

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO



TESIS:

“EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LA TEORÍA JURÍDICA Y
POLÍTICA DE CARL SCHMITT, AREQUIPA, 2013.”

PARA OPTAR EL GRADO
ACADÉMICO DE MAGISTER

PRESENTADO POR EL BACHILLER:
AZALDE LEÓN, JOSÉ MARIO.

AREQUIPA - PERÚ
2013

Lo que importa es si —como supuesto de toda reflexión política ulterior— el hombre

debe ser considerado como un ser problemático o como un ser no problemático

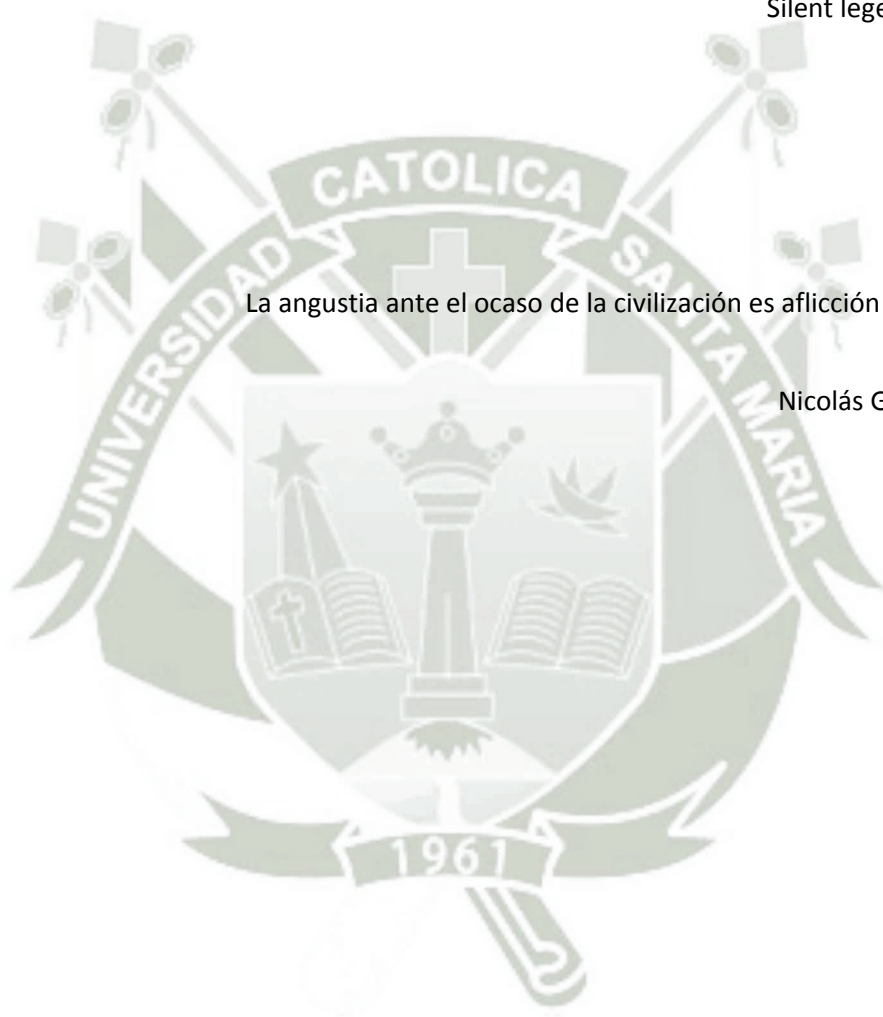
Carl Schmitt

Silent leges inter arma

Cicerón

La angustia ante el ocaso de la civilización es aflicción reaccionaria

Nicolás Gómez Dávila



A mis padres, por todo.



Índice

Índice	4
Resumen	5
Introducción	6
I.- El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt	8
I.1.- El realismo como punto de partida	8
I.2.- El fundamento antropológico: el pesimismo	11
I.3.- La dimensión propia de lo político	18
I.4.- El decisionismo schmittiano	21
II.- La soberanía en la teoría jurídica y política moderna: la aproximación schmittiana	26
II.1.- Contexto histórico de la reflexión schmittiana sobre la soberanía	26
II.2.- El problema del Estado de Derecho y el concepto de soberanía	31
II.3.- El problema del Estado de Derecho y el concepto de soberanía	43
II. 4.- Crítica positivista a la soberanía	56
II. 5.- Decisionismo y soberanía	57
II.6.- La relación entre el normativismo y decisionismo	64
II.7.- La legalidad y legitimidad como límites del normativismo	66
II.8.- Estado de derecho y soberanía	66
II.9.- La soberanía y su relación con el estado de excepción y la dictadura	68
II.10.- Dimensión jurídico-constitucional del decisionismo: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?	72
II.11.- Dimensión política del decisionismo: estado de excepción	73
III.- La limitación teórica y política de la soberanía: Soberanía y crisis del estado	75
IV.- La aparición de la soberanía en el Perú	87
V.- Los límites al concepto tradicional de soberanía en clave schmittiana	95
Conclusiones	98
Bibliografía	102

Resumen

La presente investigación tiene como finalidad indagar sobre el concepto de soberanía en la teoría jurídico-política de Carl Schmitt. En el proceso investigativo se encontraron muchas dificultades por la complejidad teórica del autor y por su aproximación dispersa con respecto al tema tratado. Se pudo constatar la propuesta innovadora del Dr. Schmitt con respecto a la conceptualización teórica de la soberanía. Así, le aleja de posiciones convencionales y asume una perspectiva realista, no ideológica o utópica, sosteniendo que el concepto de soberanía surge en el momento extremo, en el momento excepcional donde la persona que tiene poder de decisión posee per se la condición de soberano. Schmitt realiza una crítica furibunda al concepto tradicional y a su asunción dogmática por parte del positivismo jurídico. La conceptualización schmittiana de la soberanía es una reivindicación del momento político y un ataque a las consecuencias de un positivismo jurídico-político que se asume como incuestionable. El concepto de soberanía de Schmitt nos permite interpretar diversos hechos políticos a partir de una visión heterodoxa de la relación entre la política y el derecho, asumiendo que la política tiene una dimensión arquitectónica y el derecho un fin regulativo. La política precede al derecho, sin a su vez, pueda existir sociedad que sea gobernada solamente por principios políticos, prescindiendo del derecho.

Introducción

¿Por qué estudiar a Schmitt? ¿Por qué estudiar a un jurista nazi caído en desgracia, a un ilustre anciano que generó una importante cantidad de adeptos en todas partes del mundo y que aún continúan investigando su pensamiento? ¿Por qué estudiarlo desde Perú, cuál es el interés que un académico peruano puede tener en las ideas de este polémico intelectual? Probablemente Schmitt sea el más importante teórico político del s. XX. En Europa, EEUU y algunos países de Latinoamérica se han realizado sesudos estudios sobre su obra. En Perú la recepción del corpus schmittiano es casi nula. Con excepción del notable trabajo realizado por el Prof. Eduardo Hernando Nieto, el desarrollo científico e incluso la vulgarización de su pensamiento no ha logrado una gran amplitud y sin dudas esto causa un serio problema al momento de analizar figuras como la soberanía, el estado de excepción, estado de derecho, la guerra, la dictadura, en las que el aporte de Schmitt es notable.

La reflexión jurídico-política schmittiana cobra renovada actualidad a la luz de los más recientes acontecimientos porque constituye un magnífico modelo contemporáneo de construcción de una doctrina jurídica y política legitimadora de un proyecto político autoritario en el ámbito intraestatal y de un proyecto de agresiva dominación imperial en la esfera internacional. El estudio de la obra schmittiana puede ser un instrumento propedéutico muy útil para ayudarnos a comprender las doctrinas jurídicas y políticas que se están desarrollando con la finalidad de justificar estos emergentes nuevos proyectos autoritarios y para poder captar la relativa moderación o radicalidad de sus pretensiones de dominación.

Buscando un caso concreto en el cual se aprecie la utilidad de la teoría política schmittiana, podemos encontrar en la soberanía un elemento fundamental de análisis. No solamente por su contemporaneidad, sino por su inmenso rigor. Así, el contexto histórico-político exige indagar la

naturaleza de la soberanía. Fenómenos complejos como la globalización afectan la esencia de lo que constituye la soberanía nacional. Los distintos estados de emergencia, de sitio o de excepción obligan indagar sobre el fenómeno de la soberanía.

En la presente tesis se abordará la forma en que fue tratada la cuestión de la soberanía en los principales escritos del referido autor, correspondientes básicamente al período de entreguerras. Schmitt es un pensador poco sistemático y eso ocasiona un problema cuando se pretende analizar su pensamiento. Como método de trabajo trataré de fundamentar cada una de las afirmaciones que realice respecto de sus planteamientos en sus propios escritos. Por eso, constantemente utilizaré el pie de página para dar las referencias precisas en las que mi análisis se sustenta.



EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LA TEORÍA JURÍDICA Y POLÍTICA DE CARL SCHMITT

I.- El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt

I.1- El realismo como punto de partida

Dentro del Derecho Constitucional y la Ciencia Política existen varios criterios para diferenciar las diversas teorías políticas que se han propuesto a lo largo de la historia. Uno de estos criterios, tal vez el más interesante, es el que divide las aproximaciones que explican el fenómeno político entre quienes postulan el realismo político o el idealismo. Tal diferenciación es válida y aunque problemática. Si definimos al realismo como una aproximación al fenómeno del poder prescindiendo en última forma de elementos jurídicos u valorativos, entraríamos en conflicto con los fundamentos de la política y el derecho, que contiene un carácter de deber ser (en el derecho y desde una perspectiva clásica, el dar a cada cual lo suyo, en la política considerando los diversos finalismos como el bien común, la paz perpetua, la disolución del Estado, etc.) Toda teoría reflexiva sobre el poder sostiene un punto de vista o una aproximación de la mejor manera de gobernar, auténtica legitimidad del poder o un concepto o contenido de justicia.

Así, el realismo pretende cambiar las pautas metodológicas convencionales asumiendo que la política se encuentra en un proceso de autonomización¹. El punto de partida del realismo será una aproximación sin apasionamientos (prescindiendo de categorías del deber ser o de visiones teleológicas) al fenómeno político, un vistazo a las relaciones de poder tal cual se perciben desde una perspectiva empírica o real. Es posible criticar tal aproximación, pero es ineludible tomar en

¹ Para Luis María Bandieri, la teoría política del Prof. Schmitt es la culminación del proceso de autonomización de la política: "Schmitt, cerrando así el arco que arranca de Maquiavelo, pasando por Bodin y Hobbes, clausura el proceso de autonomización de lo político. Autonomía de lo político significa no sólo que resulta distinguible de otras categorías, y que obedece a una lógica propia, independiente de aquéllas, sino que se explica a sí mismo: lo político se explica por lo político". Prólogo de Luis María Bandieri, Carl Schmitt, Concepto de lo Político, Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires 1995, pág. 10-11

cuenta con seriedad los argumentos que manejan los teóricos del realismo político acerca de cómo son las relaciones de poder, o lo que Schmitt dentro de esta escuela denominaría “el concepto de lo político”.

El realismo político no es una teoría nueva. Posee una notable genealogía que se remonta hasta Grecia. Así, menciona Oro:

“La genealogía del realismo político remite a la antigüedad clásica, puesto que sus fundamentos se encuentran esbozados de manera germinal en los planteamientos de Tucídides, Trasímaco y Cacícles en Grecia y los historiadores Tito Livio y Cornelio Tácito en Roma. Durante la Edad Media se desconoce la existencia de pensadores realistas, pero en la época moderna irrumpe con vigor especialmente en los planteamientos de autores como Nicolás Maquiavelo, Baruch Spinoza y Thomas Hobbes, y también en algunos teóricos de la *razón de estado* en Francia y España, aunque en ellas no sobresale de manera notable ningún pensador en particular.

