre lo político y lo jurídico*. Madrid: Tébar Flores.
- Jakobs, Günther (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: Günther Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Kelsen, Hans (1931). ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 1995.
- Kennedy, Ellen (2004). *Carl Schmitt en la República de Weimar: La quiebra de una Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Kirchheimer, Otto (1930). L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale. Un contributo nell'anniversario della Costituzione. En: *Costituzione senza sovrano: Saggi di teoria politica e costituzionale* (p. 96-99). Bari: De Donato, 1982.
- Kyselova, Tatiana (2014). Dualism of Ukrainian commercial courts: exploratory study. *Hague Journal on the Rule of Law*, (6)(2), 178-201.
- Mérieau, Eugénie (2016). Thailand's deep state, royal power and the constitutional court, 1997-2015. *Journal of Contemporary Asia*, (46)(3), 445-466.
- Mill, John Stuart (1859). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1970.
- Requejo, Paloma (2013). La resurrección del interés general en el Estado autonómico. *Revista de Derecho Político*, (87), 149-178.
- Rusconi, Gian Enrico (1984). *Scambio, minaccia, decisione: Elementi di sociologia politica*. Boloña: Il Mulino.
- Schmitt, Carl (1922). Teología política. En: *Estudios políticos* (p. 33-93). Madrid: Doncel, 1975.
- Schmitt, Carl (1928). El concepto de la política. En: *Estudios políticos* (p. 95-166). Madrid: Doncel, 1975.
- Schmitt, Carl (1931). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- Schmitt, Carl (1932). *Legalidad y legitimidad*. Granada: Editorial Comares, 2006.
- Schmitt, Carl (2013). *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial (4ª ed.).

- Schwab, George (1989). *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. Nueva York: Greenwood Press (2ª ed.).
- Söyler, Mehtap (2013). Informal institutions, forms of state and democracy: the Turkish deep state. *Democratization*, (20)(2), 310-334.
- Trochev, Alexei; Solomon Jr., Peter H. (2018). Authoritarian constitutionalism in Putin's Russia: A pragmatic constitutional court in a dual state. *Communist and Post-Communist Studies*, (51)(2018), 201-214.
- Vallès, Josep Maria (2017, octubre 24). Sobre el 155: ¿“Preussenschlag” en España? *Eldiario.es*. Consultado 22 enero 2019, desde https://www.eldiario.es/catalunya/opinions/articulo_155-golpe_prusiano_6_700339972.html
- Vilajosana, Josep M. (2006). El positivismo jurídico convencionalista. En: José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla (Eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, (p. 521-538). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Vilajosana, Josep M. (2012). Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento. *Isonomía*, (36), 89-116.
- Vilajosana, Josep M. (2014). Principio democrático y justificación constitucional del derecho a decidir. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, (19), 178-210.
- Vilajosana, Josep M. (2017). *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons (2ª ed.).
- Vírgala, Eduardo (2005). La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (73), 55-110.
- Wilson, Eric (Ed.) (2016). *The Dual State: Parapolitics, Carl Schmitt and the National Security Complex*. Londres: Routledge.