Pero va a ser Europa Central, a finales del siglo XIX y principios del XX, cuando el realismo político va a estar próximo a convertirse en escuela. En efecto, historiadores y pensadores políticos como Heinrich Treitschke, Max Weber, Carl Schmitt y Friedrich Meinecke van a aplicar el enfoque realista como una modalidad de análisis político. La corriente alemana fue tan vigorosa que el realismo político también suele conocerse en la actualidad por su denominación en alemán: Realpolitik.

Al margen de Europa continental, exceptuando a Hobbes, hubo escasos pensadores que reflexionaron sobre el realismo político o que utilizaron el enfoque realista como método de análisis político. En Inglaterra en el siglo XX destaca el historiador y diplomático británico Edward Hallett Carr y el inmigrante ruso Isaiah Berlin. En los Estados Unidos destaca la figura del teólogo protestante Reinhold Niebuhr.

El realismo político fue ajeno a la tradición politológica norteamericana hasta vísperas de la Segunda Guerra Mundial, aunque en El federalista (textos en los cuales se encuentra el legado de los padres fundadores) existen parágrafos que tienen claramente una orientación realista. La tradición del realismo político en los Estado Unidos va ser instaurada por un europeo: Hans Morgenthau².

Para entender el realismo político podemos distinguir tres planos:

- El realismo gnoseológico que en contraposición de los denominados idealistas sostiene que el proceso del conocimiento no impone al sujeto conceptos o categorías a priori, sino que el sujeto es capaz de captar la realidad tal cual es.
- En el plano metafísico, a diferencia del idealismo que impone como único parámetro para la aproximación de la realidad la conciencia del sujeto, el realismo sostiene que la realidad existe y es independiente del sujeto.
- En el plano ético-político, el idealismo deja de lado las representaciones (o ideas) y cambia hacia los ideales que se plantean como “deber ser”. El realismo afirma que el hombre se desenvuelve en la realidad tal como se presenta, ateniéndose a los hechos “tal como son”, sin distorsiones producto de los deseos personales o la ideología.

Schmitt no se mueve en el plano del deber ser. Por tanto se mantiene alejado del idealismo político. En su análisis de lo político el parte de los hechos, del fenómeno político tal cual aparece en la realidad.

Luis Fernando Barzotto, comparando el realismo político en Aristóteles y Schmitt, sostiene:

“Aristóteles y Carl Schmitt son generalmente considerados pensadores que ocupan posiciones

² Luis R. Oro Tapia, En torno a la noción de realismo político, Revista Enfoques, Vol. VII Nro. 10, 2009, pág. 19-20, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3020053.pdf

antagónicas en el pensamiento político occidental. Aristóteles estaría ligado a una tradición que enfatiza la amistad y el consenso en la política. Schmitt, a su turno, daría prioridad a la enemistad y al conflicto.

La tesis que aquí se sostiene es contraria a esta percepción del sentido común académico: de hecho, un examen más atento revela que Aristóteles y Schmitt convergen en puntos centrales de su filosofía política, lo que permitiría clasificarlos como pensadores del “realismo político”.

En primer lugar, ambos comparten la tesis de que el objeto de la reflexión política es la oposición amistad/enemistad. La segunda convergencia se da en la tesis de que la amistad en política no es algo dado, sino construido: lo dado es la enemistad. Finalmente, hay una coincidencia antropológica que explica el carácter “muy arduo” de la amistad: para los referidos autores, la propensión hacia el mal –o peligrosidad, como la denomina Schmitt– es un rasgo permanente de la condición humana.

Estas tres tesis expresan el núcleo del realismo político como doctrina política: la política es una realidad contingente, que oscila entre amistad y enemistad; la política es una praxis constante de construcción del orden, la amistad y la paz contra las fuerzas omnipresentes del caos, la enemistad y la guerra; la política tiene que hacer frente al carácter conflictivo de las relaciones sociales, cuyo origen está en la peligrosidad de la condición humana³.

³ Luis Fernando Barzotto, La Amistad Política en Aristóteles y Carl Schmitt, *Prudentia Iuris*, N° 70, 2011, págs. 213, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/amistad-politica-aristoteles-carl-schmitt.pdf>

I.2.- El fundamento antropológico: el pesimismo

La aproximación antropológica permite indagar en que consiste la naturaleza humana y cómo repercute su despliegue dentro de la comunidad. Así, de la valorización de la esencia de la persona se pueden sacar conclusiones importantes sobre su actuación social y política.

Schmitt no desarrolla una aproximación sistemática sobre su visión antropológica. Refiere someramente que las teorías del Estado y las ideas políticas tienen como fundamento una particular visión antropológica, coincidiendo en este sentido con la tradicional división de la política a partir de una visión positiva o negativa de la naturaleza humana:

“Se podrían avalorar todas las teorías del Estado y las ideas políticas con la piedra de toque de su antropología y, siguiendo este criterio, clasificarlas según descansen en el supuesto, consciente o inconsciente del hombre ‘malo por naturaleza’ o ‘bueno por naturaleza. La distinción es sumaria y no se ha de tomar en un sentido moral o ético especial. Lo que importa es si –como supuesto de toda reflexión política ulterior – el hombre debe ser considerado como un ser problemático o como un ser no problemático. ¿Es el hombre un ser “peligroso” o inocuo, entraña riesgo o es inocente e inofensivo?

No podemos entrar aquí en el examen de las numerosas variantes de esta distinción antropológica del Bien y el Mal. La “malicia” puede ser concebida como corrupción, flaqueza, cobardía, estulticia o como “rudeza”, impulsividad, vitalidad, irracionalidad, etc.; la “bondad”, siguiendo variantes parecidas, como racionalidad, perfectibilidad, guiabilidad, educabilidad, naturaleza pacífica por simpatía, etc. Es muy instructivo observar en qué grado la mayoría de las fábulas de animales pueden ser interpretadas en relación directa con situaciones políticas; por ejemplo, el problema de la “agresión” en la fábula del lobo y el cordero; la cuestión de la “culpa” en la fábula de Lafontaine sobre la culpa de la peste, que, naturalmente, recae sobre el asno; el problema de la

“justicia interestatal en la fábula de las asambleas de animales, en las cuales el león pregunta enseguida con arreglo a qué norma va el juez a administrar justicia, mientras al final sólo el conejo ocupa su puesto en la asamblea; el problema del “desarme” en el discurso electoral de Churchill de octubre de 1928, en el cual se refiere que cada animal demuestra que sus dientes, garras y cuernos propios son lógicamente medios para mantener la paz, mientras las armas del adversario son también, lógicamente, armas agresivas, etc. Tenemos aquí una relación inmediata de la antropología política con lo que los filósofos del Estado del siglo XVII (Hobbes, Spinoza, Puffendorf) llamaban el “estado de naturaleza”, en que vivían los Estados unos frente a otros, estado de constante peligro y asechanza, cuyos sujetos agentes son “malos”, es decir, no sosegados, como las fieras agitadas por instintos, por el hambre, el miedo, el celo y rivalidades de toda especie. Naturalmente, como Hobbes dice certeramente, la enemistad genuina sólo es posible entre los hombres. La distinción política entre el amigo y el enemigo es tanto más honda que los antagonismos entre los animales, como alto está el hombre sobre las fieras, por su condición de ser espiritual⁴”.

La consecuencia de establecer si el hombre es bueno o malo por naturaleza tiene un efecto grave sobre la política⁵. El optimismo antropológico coincide generalmente en considerar al hombre como un buen salvaje que debe ser liberado de la opresión de las estructuras e instituciones. El hombre no necesitaría de nada más que su libertad para desarrollarse plenamente. En esta perspectiva la política cumple un rol negativo ya que el hombre la vería como un medio de sometimiento social, teniendo así una actitud crítica hacia los roles que cumple el Estado. Siguiendo el argumento del optimismo antropológico al extremo, encontramos que cierta forma

⁴ Carl Schmitt, Concepto de lo político, pág. 78-79

⁵ “La imagen metafísica que de su mundo se forja una época determinada tiene la misma estructura que la forma de la organización política que esa época tiene por evidente”. Carl Schmitt, Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía, Struhart & Cía, Buenos Aires 1988, pág. 66

de liberalismo político tiene como fundamento político la bondad natural del hombre y que en sus efectos prácticos conduce al anarquismo⁶.

La visión negativa de la naturaleza humana suele tener como fundamento la creencia en el pecado original o una maldad inicial o primigenia y que es inherente al hombre. A partir del Cristianismo se da una reflexión sistemática del hombre. El hombre, ser caído por el pecado, es salvado por la muerte y resurrección de Cristo. Su naturaleza requiere un despliegue pero esta mediada por la libertad, lo que configura al hombre como un ser que elige, pudiendo incluso elegir alternativas que vaya en contra del desarrollo de su naturaleza. El Luteranismo también produjo un impacto en la percepción de la naturaleza antropológica del hombre. Para Lutero, el hombre es malo y no interviene en su propia salvación. Por eso debe entregarse a las instituciones para buscar protección y sobrevivencia. El pesimismo antropológico, a diferencia del optimismo, asigna un rol fundamental a la política en cuanto instrumento para evitar la destrucción de las estructuras sociales y prevenir el estado de guerra civil, todo ello por efecto de la maldad natural del hombre.

Según Garzón eso determina la visión de la política. Quienes niegan el pecado original o la maldad inicial o inherente del hombre caen en el liberalismo o en el romanticismo: "Desde la reforma luterana en el siglo XVI, el aspecto medular de toda concepción teórica del ser humano reside en la postura que se asume sobre la idea del pecado original. Quienes niegan abiertamente que el pecado es una realidad operante en el hombre tienden a una visión optimista del mismo, que generalmente se traslada al ámbito político en una fuerte desconfianza hacia el papel de las instituciones. El caso emblemático es el liberalismo decimonónico, para el cual, en el fondo, el hombre no requiere mayores limitaciones o cortapisas a su libertad —sólo las indispensables— dado que parece suponer que obrará correctamente. Otro ejemplo es el romanticismo del siglo

⁶ El optimismo antropológico conduce ineluctablemente al liberalismo, anarquismo, rousseanismo y al seudohumanitarismo

XIX, según el cual, el yo debía conservar intactas las posibilidades de expresión subjetiva y en esa medida, concebía que la idea del mal no provenía del propio individuo sino de las estructuras⁷.”

En el desarrollo de la visión del pesimismo antropológico confluyen varias perspectivas filosóficas, políticas e incluso teológicas. Filosóficamente podemos encontrar un origen remoto del pesimismo antropológico en el nominalismo de Ockham⁸, cuya negación del orden natural exige una superposición del hombre en su entorno para dominarlo. El orden social deja de ser reflejo del natural convirtiéndose en un desorden permanente, violento y peligroso. Políticamente, el pesimismo antropológico aparece con Nicolás Maquiavelo⁹ quien empieza el proceso que conduce a la política como ciencia autónoma incapaz de subordinarse a la moral. Maquiavelo ve el orden político como una obra arquitectónica que el Príncipe debe construir para preservar el orden y para unificar bajo su batuta los reinos dispersos, valiéndose para tal fin de medios que no justificaban la finalidad de sus actos. Hobbes también constituye un hito en el desarrollo del pensamiento antropológico negativo. A diferencia de Maquiavelo, Hobbes construyó un sistema¹⁰

⁷ Iván Garzón-Vallejo, Carl Schmitt: ¿Estado de naturaleza o pesimismo antropológico?, Pap. Polít. Bogotá (Colombia), Vol. 15, No. 1, 111-134, enero-junio 2010

<http://revistas.javeriana.edu.co/sitio/papelpolitico/admin/upload/uploads/4.%20Ivan%20Garzon.pdf>

⁸ Políticamente Ockham negó el poder del Papa, fortaleciendo el poder Emperador y rompiendo el equilibrio que existía entre el Imperio y el Papado: “El papa no tiene más poder para deponer al emperador que para deponer a cualquier otro rey o príncipe”. Guillermo de Ockham, Sobre el gobierno tiránico del papa, Tecnos, Madrid 2001, Libro Primero, Libro Quinto, Capítulos del 1 al 5, pág. 209.

⁹ “El político es un teknites cuya función consiste en conocer la realidad política como siempre es, su naturaleza, pre-decir el curso necesario de las cosas políticas y saber hacer con perfección para manejarlas con la mayor sencillez posible”. Francisco Javier Conde, El saber político de Maquiavelo, Gráficas González, Madrid 1948, pág. 149-150.

¹⁰ “Pues bien, lo que según Hobbes resulta evidente para cualquiera (en otras palabras, funciona como axioma) es la descripción del hombre, de sus pasiones y de los mecanismos que lo mueven. El punto de partida es bien simple: se trata del supuesto de que todos los motivos e impulsos derivan de la atracción o repulsión causadas por determinados estímulos externos. Toda conducta deriva del principio de auto-conservación. Como puede apreciarse, el camino elegido por Hobbes no es empírico, si bien ciertos hechos que contribuyen a poner en evidencia la verdad indiscutible de los axiomas, véase por ejemplo la recomendación del autor al lector de mirar a su alrededor y, con total honestidad, hacia adentro de sí mismo, para de ese modo comprender qué es en definitiva el estado de naturaleza. A continuación, de esos axiomas deduce Hobbes el derecho natural y la configuración del estado de naturaleza. Del derecho natural deriva la ley natural, y finalmente busca, a partir de allí, derivar el Estado”. Inés M. Pousadela, El contractualismo hobbesiano (o de cómo para entender del derecho es necesario pensar al revés) en Atilio

filosófico-político que le permitió explorar desde las cualidades sensoriales del hombre hasta la construcción de un modelo ideopolítico que constituyó el paradigma de la nueva forma de entender la estatalidad. La visión antropológica negativa es sujeto de impugnación y críticas con la Ilustración¹¹, donde surge una visión antropológica positiva, madre del democratismo y el liberalismo¹². Mientras que ellos abogaban por mayores libertades civiles y políticas para lograr el pleno desarrollo del hombre, la ineluctable conflictividad social como consecuencia del estado de guerra permanente (el contexto político era el de las Revoluciones Liberales, siendo la francesa la más traumática,) exigía el surgimiento de una entidad que evite la disolución violenta de la sociedad.

Schmitt propone (tema que desarrollaremos más adelante) la distinción amigo-enemigo como esencia de lo político. En su visión de la política subyace la enemistad y el conflicto en la vida social lo que no debe llevarnos a considerar que existe un estado de guerra permanente¹³. Para Schmitt

Borón (compilador) La Filosofía Política Moderna, De Hobbes a Marx, Gráficas y Servicios, Buenos Aires 2000, pág. 366-367.

¹¹ “La sustitución secularizada que se radicaliza en la época revolucionaria tiene su icono en los postulados de los famosos philosophes. Como escribe Burleigh, ellos trasladaron el Jardín del Edén a la Edad de Oro de la antigüedad clásica, de la que una humanidad asediada por sacerdotes y demonios había sido luego expulsada a la larga noche de la Edad Media. También ellos querían, como los cristianos, un final feliz, pero no creían en un cielo trascendente. En la nueva religión de la humanidad, el cielo sería el futuro estado perfecto que una humanidad regenerada crearía por su propia voluntad. El árbitro final no sería ya un juez divino, sino más bien las generaciones futuras de una humanidad más feliz y definidas vagamente como “posteridad”. El amor a la humanidad en sustituto del amor a Dios”. Iván Garzón Vallejo, Bosquejo del laicismo político, Lettera Gráfica SAC, Lima 2006, pág. 39

¹² Desde una perspectiva propiamente contemporánea, el liberalismo parte del supuesto de que el hombre es bueno por naturaleza, así, no necesita de un Estado fuerte para que controle la expresión de sus instintos, agresividad y pasiones. Lo anterior no significa que el liberalismo niegue de manera radical al Estado. Para el liberalismo el Estado es un mal necesario. Entonces, para que no se exceda en sus atribuciones y evitar que se transforme en una amenaza para la sociedad, el liberalismo ha ideado tres instancias para controlar al Leviatán. En primer lugar, el Estado se autolimita mediante un sistema de contrapesos internos denominados división de poderes; en seguida, su proceder debe ajustarse siempre a la legalidad vigente; y, finalmente, sus autoridades son sometidas periódicamente a evaluación a través del mecanismo de las elecciones. Así, lo que el liberalismo deja en pie del Estado y de la política es únicamente el cometido de garantizar las condiciones de la libertad y de remover todos aquellos obstáculos que impidan su desarrollo.

¹³ La guerra o el estado de conflicto es un supuesto, no es un llamado o apología al belicismo. Así, subyace en la categorización de Schmitt una visión conflictiva de la realidad, siendo la posibilidad del conflicto y no el conflicto real lo que garantiza la existencia de la política. La consideración del conflicto como criterio

lo que existe es la posibilidad siempre latente del conflicto en la sociedad. Entonces, el estado social básico o natural del hombre es esa posibilidad permanente de desencadenar el conflicto¹⁴.

Es importante precisar que Schmitt desarrolla su visión del hombre desde una perspectiva antropológica, no teológica. En ese sentido su interpretación es moderna. El concepto de lo político en Schmitt parte de una constatación fáctica de un dato antropológico: el hombre es un ser complicado, egoísta y peligroso. Esta visión del hombre lo acerca a Hobbes:

“Queda, pues, en fin de cuentas, la extraña y, para muchos, ciertamente inquietante comprobación, de que todas las teorías políticas propiamente dichas descansan en el supuesto que el hombre es malo, es decir, un ser en modo alguno improblemático, sino “peligroso” y “dinámico”. Fácilmente se demuestra esto en todos los pensadores políticos propiamente dichos. Por diferente que se la manera, el rango y la significación histórica de esos pensadores, todos ellos, en cuanto se muestran como pensadores políticos, coinciden en concebir la naturaleza humana como problemática. Bastará recordar aquí los nombres de Maquiavelo, Hobbes, Bossuet,

fundacional de lo político no implica una apología a la violencia o considerar que el origen de la sociedad es la violencia. Solo es un criterio que implica que una unidad política decida quién es el enemigo para diferenciarse, es decir, reconocer al otro para diferenciarse, sin que ello implique liquidar a ese otro. Es fundamentalmente un criterio de diferenciación. Esto también se extiende hacia el punto más álgido de la violencia política, la guerra. La guerra, en términos schmittianos, no debe ser vista como el fin de la política. Sino como un presupuesto, una realidad siempre presente en el desarrollo de las relaciones políticas, una posibilidad real que configura el pensamiento y la conducta del hombre y en cierta forma lo condiciona.

Como manifiesta Dolores Marcos, “En estas contraposiciones se juega el campo de lo político propiamente dicho. Esto no implica concebir este ámbito a partir de una posible, supuesta o deseable armonía sino que, por el contrario, intenta captarlo desde la conflictividad, la cual, en su grado extremo, se expresa bélicamente. La guerra no es tomada en esta teoría como la acción real y manifiesta del enfrentamiento, sino como su posibilidad, como la amenaza presente y siempre actualizable de la lucha, ya que ella representa la posibilidad de la eliminación física de los hombres. Ahora bien, aun cuando la guerra no sea el elemento normal sino la excepción, es ella la que define las relaciones políticas, justamente por representar la amenaza última donde se juega la integridad de los hombres y, sobre todo, de los pueblos. Dolores Marcos, *Acerca de los conceptos de política y soberanía en Carl Schmitt y Thomas Hobbes*, Foro Interno 2004, 4, 45-58.

¹⁴ Para Schmitt el hombre no es *homo homini lupus* (Hobbes) ni *homo homini Deus*, sino *homo homini homo*. “Entonces, quien lo ejerce es portador de una cualidad divina: con su poder lleva a cabo algo divino; deberíamos honrarlo, si bien no a él específicamente, al poder de Dios que en él se manifiesta. Es lo que dice el proverbio latino: “*Homo homini Deus*”... es lo que dice el proverbio latino: “*Homo homini homo*”. En español: “El hombre es un dios para el hombre”. Carl Schmitt, *Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2010, pág. 18-19

Fichte (cuando se olvida de su idealismo humanitario), de Maistre, Donoso Cortés y H. Taine; sin olvidar a Hegel, que también en este punto muestra su carácter bifronte¹⁵". En definitiva, en un mundo habitado por hombres buenos reinaría la paz, la seguridad y la armonía de todos con todos y el Estado sería innecesario.

I.3.- La dimensión propia de lo político

Schmitt establece una categoría para ofrecer una definición de lo político. Esta categoría establece la diferencia última capaz de identificar lo político en su esencialidad. Comparando otras categorías que establecen diadas o conceptos dicotómicos, como la ética en donde se establece la diferencia entre bueno y malo, la estética que hace la distinción entre bello y feo, la política debe tener su propia diferencia de fondo que delimita delimitar su campo de fenómenos. Para Schmitt esta diferencia o concepto de lo político es la de amigo y enemigo:

"La distinción propiamente política es la distinción entre el amigo y el enemigo. Ella da a los actos y a los motivos humanos sentido político; a ella se refieren en último término todas las acciones y motivos políticos y ella, en fin, hace posible una definición conceptual, una diferencia específica, un criterio.

En cuanto este criterio no se deriva de ningún otro, representa, en lo político, lo mismo que la oposición relativamente autónoma del bien y el mal en la moral, lo bello y lo feo en la estética, lo útil y lo dañoso en la economía. Decir que la distinción es autónoma no significa que constituya un campo de naturaleza pareja a la moral, pero sí que no se funda en una de esas contraposiciones, ni

¹⁵ Carl Schmitt, Concepto de lo Político, pág. 80-81.

en varias, ni puede ser referida a ellas, como tampoco ser negada o impugnada desde cualquiera de esos planos¹⁶”.

La específica distinción política de la cual es posible referir las acciones y los móviles políticos es la distinción entre amigo¹⁷ (Freund) y enemigo (Feind). Esta distinción ofrece una definición conceptual, es decir, un criterio, no una definición exhaustiva o una explicación del contenido. Esta distinción no es reducible a las otras diferenciaciones que corresponden a otros ámbitos, como la moral, la estética o la religión. La dicotomía amigo-enemigo establece una esencia y grado de intensidad extremo, producto de la pugna existencial entre una asociación (grupo de personas que se juntan) frente a otra asociación, a un nivel de conflictividad en la cual se lucha por la supervivencia, por conservarse únicos y distintos. Esta lucha, que tiene como fundamento antropológico el carácter conflictivo de la persona humana, se da en el ámbito de lo público (lo que lo diferencia de otras categorías que se dan a un nivel privado), por eso dentro de lo político no importa las subjetividades o motivaciones psicológicas que provocaron la división social. Lo que importa es que fácticamente ocurra, que aparezcan dos agrupaciones enfrentadas y que tenga relevancia pública. Cuando ocurre esto, aparece lo político. Así, como sostiene Saint-Pierre: “El análisis conceptual del político muestra que su esencia depende de la existencia del “xenos”, del “otro”, del “extranjero”, de aquel que pueda ser considerado el “enemigo”, pues sin la posibilidad real del enemigo ni siquiera hay política. La existencia de la política depende de la posibilidad del conflicto que la funda. La presencia del enemigo aquí implica la inminencia del conflicto. El enemigo, para Schmitt, no puede ser confundido con el simple adversario o con el prosaico competidor. Enemigo es aquel que, por su propia existencia, nos amenaza vitalmente en nuestro

¹⁶ Carl Schmitt, Concepto de lo Político, pág. 31.

¹⁷ Es significativo que Schmitt funde su concepto de lo político en la enemistad. Podría interpretarse, como lo hace Pablo Lucas Verdú, como una referencia al mundo griego. Para Sócrates, Platón y Aristóteles la philia (la amistad) ocupa un lugar central en la ética y la política. Pablo Lucas Verdú, Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal, Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 64, 1989, págs. 25-92

peculiar modo de ser, aquel cuya presencia significa “la negación del propio modo de existir, y por eso es necesario defenderse y combatir, para preservar el propio peculiar modo de vida”. Más adelante advierte que el enemigo es simplemente un conjunto de hombres que combaten, por lo menos virtualmente. Él es el hostis latino, nos recuerda, y no el inimicus en sentido amplio: “inimicus es aquel que nos odia, hostis aquel que nos combate¹⁸”,

Lo que Schmitt da es un criterio, una categoría que permita una aproximación conceptual de lo político. De ningún modo se trata de una categoría absoluta que permita captar y englobar el complejo problema de lo político. Sólo es un criterio que, bajo su amplia perspectiva del fenómeno de lo político dentro de lo social, ayuda a distinguirlo de otros criterios que también son utilizados como aproximaciones dicotómicas.

Schmitt elabora una categoría de lo político que responde a una situación real e histórica. Es una categoría que tiene un fin teórico: explicar lo político desde sus propios términos. No tiene un origen metafísico. Por eso su visión del conflicto en la sociedad no es totalizante y escatológico: es una realidad histórica, no ontológicamente natural ni voluntariamente deseable. El conflicto no tiene un origen natural ni tampoco es algo deseable permanentemente.

La política entendida en términos schmittianos exige la existencia del “otro”, aquel que puede ser considerado en determinado momento como enemigo. El enemigo no es simplemente el competidor económico o el adversario privado. La extrema intensidad de la enemistad política hace del enemigo un adversario existencial. Es por ello que la única enemistad política posible es aquella que se da en el ámbito de lo público, a diferencia de las otras categorías que sí admiten una dimensión privada del fenómeno. En esta categorización, enemigo no es el competidor, el

¹⁸ Héctor Luis Saint.Pierre, La centralidad del concepto de “enemigo” en la teoría de la soberanía del Carl Schmitt, en Jorge Dotti-Julio Pinto, Carl Schmitt, su época y su pensamiento, Editorial Universitaria Buenos Aires, Buenos Aires 2002, pág. 257.

concurrente económico o el adversario en general. Enemigo tampoco es el adversario privado, con el cual estamos alejados por sentimientos de antipatía. Enemigo es sólo el enemigo público, puesto que todo lo que se refiere a semejante agrupamiento, al otro grupo diferente y frente al cual no nos reconocemos, se convierte por ello mismo en público.

Toda lucha de índole religiosa, moral, económica, étnica o de otro tipo se convierte en un enfrentamiento político si es lo suficientemente intenso como para reagrupar a los hombres en amigos y enemigos. Lo político no consiste en la lucha misma, que responde a sus propias leyes técnicas, psicológicas y militares, sino, en un comportamiento determinado por esta posibilidad, en la percepción de conocer claramente a partir de una situación particular, la distinción entre amigo y enemigo.

Schmitt, en Teología Política, parte de un concepto clave dentro del pensamiento político moderno: la secularización. La secularización como fenómeno moderno tiene una implicancia fundamental en la política, específicamente en el modo en que se fundamenta la política:

“Todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría política del Estado son conceptos teológicos secularizados. Lo cual es cierto no sólo por razón de su desenvolvimiento histórico, en cuanto vinieron de la Teología a la teoría del Estado, convirtiéndose, por ejemplo, el Dios omnipotente en el legislador todopoderoso, sino también por razón de su estructura sistemática, cuyo conocimiento es imprescindible para la consideración sociológica de estos conceptos¹⁹”.

Así, al sostener que “todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados”, Schmitt reflexiona sobre los conceptos que sirven para fundar la política moderna, conceptos que tiene un origen premoderno, pero que en la modernidad cobran un sentido diferente. La secularización constituye un factor poderoso para

¹⁹ Carl Schmitt, Teología Política, pág. 54.

replantear el nuevo concepto de lo político, concepto que responda a los imperativos de la modernidad.

I.4.- El decisionismo schmittiano

Se suele denominar a la particular posición jurídica e ideopolítica de Schmitt como “Decisionismo”.

Para entender el decisionismo debemos partir de tres ideas que le anteceden: normalidad, excepción y soberanía. Normalidad es la plena vigencia del Estado de Derecho y de todo orden jurídico. Desde el punto de vista político presupone la paz social (paz interna y paz externa) y desde el punto de vista legal el funcionamiento normal de las instituciones. La normalidad implica la observancia de la legalidad y la existencia de una sociedad en la que impera el orden, en cuanto ella funciona de acuerdo a lo que las leyes prescriben²⁰. En tal sentido, la vigencia de las normas supone una situación de normalidad²¹. Así, la normalidad implica la existencia de un orden concreto que funciona regularmente, en cuanto se ajusta a la realidad prevista por las normas.

El segundo concepto es el de lo excepcional. El caso excepcional es aquella eventualidad que no está descrita ni prevista por el orden jurídico vigente, es decir, una contingencia que el sistema legal no contempla y que por tanto no tiene regulación jurídica. Suele presentarse como un caso de necesidad extrema, de peligro para la existencia del Estado o algo semejante²². El caso excepcional es un evento no previsto en el sistema constitucional. No se le debe confundir con el estado de sitio ni otra figura jurídica similar. Se trata de situaciones o casos no tipificados por el orden jurídico vigente. Muchas veces el estado de emergencia o de sitio está previsto en el ordenamiento constitucional²³. Entonces, el caso excepcional se presenta cuando no existen

²⁰ Carl Schmitt, Teología Política, pág. 25.

²¹ Carl Schmitt, Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos, Madrid 1996, p. 24.

²² Carl Schmitt, Teología Política, pág. 16-17

²³ Cf. Schmitt, Carl: Teología Política, 1998, p. 23.

normas para resolver un conflicto o bien cuando éstas existen, pero son violadas por los contendientes.

Menciona Schmitt:

“Afirmar que lo excepcional no tiene importancia jurídica y que es propio de la “sociología”, sería tanto como dar por buena la esquemática disyunción de la Sociología y la teoría del Derecho. Lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la “decisión”. El caso excepcional reviste carácter absoluto cuando se impone como primera medida la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos. Toda norma general requiere que las condiciones de vida a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal. La norma fáctica no es un simple “supuesto externo” del que pueda el jurista prescindir; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Menester es el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre “derecho de una situación determinada”. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. El asume el monopolio de la última decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberanía del Estado, que más que monopolio de la coacción o del mando es monopolio de la decisión²⁴...”

Según Schmitt, para que una situación sea calificada de excepcional, no basta con que se presente un caso no previsto por el ordenamiento institucional. Además es imperativo que se dé en una

²⁴ Carl Schmitt, Teología Política, pág. 24-25.

situación de lucha por el poder de tal magnitud que sea capaz de agrupar a los oponentes en amigos y enemigos.

En un contexto de éstas características, la solución que se proponga al caso no contemplado por la legalidad difícilmente puede ser aceptada por los participantes (que son normalmente los afectados). La situación excepcional se da en un contexto de juego de suma cero, en cuanto la intensidad del conflicto impide a los antagonistas llegar a una solución concertada o de consenso.

En tales casos, que generalmente son de alta conflictividad, no aparece la figura legal que establece quién es el competente cuando el orden jurídico no resuelve el problema. La Constitución Política puede indicar quien tiene permitido actuar, pero no quien debe tomar la decisión. En esa situación aparece la pregunta fundamental que sostiene toda la propuesta teórica schmittiana sobre el concepto de la soberanía²⁵: “¿Quién debe decidir en el estado de excepción?”. La respuesta de Schmitt es firme y contundente: soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción²⁶. Es el soberano quien decide en el caso de una situación extrema y establece que se debe hacer para remediar tal situación²⁷. Decide finalmente lo que se debe hacer en un conflicto extremo y su decisión tiene como finalidad terminar con el desorden conflicto, frente a lo cual tiene dos posibilidades: restaurar el orden que ha sido quebrantado o bien crear uno completamente nuevo.

Aquí aparece una revalorización de la política que realiza Schmitt y que lo convierte en uno de los teóricos más influyentes de la teoría política contemporánea: Para Schmitt, la situación límite, excepcional, muestra la cara del elemento que ha sido vilipendiado en los últimas décadas, la política. La resolución del conflicto es un acto político que no puede resolverse por la vía

²⁵ Carl Schmitt, Teología Política, pág. 17

²⁶ Carl Schmitt, Teología Política, pág. 15.

²⁷ Carl Schmitt, Teología Política, pág 16 y 17

normativa. Se manifiesta el momento político, cuando queda en evidencia la forma en que se instaure el orden jurídico mediante una excepción. Un golpe (en sentido metafórico) que muestra la voluntad de poder tal cual es. Es en ese sentido que la situación excepcional presenta el carácter fundacional de lo político, ya que se recrea o reconfigura un orden en el cual se van a normalizar las relaciones y así tener validez el orden legal o normativo.

La decisión soberana es metajurídica, ya que va más allá de las limitaciones normativas y se vuelve total, hegemónica. Ante “un caso excepcional, el Estado suspende el derecho en virtud del derecho a la propia conservación²⁸”. Es decir, el Estado buscando protegerse frente a su inminente disolución, suspende el derecho (la estructura normativa) para protegerse, y seguir cumpliendo la difícil misión para la cual fue constituido: buscar el bien común entendido como paz interior y seguridad exterior²⁹. Es necesario resaltar que la radicalidad del momento político aparece en situaciones excepcionales de caos y conflicto social, siendo la única salida válida y deseable, situación que no debe darse cuando existe una situación de normalidad, en la cual es fundamental reducir al mínimo el elemento decisionista, la posibilidad de tomar una resolución al margen del orden jurídico.

Schmitt se adhiere a la visión Hobbesiana del rol de la autoridad: la autoridad para crear derecho, no necesita tener derecho, o en palabras de Hobbes, “auctoritas, non veritas facit legem”. Para Hobbes, voluntad y razón son los elementos fundantes del estado:

“El naturalismo en el que se inspira la teoría de Bodin, no es el que sirve de fundamento a Hobbes. Si bien, éste no rehúye la referencia a las leyes de naturaleza, la soberanía del Commonwealth o

²⁸ Teología Política, Schmitt, Carl: 1998, pp. 24

²⁹ Tal como sostiene Julien Freund: “La finalidad específica de lo político se determina en función del sentido de una colectividad, es decir que consiste en la voluntad de unidad política en conservar su integridad y su independencia por la concordia interior y la seguridad exterior”. Julien Freund, ¿Qué es la política?, Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires 2003, pág. 35.

Estado surge del arte humano, nace del contrato establecido entre partes. El Estado-Leviathan es efecto de un pacto, una construcción de la razón. Para construir el poder soberano el hombre puede usar su fuerza natural, y estaremos ante el caso de una república o estado por adquisición (commonwealth by acquisition), o puede usar su cálculo racional, y estaremos ante el caso de una república o estado por institución (commonwealth by institution), pero en ambos casos la soberanía es el efecto de un artificio humano y su esencia escapa a toda naturalidad. Si bien puede decirse que el arte humano imita la creación divina y la naturaleza, la creación del Estado no es un reflejo de ellas, ya que procede de un constructivismo racional que la distingue, en su esencia, de la gran obra natural de Dios. La instauración de la sociedad civil rompe el orden natural y transforma el equilibrio de fuerzas. A la igualdad natural de los individuos el contrato opone la desigualdad entre el orden soberano y súbditos, siendo el soberano el que establece el orden absoluto y exige sumisión total. Para Hobbes no se alcanza la soberanía sino en virtud de una traslación de los derechos naturales de todos al hombre artificial que es el Leviathan³⁰.

La decisión no tiene un origen jurídico, como tal la decisión tiene un carácter plenario y funda la norma como el orden. En efecto, el soberano crea el orden político y legal a partir de una situación ilegal.

II.- La soberanía en la teoría jurídica y política moderna: la aproximación schmittiana

II.1.- Contexto histórico de la reflexión schmittiana sobre la soberanía

Carl Schmitt empieza su reflexión sobre la soberanía en un contexto sociopolítico complejo. Desde aproximadamente 1923³¹ va desarrollando ideas críticas con respecto a la viabilidad política de la

³⁰ María Liliana Lukac de Stier, El fundamento antropológico de la filosofía política y moral en Thomas Hobbes, EDUCA, Buenos Aires 1999, pág. 266.

³¹ Bernd Rüthers, Carl Schmitt en el Tercer Reich, Editorial Cordillera S.A.C., Lima 2004, pág. 64.

República de Weimar³². Sus iniciales intuiciones antiparlamentarias, antidemocráticas y antiliberales se fueron convirtiendo en el núcleo central de su reflexión teórico-práctica sobre la crisis que atravesaba Alemania. Su crítica iba dirigida a ese modelo político que instauraba un precario estado de derecho y postulaba la universalización de valores, que la sociedad, por el pluralismo político, no podía realizar.

Si se examina sus principales escritos entre 1922 y 1933-1934 (elección de Hitler como Canciller y Presidente de Alemania) se puede percibir un evidente derrotero en el desarrollo intelectual del autor. La idea central que articulaba los trabajos era un ataque certero a las contradicciones del estado de derecho, modelo ideopolítico implantado luego de la derrota de Alemania en la Primera Gran Guerra³³.

La postura de Schmitt se fue configurando en lo que posteriormente se le denominó “Decisionismo político³⁴”, como modelo antagónico al planteado por el positivismo jurídico y su

³² Régimen político que tuvo lugar en Alemania tras su derrota al término de la Primera Guerra Mundial y se extendió entre los años 1919 y 1933. Fue en la ciudad de Weimar, donde se reunió la Asamblea Nacional constituyente y se proclamó la nueva constitución, que fue aprobada el 31 de julio y entró en vigor el 11 de agosto de 1919. Duró hasta el advenimiento del Adolf Hitler.

³³ Por mencionar algunos de los textos más importantes del autor en este periodo:

- Teología política I, Cuatro Ensayos sobre la teoría de la soberanía (1922)
- La teoría política del mito (1923)
- El ser y el devenir del Estado fascista.
- El giro hacia el Estado totalitario (1931)
- El imperialismo moderno en el derecho internacional público (1932)
- El Führer defiende el derecho (1934)
- El discurso de Hitler ante el Reichstag del 13 de julio de 1934.

³⁴ Como formulación de un concepto introductorio de “Decisionismo”, lo podemos asociar con las aproximaciones que tuvieron a lo largo de la historia de las ideas políticas los denominados “realistas políticos”, una tradición que se remonta de Maquiavelo, Hobbes, Bonald, De Maistre, Donoso Cortés hasta Julien Freund, Raymond Aron y el mismo Schmitt. La idea basilar del realismo político es el pesimismo antropológico, la visión negativa del hombre en la sociedad y sus limitaciones para construir un orden social justo y pacífico. El realismo incide en el carácter problemático del hombre y su dificultad para vivir políticamente en sociedad. Aunque el punto de partida cambie (para algunos lo que produce el carácter problemático es el pecado original, para otro es el simple dato fáctico de la naturaleza dañada del hombre) la imposibilidad de lograr paz, estabilidad y realizar acuerdos sociales duraderos exigen que siempre este presente la decisión política del gobernante en momentos de excepcionalidad. Lo excepcional no es algo regulado jurídicamente, excede a la ley. Es en ese momento que aparece la decisión política, el decisionismo, que puede servir para preservar un orden social anterior o fundar uno nuevo.

producto más ilustre, el Estado de Derecho. Es ante la crisis del Estado de Derecho que surge el Decisionismo como explicación del momento precedente y como posible teoría y fundamento del nuevo Estado. Para Schmitt el Estado de Derecho, escatológicamente, pretende subordinar primero y eliminar después la política, y convertirlo todo en relaciones sociales jurídicamente reguladas. Este es el presupuesto que le sirve a Schmitt para realizar su crítica furibunda y plantear su polémico modelo alternativo.

La República de Weimar tuvo como origen histórico la caída del Imperio Alemán luego de la Primera Guerra Mundial. Jurídicamente tuvo como origen la Constitución de Weimar de 1919. Esta Constitución era una adaptación de las tesis liberal-pacifistas del Presidente de EEUU Woodrow Wilson y surge frente a la necesidad de construir un nuevo orden social tras la Revolución de 1918. Las ideas promovidas por Wilson implicaron un cambio radical de la función de los Estados dentro del orden mundial con respecto a sus compromisos con los valores universales, diferente al anterior orden que ponía por encima de los valores universales muchas veces irrealizables, un humilde y prudente “interés nacional” (política promovida en los Estados Unidos por Theodor Roosevelt) que ayudaba con mucha mejor practicidad a identificar que políticas concretas debía implementar un Estado para conservarse fuerte en un escenario mundial inestable. Así, menciona Kissinger con respecto a la actuación de Wilson en el mismo Estados Unidos:

“Roosevelt ridiculizó tales ideas y acusó a Wilson de halagar los sentimientos aislacionistas para facilitar su reelección en 1916. De hecho, el motivo de la política de Wilson era lo contrario al aislacionismo. Lo que Wilson estaba proclamando no era que los Estados Unidos se retiraban del mundo, sino la aplicabilidad universal de sus valores y, con el tiempo, el compromiso norteamericano de difundirlos. Wilson repitió lo que ya era del dominio público desde Jefferson, pero lo puso al servicio de una ideología de cruzado:

- La misión especial de los Estados Unidos trasciende la diplomacia cotidiana, y los obliga a servir como faro de libertad para el resto de la humanidad.
- La política exterior de las democracias es moralmente superior porque el pueblo es, en esencia, amante de la paz.
- La política exterior debe reflejar las mismas normas morales que la ética personal.
- El Estado no tiene derecho a arrogarse una moral especial.

Wilson dio una dimensión universal a estas afirmaciones del excepcionalismo moral norteamericano:

Somos incapaces de temer a la potencia de ninguna otra nación. No tenemos celos de rivalidad en el campo del comercio ni en ninguna otra actividad pacífica. Nos proponemos vivir nuestras propias vidas como lo deseemos; pero también nos proponemos dejar vivir. Somos, de hecho, verdaderos amigos de todas las naciones del mundo, porque no amenazamos a ninguna, no codiciamos los bienes de ninguna, no deseamos el derrocamiento de ninguna³⁵.

La Constitución de Weimar fue concebida inicialmente como una mera hoja de ruta, una guía, un plan de orientación de lo que debería ser el ordenamiento social. Hugo Preuss, jurista que inicialmente se encargó de redactar³⁶ la Constitución, tomó como referencia estructuras políticas de las democracias occidentales (Inglaterra, Francia, Estados Unidos) como el gobierno parlamentario y el sistema presidencial. Su propuesta tácita era que la Asamblea Nacional tome como orden político necesario el modelo Wilsoniano en contraposición al totalitarismo comunista.

Al respecto, menciona Eduardo Hernando Nieto:

³⁵ Henry Kissinger, La Diplomacia, Fondo de Cultura Económica, México DF 2011, pág. 40-41.

³⁶ Además de Preuss, también participaron en la redacción Weber y Näumann (desde el liberalismo progresista). Jorge Dotti – Julio Pinto (compiladores), Carl Schmitt, su época y su pensamiento, EUDEBA, Buenos Aires 2002, pág. 112.

“Preuss estaba convencido de que La Asamblea Nacional elegida democráticamente debía decidir el futuro de Alemania, y de que para esta época Alemania tenía solamente dos alternativas: “[...] o bien Wilson o bien Stalin, o bien la democracia que se desarrolló tras las revoluciones francesas y norteamericanas o bien el fanatismo brutal de los rusos. Uno debe escoger”. Empero, si bien ahora se invocaba el consenso, la pluralidad del contexto hacía impracticable lo estipulado por la teoría democrática:

Este catálogo de derechos y deberes –refiriéndose a la constitución- era el producto de valores públicos radicalmente opuestos y evidenciaban las muy diferentes concepciones que estaban allí presentes. El resultado fue un documento que comprometía el conflicto, los intereses sociales y las ideologías³⁷”.

Es importante precisar que la coyuntura política hacía imposible realizar los ideales que se configuraron en la Constitución de Weimar. La extrema polarización política (la presencia de la revolución conservadora³⁸, con la que Schmitt tuvo vinculación, y la de grupos de extrema izquierda³⁹) hacían imposible plasmar en la realidad lo acordado en el documento constitucional. Un factor que también influyó en la crisis del texto constitucional fue constatar que mientras que las sanciones que establecía el Tratado de Versalles contra Alemania eran duras y claras, los artículos de la Constitución de Weimar eran ideales y por tanto abstractos.

³⁷ Eduardo Hernando Nieto, *Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, Fondo Editorial 2000, Lima 2000, pág. 133.

³⁸ Movimiento conservador nacionalista alemán crítico al liberalismo y al igualitarismo. Participaron notables intelectuales como Ernst Jünger y Carl Schmitt.

³⁹ La Liga Espartaquista fue un partido que formó parte de los socialistas independientes pero luego se transformó en un partido revolucionario. Rechazaban todo revisionismo y reivindicaban la Revolución Bolchevique.

También surgió por parte de los redactores de la Constitución la idea de que los principios deberían elaborarse a profundidad⁴⁰, adquiriendo validez universal. Así, la Constitución dejaría de ser una guía orientadora para convertirse en un conjunto de deseos o buenas intenciones, una suerte de catecismo pedagógico social, pero que en la praxis, vuelve prácticamente imposible su vigencia⁴¹.

La discusión sobre las posibilidades reales de la Constitución de Weimar era parte de un debate mayor, que pretendía evaluar si el “Decisionismo” podía constituirse como una teoría válida que reemplace al agonizante Estado de Derecho, o si aún habían aspectos trascendentales del Rechtsstaat que podían ser rescatados.

II.2.- La reflexión histórica y teórica de la soberanía

En los siglos XVI, XVII y XVIII se inició la formación en Europa del sistema de estados modernos, cuyo elemento fundamental era la presencia de la idea de soberanía. Aunque la idea de soberanía elaboró se la Baja Edad Media con la finalidad legitimar las pretensiones de los reyes de supremacía frente a la Iglesia, es necesario considerarla como una idea moderna, pues su

⁴⁰ Carlos Miguel Herrera, Estado, Constitución y derechos sociales, Revista Derecho del Estado n.º 15, diciembre 2003, http://190.7.110.123/pdf/5_revistaDerechoDelEstado/numero15/carlosMiguelHerrera.pdf

⁴¹ La proyección universal de algunos valores que el legislador constituyente plasma en la Constitución puede convertir su realización en una práctica complicada o imposible de realizar. En Colombia, por ejemplo, su Constitución Política en su artículo 22 establece que “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, cuando en la realidad se aprecia la enorme vulnerabilidad a la paz social y personal que experimenta gran parte de la población como consecuencia de la violencia de la guerrilla y su alianza nefasta con el narcotráfico. Otro ejemplo de la paradoja de este bien intencionado universalismo de los valores pero ineficaz y meramente declarativo en la praxis se da en la misma Constitución Colombiana en su artículo 51: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”. Al año 2012, el déficit habitacional afecta a 36 de cada 100 hogares colombianos. <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>
http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/D/deficit_habitacional_afecta_a_36_de_cada_100_hogares_colombianos/deficit_habitacional_afecta_a_36_de_cada_100_hogares_colombianos.asp

importancia histórica está en haberse convertido en uno de los elementos fundantes del poder político moderno.

La idea de soberanía surgía en el marco de un nuevo orden político-social surgido de la crisis y disolución de la forma jurídico-político medieval, la coexistencia del Imperio y el Papado, Cristiandad. Al respecto, Calderón Bouchet menciona:

“La idea de imperio aparece expuesta en dos niveles de consideración: uno religioso y otro político. Robert Folz estima que la idea de la naturaleza humana, es aporte helenístico. Los estoicos, bajo la influencia de la epopeya de Alejandro, le dieron carta de ciudadanía. Es fácil admitir que el sueño de poner toda al oicumene bajo la dirección de un príncipe está ya en la mitología griega y que los dirigentes romanos estaban impregnados de helenismo cuando se hicieron dueños de la cuenca del Mediterráneo. Roma convirtió en realidad ese legado de la Grecia tradicional y a través de ella lo recibió la cristiandad.

El universalismo especulativo de Grecia fue reforzado por el carácter católico de la misión de la Iglesia, y en la medida que la Iglesia y el Imperio procedieron de mancomunidad estas dos vertientes ecuménicas mezclaron sus aguas en el cauce por el que corrió la idea del Imperio Cristiano.

Hasta aquí la coincidencia entre el universalismo especulativo helenístico y la misión salvadora de la Iglesia. Conviene señalar ahora su diferencia: el universalismo estoico nace de la experiencia ecuménica de los acontecimientos políticos anteriores al cristianismo. Su carácter cosmopolita es racionalista y tiene origen en la crítica que ha destruido la estructura sociorreligiosa de la ciudad antigua. La idea de una naturaleza humana común a todos los pueblos de la tierra funda la posibilidad teórica de un reino universal y tiene a constituir un orden jurídico único, válido para

todos los hombres. El universalismo romano, sin desconocer los caracteres particulares de cada nación, busca lo que hay en ellas de común e intercambiable.

La fe cristiana toma al hombre en profundidad, lo arraiga en sus comunidades orgánicas y lo obliga a nutrirse con los mejores jugos del temperamento nacional. Une a los pueblos en una misma fe, pero vivida en el ámbito irreiterable de modalidades sociales y personales únicas.

El cristianismo comenzó por ser apátrida, porque el sentimiento patriótico del hombre antiguo estrechó sus vínculos locales y se convirtió en un decidido defensor de las comunidades parroquiales. Desde allí inspiró un movimiento social tendiente a recuperar los valores de las comunidades intermedias. Esta intensificación de los cuerpos intermedios no le hizo perder de vista la idea de unir a todos los hombres en el *cuerpo místico* de la Iglesia. Su carácter ecuménico viene por asunción y no por negación de la diversidad y la heterogeneidad.

En el concepto de cristiandad se inserta la verdadera noción de Imperio Cristiano como ideal de un gobierno político único, pero no excluyente. Era conveniente según el sabio rey don Alfonso X *“que tovese este poderío en tierra por muchas razones: la una por toller desacuerdo de entre las gentes et ayuntarlas en uno, lo que no podrían facer si fuesen muchos los emperadores”*. Este argumento convierte al emperador en árbitro universal de las naciones cristianas. Es una suerte de juez supremo para decidir sobre conflictos entre los príncipes. Don Alfonso admite que este juez puede *“facer fueros et leyes”* para que se *“judguen derechamente las gentes su señorio”* y sean quebrantados *“los soberbios et los torticeros et los malfechores, que por su maldat o por su poderío se atreven a facer mal o tuertos a los menores”*.

El Imperio es el más alto tribunal de la cristiandad. La fuerza política al servicio de la acción misionera de la Iglesia⁴².

Esta forma política (que se insertaba en una cosmovisión profundamente religiosa y que tenía como fundamento la Verdad de la Iglesia, la presencia del orden natural y el derecho natural) tiene como característica fundamental la ausencia de una autoridad suprema que concentrase en sus manos el poder político. El orden medieval se representaba por tener una multiplicidad de centros de poder respecto de los cuales se alzaban las pretensiones de dominio de los monarcas, el Papa y el Emperador. Eduardo Hernando Nieto refiere al respecto:

“Ahora bien, esta configuración orgánica llevaba implícita la marca de las fragmentación del poder. Así, durante la alta edad media, se podía apreciar nítidamente que las lealtades eran en primer lugar locales, esto es, únicamente concentradas en la familia y en los condados o ducados. Los señores feudales, sean condes o duques, normalmente se presentaban como los líderes de las comunidades. Estas eran sociedades autónomas en las que lo religioso y lo político se entrelazaban de tal manera, que no se podía distinguir uno del otro, lo cual constituía el vínculo que mantenía la unidad de la citada pluralidad⁴³”.

La progresiva consolidación de la soberanía del monarca frente a los demás poderes presupuso la instauración de una nueva clase de autoridad para el orden medieval, la presencia de una autoridad suprema y única en un espacio territorial delimitado y extenso. Esta autoridad soberana no era dependiente de ninguna otra autoridad y debía crear el orden socio-político que había de regir en un territorio. Concretamente, el surgimiento de la idea de soberanía transformó Europa

⁴² Rubén Calderón Bouchet, Formación de la ciudad cristiana, Ediciones Dictio, Buenos Aires, pág. 228-230.

⁴³ Eduardo Hernando Nieto, Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa, Fondo Editorial PUCP, Lima 2000, pág. 38-39

en un espacio organizado en una diversidad de estados que obtuvieron el monopolio de la legitimidad política y el monopolio de la coerción social.

La pluralidad de estados exigía la creación de un orden internacional que debía sostenerse en tres ideas centrales:

- 1).- Toda organización política territorial que tenga capacidad de imponerse en un espacio delimitado por unas fronteras tenía que ser reconocida como miembro de la sociedad internacional, sin importar la legitimidad de sus orígenes o de la naturaleza de su régimen político.
- 2).- Todo estado reconocido gozaba de un status idéntico al de cualquier otro estado miembro de la sociedad internacional. No existía una autoridad común superior a todos los estados soberanos a escala internacional. Los estados eran libres para relacionarse a través de la guerra y la diplomacia con los estados que desearan. La igualdad jurídica también configuraba el principio de “no intervención” en los asuntos internos de otro estado.
- 3).- La existencia de una distinción entre un espacio europeo concreto y otros espacios distintos, como el que iba a surgir posteriormente con el americano. Sólo los estados soberanos eran miembros de la sociedad internacional. Las tierras en que se asentaban las sociedades no europeas (que no estaban organizadas estatalmente) eran calificadas de terra nullius, tierra de nadie, y por tanto ocupables por cualquier estado soberano.

Conforme se iba desarrollando históricamente la idea de soberanía, teóricos políticos también elaboraban un concepto de soberanía aplicable a la nueva situación política. Dentro de éstos teóricos había una clara división:

A.- Quienes buscaban afirmar el poder del estado frente a los conflictos con otros poderes (la descomposición de la Cristiandad) y la anarquía (las guerras de religión), teorizaron la naturaleza

de esta nueva figura buscando su legitimación (Bodin, Hobbes y Rousseau) concibiendo que la soberanía era una necesidad frente al caos social y política.

Para Bodin, en palabras de Sabine:

“El siguiente paso de Bodino consiste en definir la soberanía como “poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a las leyes” y analizar la concepción del poder supremo. Es, en primer lugar, perpetuo a diferencia de cualquier concesión de poder limitada a un periodo determinado de tiempo. Es un poder no delegado, o delegado sin límites o condiciones. Es inalienable y no está sujeto a prescripción. No está sometido a las leyes porque el soberano es la fuente del derecho. El soberano no puede obligarse a sí mismo ni obligar a sus sucesores, ni puede ser hecho legalmente responsable ante sus súbditos, aunque Bodino no tenía duda de que el soberano era responsable ante Dios y estaba sometido a la ley natural. La ley del país no es sino el mandato del soberano y, en consecuencia, toda limitación del poder de mandato tiene que ser extralegal. El atributo primario de la soberanía es el poder de dar leyes a los ciudadanos tanto colectiva como individualmente, sin el consentimiento de un superior, un igual o un inferior. Los demás atributos –el poder de declarar la guerra y concluir la paz, el de designar magistrados, el de actuar como tribunal de última instancia, el de conceder dispensas, el de acuñar moneda y el de imponer contribuciones y tributos – son consecuencia de la posición del soberano como jefe jurídico del estado. Como Bodino tiene buen cuidado de explicar, ello implica también la autoridad del soberano sobre el derecho consuetudinario, al que sanciona al permitir su existencia. La ley, sostiene Bodino, puede modificar la costumbre, pero la costumbre no puede modificar la ley.

Este principio de una jefatura jurídica unificada como signo distintivo de un verdadero estado, lo aplica Bodino con gran claridad a la antigua teoría de las formas de gobierno. Desde su punto de vista, todo gobierno que no quiera ser presa de la anarquía, toda “república bien ordenada” tiene

que tener en alguna parte esa fuente indivisible de autoridad. De ahí que las diferentes formas de gobierno sólo puedan variar según sea la residencia de ese poder. No hay formas de Estado, aunque hay formas de gobierno. En una monarquía la soberanía reside en el rey y en consecuencia la función de los estados generales y provinciales es únicamente asesora, como creía Bodino que ocurría en Francia e Inglaterra. Conviene a los monarcas consultar a sus consejeros, pero los dictámenes de éstos no pueden ser imperativos y el monarca no puede estar obligado jurídicamente por ellos. Si se llama rey a una persona que está obligada por un acto de los estados generales, la soberanía reside en realidad en la asamblea, y el gobierno es una aristocracia. Así ocurre, según Bodino, en el imperio en el momento en que escribe. Por último, si el poder final de decisión y revisión reside en alguna forma de cuerpo popular, el gobierno es democrático. En resumen, no existe cosa semejante a una forma mixta de gobierno. O no existe un poder soberano indiviso, y en tal caso no existe una república bien ordenada, o ese poder reside en algún lugar, sea rey, asamblea o pueblo. La manera de concebir Bodino las formas de gobierno implica una distinción tajante entre estado y gobierno. Aquél consiste en la posesión de un poder soberano; el gobierno es el aparato por intermedio del cual se ejerce tal poder. Un monarca puede hacer una delegación amplia de su poder y gobernar en forma democrática, y una democracia puede gobernar despóticamente⁴⁴.

Así, para Bodin, la soberanía se caracteriza por: a) ser un poder “perpetuo”, no derivado de ninguna otra instancia y, por tanto, no dependiente de ninguna instancia superior; b) “absoluto”, es decir, ilimitado, no estar sometido a limitaciones o controles jurídico o institucionales; c) “irresistible”, con capacidad de aplicar una fuerza coercitiva suficiente para doblegar con éxito la oposición individual o grupal; d) un poder monopolizador de la facultad de dictar la “ley”, es decir, de crear el derecho positivo –que se convierte así en un instrumento básico de ejercicio del poder

⁴⁴ George Sabine, Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, México DF 2000, pág. 317-318.

soberano; e) un poder que monopoliza igualmente el recurso a la guerra -otro instrumento básico del ejercicio del poder soberano-; f) “indivisible”, atribuible a un único sujeto titular.

Hobbes agrega en la concepción bodiniana de la soberanía valiosas modificaciones e innovaciones. Teoriza por vez primera el contrato social moderno. El contrato social hobbesiano es una ficción con la que se quiere evidenciar la necesidad de contar un poder que proteja a la sociedad de su autodestrucción, poder soberano. Es el centro de una construcción teórica que tiene como finalidad resaltar por qué los hombres prefieren vivir bajo la autoridad de un poder soberano a vivir en una situación en la cual este poder esté ausente:

“El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por una pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad común. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquier cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera*. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN, o más bien, (hablando con

más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, [88] que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituída por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean se SÚBDITO SUYO^{45''}.

Para Hobbes el estado de naturaleza, un estado en que los hombres se hallan en una perpetua guerra de todos contra todos, no es una situación deseable. Los seres humanos, impulsados por su afán de seguridad y por el miedo a una muerte violenta buscan abandonar el estado de naturaleza valiéndose para ello de su capacidad de cálculo racional. Así, buscando suplir una necesidad idean el poder soberano. El poder soberano no es un hecho natural, pues el estado natural del hombre se define por la ausencia de éste, sino un producto artificial: detrás de todo poder soberano se encuentra un acuerdo por el cual todos los hombres que han instituido el soberano, han cedido al mismo sus derechos naturales, y le han dotado así de una fuerza irresistible. Sólo un poder de esta naturaleza puede asegurar la convivencia pacífica entre los hombres en virtud del temor racional que inspira la certeza del castigo por la desobediencia de las leyes. Hobbes funde el sujeto titular del poder soberano con la idea de representación constitutiva de la unidad política. La representación es el artificio que permite a Hobbes dar cuenta de cómo puede una multiplicidad

⁴⁵ Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2005, pág. 140-141.

de individuos mutarse en una unidad política. El soberano representa, personificándola y encarnándola, esa unidad y su voluntad es la voluntad común, así como el fundamento último de la representación que ejerce, es el consentimiento implícito de sus súbditos.

Finalmente, se debe indicar que Hobbes desliga el poder soberano de los límites tradicionales medievales todavía presentes en la obra de Bodin; en este sentido, es admisible sostener que Hobbes escribe sobre un soberano aún más “absoluto” que el descrito en las páginas de la obra fundamental sobre la soberanía de Bodin, Los seis libros de la República. El único límite predicable del poder soberano se sigue de la finalidad para la cual fue instituido, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la salvaguarda de la vida y de los bienes de los súbditos.

El elemento más resaltante de la doctrina de la soberanía de Rousseau es la impugnación de la idea de representación introducida por Hobbes, que lleva a Rousseau a conferir la soberanía directamente al pueblo. El soberano rousseauiano ya no es el representante soberano sino la “voluntad general”:

“Voluntad general no es en modo alguno pura y simple adición de voluntades particulares. *Voluntad general* no es, lisa y llanamente, voluntad de todos o del mayor número. Debe hacerse intervenir aquí un elemento de “moralidad”, palabra grata a Rousseau. Este último parece distinguir dos mundos, uno de ellos comparable al mundo del pecado, y el otro al mundo de la redención. De una parte, el mundo sospechoso del interés *particular*, de las voluntades particulares, de los actos particulares. De otra, el mundo del interés general, de la *voluntad general* (la que quiere el interés general, no el interés particular), de los actos generales (las leyes). Una diferencia radical, no de grato, sino de naturaleza, separa a estos dos mundos.

Ahora bien: el pueblo tomado como cuerpo, “el soberano”, no podría querer sino el interés general, no podría tener sino una voluntad general. Mientras que cada uno de sus miembros,

siendo, a la vez, a consecuencia del contrato, hombre individual y hombre social, puede tener dos clases de voluntad. Como hombre individual, se ve tentado a perseguir, conforme al instinto natural, egoísta, su interés particular. Pero el hombre social que hay en él, el ciudadano, busca y quiere el interés general: búsqueda completamente moral, realizada “en el silencio de las pasiones”. La libertad –libertad natural transformada, desnaturalizada-es, precisamente, la facultad que posee cada uno de hacer predominar sobre su voluntad “particular” su voluntad “general”, que elimina el “amor a sí mismo” en provecho del “amor del grupo (B. De Jouvenel). Así, obedecer al soberano, al pueblo tomado como corporación, es verdaderamente ser libre⁴⁶”.

Ésta es la voluntad del pueblo, la voluntad de la totalidad del cuerpo político. Su declaración es la ley. El concepto de representación produce la entrega de la soberanía a quien no debiera recibir más que una comisión o mandato para la ejecución de la voluntad general declarada, de la ley, y, por consiguiente, la usurpación de la soberanía del pueblo por los gobernantes. Asimismo en El contrato social, no dejan de hacer acto de presencia la separación de las funciones de legislar, gobernar y juzgar y los derechos individuales, pero aquella separación y estos derechos no están concebidos como específicos límites jurídico-institucionales a la soberanía del pueblo. La idea de separación de poderes en su sentido rousseauiano no obedecía al deseo de limitar el poder del legislador soberano, sino a la necesidad de asegurar la subordinación de los jueces y del gobierno, meros comisionados del pueblo encargados de la aplicación de la ley, al legislador soberano, evitando, al mismo tiempo, la desnaturalización de la “voluntad general”, que no debía ni podía, resolver controversias o exigencias en torno a intereses particulares. En cuanto a los derechos individuales, no se percibe ninguna incompatibilidad entre su proclamación como base incuestionable del orden político y el principio de la soberanía popular: para Rousseau, no es

⁴⁶ Jean Jacques Chevalier, Las grandes obras políticas. Desde Maquiavelo hasta nuestros días, Temis, Bogotá 1997, pág. 137-138.

imaginable que la “voluntad general”, la voluntad del pueblo soberano, pueda violar los derechos del hombre.

B.- otros influidos por el pensamiento liberal que empezaba a aparecer en la inteligencia política europea, buscaban limitaciones jurídicas e institucionales contra ese poder, asumiendo una visión negativa en la idea y concepto de soberanía (Locke, Montesquieu, Sieyès)

El constitucionalismo moderno pretende buscar, justificar y proyectar los límites políticos y jurídicos de la soberanía. Los límites que establece son de dos tipos: 1).- los derechos naturales, que son ontológicamente anteriores al surgimiento de la estatalidad, y por tanto prepolíticos, pero diferentes⁴⁷ a la visión del derecho natural clásico, en cuanto sólo reconoce como derechos naturales los de propiedad y de libertad (negativa), 2).- la separación de poderes, como medio para la defender a la sociedad de las pretensiones de lograr un poder hegemónico y totalitario por parte del monarca. En tal sentido, esta corriente del constitucionalismo liberal procura generar limitaciones al poder soberano pretendiendo configurar lo que denominaron como gobierno moderado o equilibrado. El constitucionalismo contribuyó a derrumbar el absolutismo de los monarcas europeos con su apelación a las limitaciones del poder, específicamente en lo referido a

⁴⁷ “A partir del primer lustro del siglo XVII se produjo un desplazamiento del centro cultural europeo, que desde el sur (especialmente España e Italia) pasó al centro y oeste de Europa (Alemania, Inglaterra, Países Bajos y Francia). En trance de agotarse el florecimiento escolástico al que hemos aludido en las páginas anteriores, comenzó a tomar auge el llamado pensamiento moderno, que supuso un profundo cambio en amplios sectores de la cultura europea. También la teoría del derecho natural sufrió cambios importantes: aunque los factores que en esta teoría influyeron a partir del siglo XVII fueron varios y no resulta fácil encontrar una explicación global, el hecho cierto es que la segunda mitad de dicho siglo y el siglo XVIII estuvieron marcados por la posición dominante de una nueva corriente, llamada la Escuela moderna de Derecho Natural o, más genéricamente –y acaso con más acierto, si tenemos en cuenta la multiplicidad de opiniones en puntos fundamentales, que hace que sea poco propio aplicarles el término Escuela -, el iusnaturalismo moderno.

Esta corriente ha sido llamada durante mucho tiempo iusnaturalismo, sin más adjetivos; pero como en nuestros días esta palabra se usa para designar toda teoría que admite el derecho natural en oposición al positivismo, hoy lo más frecuente es hablar de iusnaturalismo moderno o concepción moderna del derecho natural. En contraposición a este iusnaturalismo, se habla de concepción clásica o Escuela clásica, término que unas veces designa el iusnaturalismo escolástico y el influido por él, y otras veces es usado para designar la orientación aristotélico-tomista”. Javier Hervada, Historia de la Ciencia del Derecho Natural, EUNSA, Navarra 1996, pág. 249-250.

los derechos naturales y la separación de poderes. Una perspectiva alternativa dentro del constitucionalismo liberal la da Constant, quien impugna el concepto de libertad de la Antigüedad con el moderno concepto de libertad. Si aquel se configuraba en una activa participación directa de todos los ciudadanos en las decisiones colectivas, que no conocían límites en cuanto al objeto sobre el que podían versar, éste consiste en la garantía de una esfera de libertad individual preservada de las injerencias del poder público. Los acontecimientos de la revolución francesa habían demostrado que la democracia podía degenerar en una tiranía más extrema que la monarquía absoluta. Para Constant era necesario construir un sistema político que preservase esa esfera de libertad individual y que se fundara en la separación de poderes, el bicameralismo y el sufragio censatario. A éstos añade la figura del rey, representado como un poder neutral situado por encima de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, encargado de promover la resolución de los conflictos que los enfrenten y de velar para que ninguno de estos poderes se busque una primacía en detrimento de los otros y que ponga en peligro la separación de poderes⁴⁸.

Una paradoja que entramos en el desarrollo de la “soberanía” es la asimilación del concepto por parte de los revolucionarios francés y norteamericanos, dado que “soberanía” fue un concepto acuñado por los defensores de la monarquía absoluta. Hasta ese momento histórico, se identificaba a la soberanía con el soberano. Luego empieza el proceso de despersonalización, trasladando al sujeto de la soberanía del rey a la colectividad.

II. 3.- El problema del Estado de Derecho y el concepto de soberanía

El Estado de Derecho o el imperio del derecho es la forma ideopolítica que pretendía construir un universo ordenado y regido por el Derecho. Como concepto, “hay coincidencia en que la denominación Estado de Derecho fue utilizada por primera vez por Robert von Mohl en su libro La

⁴⁸ Benjamin Constant, Curso de Política Constitucional, Imprenta de Compañía, Madrid 1820.

ciencia de las cuestiones administrativas alemanas con arreglo a los principios de los Estados de Derecho para “designar aquella forma de Estado en la que existe un ordenamiento que reconoce y garantiza determinados derechos subjetivos”, aunque hay autores que se remiten a la revolución francesa de 1789. El contexto del Estado de Derecho no es el de la pluralidad de fuentes, sino el de la reducción del derecho a la ley positiva⁴⁹.

De inspiración liberal en lo político y sosteniéndose en el positivismo jurídico, el Estado de Derecho redujo las facultades del Estado y avanzó progresivamente en el resguardo de los derechos privados: “Esta concepción rigurosamente positivista del Estado de Derecho evolucionará a favor no del aumento de las facultades del Estado, sino más bien del resguardo de los derechos privados, entendiéndose al Estado de Derecho como: “un Estado de competencias reguladas por normas jurídicas, que en el desempeño de sus funciones no utiliza sino medios autorizados por el derecho positivo en vigencia y cuya acción es normada por las leyes”. Esta condición “implica que toda exteriorización de poder público debe obedecer a una ley. Por consiguiente, la ley es el punto de referencia central de un Estado de derecho formal⁵⁰”.

La discusión sobre la idoneidad del Estado de Derecho parte de la reflexión histórica de la tensa relación entre el derecho y la política en los diversos regímenes políticos. El problema de la superioridad del Derecho sobre el Estado o del Estado (en su forma moderna) frente al Derecho es un tema polémico para el cual aún no se logrado establecer conclusiones definitivas. Un factor que dificulta este discernimiento es la superposición de planos epistemológicos en el análisis. Las aproximaciones filosóficas son puristas y pretender construir un orden ideal, apelando incluso para su producción “ficciones” que no son posibles de comprobar históricamente (como sucede con las diversas formas del contractualismo político, exceptuando el pactismo medieval de índole

⁴⁹ E. Ventura – A. Domínguez Benavides, Derecho Político Argentino, EDUCA, Buenos Aires 2011, pág. 59-60.

⁵⁰ E. Ventura y A. Domínguez, Derecho Político Argentino, EDUCA, Buenos Aires 2011, pág. 61

diferente). Y en sentido inverso, la aproximación histórica nos da un conjunto importante de datos que contribuyen a contextualizar la aparición del Estado de Derecho pero no ayudan en la explicación del origen y fundamentos del modelo.

Teóricos como John Austin y Max Seydel sostienen la superioridad del Estado frente al Derecho. El gobernante estaría investido de una superioridad (mandato soberano) frente a los miembros de la sociedad, estableciéndose una situación de sujeción. El soberano es el único creador del derecho y el poder no se halla obligado por la ley que él mismo ha establecido. Esto en razón de que, “si estuviera limitado por la ley, ya no sería soberano, dado que la esencia de la soberanía consiste en no ser susceptible de limitaciones jurídicas. El poder soberano puede derogar las leyes por él promulgadas, e inclusive no se halla obligado a observarlas aunque no las derogue. Las mismas disposiciones de la Constitución no son sino meras reglas de moralidad positiva. Revive en esta concepción el antiguo principio absolutista, “*princeps legibus solutus est*”, según el cual el gobernante está libre de las restricciones de la ley, pues su voluntad es fuente de derecho. En cierta forma, Austin anticipó la teoría pura del derecho al esforzarse por separar la causación de las normas de los principios en que éstas se inspiran⁵¹”.

En esta aproximación se soslaya una dimensión que luego se analizará detenidamente. Como señala Negro Pavón, la estatalidad con sus pretensiones hegemónicas busca imponer su dinámica en toda la sociedad. El Estado crece, se impone en la sociedad, el gobierno deja de ser gobierno político y se convierte en gobierno administrativo, ya no se gobierna en el sentido pleno de la palabra sino sólo se administran las cosas públicas bajo un criterio tecnocrático. Así, el derecho se

⁵¹ Raúl Ferrero, *Ciencia Política (Teoría del Estado y Derecho Constitucional)*, Grijley, Lima 1998, pág. 180-181.

convierte en el elemento revolucionario que hace posible esta monopolización de lo público⁵².

Mediante sus normas se convierte en la “voz” del Estado. El derecho deja de ser propiedad del pueblo y se convierte en el medio por excelencia para imponerse socialmente.

Sintetizando, en esta aproximación que alega la superioridad del Estado frente al derecho no se considera el rol que cumplía el derecho antes de la aparición del Estado Moderno: “El government, aunque llegue a ser políticamente muy fuerte, no puede absorber la sociedad, al ser jurídicamente débil por estar sometido al derecho común. No existiendo Estado, el derecho no es creación del gobierno, sino que brota de la sociedad. La misma representación tiene carácter jurídico, no político, puesto que el pueblo conserva la soberanía social o jurídica, ejerciendo constantemente su autoridad como Tribunal de la Opinión Pública, “una ficción útil” decía Bentham⁵³”.

Para entender mejor este punto es imprescindible remitirse a la influencia romana en la concepción de la política en occidente: “Para los romanos, la diferencia entre la Política, relacionada directamente con la realidad existencia, y el Derecho, cuyos referentes son la justicia – elemento moral y la realidad social – elemento político -, consiste en que el derecho delimita, circunscribe la acción política al otorgar la fuerza de su garantía a los derechos adquiridos bajo la presunción universal de bona FIDE, el hábito hecho costumbre de cumplir los compromisos”. Al igual que los griegos, los romanos (con variaciones de acuerdo a su forma de régimen político) mantenían la tradición del gobierno limitado por el derecho o justicia⁵⁴.

Para los romanos habían tres planos jurídicos fundamentales: a).- El ius civile o derecho originario: exclusivo de los ciudadanos romanos, comprendía leyes y derecho consuetudinario y se

⁵² “El derecho público moderno es, en gran medida, un instrumento abstracto de la ratio status, no un reflejo de la realidad social, y, por tanto, revolucionario en mayor o menor medida”. Dalmacio Negro Pavón, La Tradición Liberal y el Estado, Rigorma Grafic, S.L., Madrid 1995, pág. 59.

⁵³ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 145-146.

⁵⁴ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 57.

desenvolvía prácticamente al margen de lo Político, b).- El *ius Gentium* o derecho de gentes, aparece con la expansión del Imperio con la finalidad de ser un derecho aplicable a todos los pueblos para ordenar las relaciones con extranjeros. Fue eminentemente judicial, c).- El derecho natural. Así, existía un derecho universal, común a todas las naciones (o gentes) aplicable a los extranjeros. Un derecho propio que regía las relaciones entre los ciudadanos romanos. Finalmente el derecho que surge de las relaciones entre romanos y extranjeros el cual no estaba taxativamente regulado, pero que, para su realización, “se acudió a aquellas reglas y soluciones que – por responder al sentido jurídico común de todos los pueblos o naciones – eran universales e iguales (comunes) a todas las gentes: el derecho natural se entendió como un derecho vigente, una parte del derecho vivo, cotidianamente aplicado a todos los aspectos de las relaciones entre particulares (*ius privatum* o derecho privado)⁵⁵”. La justicia no era considerada un ideal⁵⁶ de realización abstracta, sino como la determinación de lo justo en cada caso concreto (con el apoyo de las leyes dictadas por el mismo pueblo, no por imposición del gobernante⁵⁷, el cual se comprometía a reconocerlas y defenderlas), el dar a cada cual lo suyo, la cosa justa o debida⁵⁸.

El objetivo de las leyes era orientar a los ciudadanos, no obligarlos mediante la coacción. Se pretendía adecuar el derecho a la situación concreta mediante un ámbito de decisión denominado equidad: “Y como el objeto de las leyes no consiste en obligar a los ciudadanos, sino en orientar a jueces y abogados en caso de litigio, los juristas introdujeron el principio de la *aequitas*, conocido ya por los griegos como *epieikeia*, para adecuar el Derecho a usos, costumbres, hábitos,

⁵⁵ Javier Hervada, *Historia*, pág. 76.

⁵⁶ “Asimismo, la doctrina romana postclásica –escribe Kaser– no vio en el *ius naturale* un derecho ideal, sino un ordenamiento válido, en el que se concreta y desarrolla la justicia”. Javier Hervada, *Historia*, pág. 76

⁵⁷ Tanto las leyes (“la ley es una disposición dictada por el pueblo cuando éste se reúne en comicios”) como los plebiscitos (“de acuerdo con Gayo, plebiscito es todo aquello que la plebe ordena y establece”) provienen del pueblo o de su representación. Esta situación jurídica no excluía a las otras fuentes formales como los senadoconsultos, los edictos de los magistrados o la jurisprudencia. Marta Morineau y Román Iglesias González, *Derecho Romano*, Tercera Edición, México D.F. 1993, pág. 13-16.

⁵⁸ “La cosa se constituye en derecho por su condición de debida, por recaer sobre ella una deuda en sentido estricto”. Javier Hervada, *¿Qué es el derecho?*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 2002, p. 67.

situaciones; en fin, a las circunstancias del caso concreto, estableciendo la proporción equilibrada –justa- entre el derecho legislado y la realidad práctica⁵⁹”.

El derecho como norma escrita sólo describía una situación relacional, permitía determinar en qué consistía una actividad, describiéndola. No era una teoría abstracta, sino un arte producto de la generalización de la práctica (igual que la política). Asimismo, el derecho se da en la sociedad (que haya como mínimo dos individuos), siguiendo la antigua máxima “ubi societas ibi ius” (donde está la sociedad, allí está el Derecho). El derecho aparece al establecerse el orden político, como instrumento que organiza lo colectivo de la vida común conforme a principio morales (a diferencia del Estado Moderno, que busca de justicia absoluta, una justicia estatal que elimina el derecho romano, la jurisprudencia y el consuetudinario).

Los romanos también distinguieron el derecho público del derecho privado, los cuales no era diferentes per se, sino se los dividía por una finalidad funcional: se trata de dos posiciones que no implicaba la existencia de dos tipos de derechos. Y esto era así porque no existía un derecho propio del estado (como ocurre en el Estado Moderno), sino asuntos de interés común, cuyo campo estaba delimitado por la moral y la religión. Como sostiene Dalmacio Negro, “simplemente se diferenciaban los dos aspectos principales de la vida de la res romana, de la civitas, sin quebrantar su unidad⁶⁰”.

El derecho romano mantuvo una larga vigencia hasta aproximadamente entrado el siglo XVIII, con los despotismos ilustrados y la centralización de la producción jurídica, conservándose únicamente en el derecho inglés como derecho supletorio. La supervivencia del derecho romano no sólo validaba su importancia y utilidad, sino la prolongación de la tradición política liberal: “El Derecho – lo recto- es anterior a la ley, presupone la existencia de un orden natural. Por tanto, la existencia

⁵⁹ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 60-61

⁶⁰ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 59

de un sistema legal no equivale necesariamente a la de orden jurídico⁶¹". El gobernante debía someterse a un orden jurídico que representaba al orden natural preexistente a la configuración de las leyes. Esta idea pervivió hasta que el Estado se atribuyó el derecho a dar cada uno lo suyo. Por eso, como sostiene J. Vallet y Goytisolo, el derecho romano fue obra de juristas, con su auctoritas, y apenas secundariamente del poder público, con su potestas⁶²".

Los romanos resguardaron el legado político liberal griego mediante el respeto al orden jurídico, el cual no podía ser vulnerado por la autoridad sin cometer una injusticia. Esta tradición fue repotenciada y elevada a su culminación teórica y práctica con el Cristianismo: "La concepción romana del Derecho, mediante el que la colectividad establece garantías que sustituyen el poder puro y la fuerza, constituye, como se ha repetido muchas veces, con la metafísica griega, origen de la Política, y el Cristianismo, uno de los tres elementos fundamentales creadores de la civilización europea, que, gracias a ellos, creó a su vez la ciencia y luego la Técnica⁶³".

La tradición jurídica romana ayuda a entender plenamente los ámbitos respectivos de lo jurídico y lo político sin confundirlos. Esta visión de la importancia del derecho como límite de la política ha sido una constante en la política occidental, aunque muchas veces a través de un equilibrio extremadamente precario. El Estado de Derecho responde a esta aspiración, pero por influjo del positivismo y el liberalismo moderno tomó otro cariz.

El Estado de Derecho surge como una propuesta política distinta de la rule of law tradicional, la cual es producto de una evolución concreta en un contexto histórico específico. Tal como sostiene Pablo Lucas Verdú, "el rule of law es un postulado histórico-tradicional evolutivo; en cambio, el Estado de Derecho es una institución racionalista revolucionaria; el rule of law se transforma en

⁶¹ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 60

⁶² J. Vallet de Goytisolo, Metodología jurídica, citado por Negro Pavón en La Tradición Liberal, pág. 56.

⁶³ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 61

los tiempos modernos, en una ideología liberal (del partido whig); el Estado de Derecho, nacido como utopía dentro del Antiguo Régimen, se convierte en una ideología garantista (demoliberal y socialdemócrata). El rule of law de tiempos remotos se va acomodando empíricamente; el Estado de Derecho, cuya expresión alemana surge en el XIX procede del espíritu burgués revolucionario francés de 1789. Sus elementos se combinan antes de que aparezca su denominación. Son, pues, dos mentalidades distintas encaminadas a garantizar la libertad burguesa: una anglosajona empirista y tradicional; otra continental, cartesiana y mecanicista⁶⁴.

El Estado de Derecho, de origen continental, busca inaugurar un nuevo orden, una historia diferente. Es la configuración de un Estado jurídico, donde la política está sometida al derecho público⁶⁵. “El concepto del “Estado de derecho” (es decir, del Estado de derecho privado) sirve de palanca para hacer del Estado el instrumento de la “sociedad apolítica”⁶⁶. Persigue eliminar las contradicciones, antagonismos y enemistades políticas. El Estado de Derecho o el Estado kantiano según Negro Pavón, es la planificación legal de la sociedad a través del Estado, el cual cargado y legitimado de la moralidad pública (Rousseau) busca instaurar la “Paz Perpetua”⁶⁷. El Estado se encuentra “sometido” a normas que el mismo Estado produce, siendo así una autorregulación del poder y no un sometimiento a las normas (a normas que trasciendan las positivas).

⁶⁴ Pablo Lucas Verdú, “El Estado de Derecho como utopía y realidad. Estado de Derecho e imaginaria constitucional” en Manual de Derecho Político, Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid 1987.

⁶⁵ Cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades, cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el interés general, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho.

⁶⁶ Carl Schmitt, El Concepto de lo Político, pág. 93

⁶⁷ Ideal kantiano plasmado en su opúsculo “Hacia la Paz Perpetua”. El proyecto de paz perpetua implica la creación de un orden jurídico y la autoimposición de un poder supremo mundial ejecutivo, legislativo y judicial. Esta situación podría conducir no a la paz perpetua, sino a la tiranía mundial: “Sin embargo, sabemos –observación de Rabossi que también compartimos– de la sensibilidad kantiana en relación con los despotismos, y en tal sentido, el filósofo es consciente de que la existencia de un estado mundial sería una amenaza segura de tiranía”. Atilio Boron (Compilador), La Filosofía Política Moderna, De Hobbes a Marx, pág. 205.

El Estado, en su forma de Estado de Derecho, se vale del positivismo jurídico para combatir la anomia social. Ante el desorden social, el Estado utiliza al derecho para regimenter la sociedad pero lo que consigue es agudizar el caos social. Por eso, para Dalmacio Negro (coincidiendo con Carl Schmitt), el positivismo jurídico es el en fondo puro nihilismo: “Mediante el positivismo jurídico implícito, se construye la estatalidad a partir del imaginario estado de naturaleza, un vacío o nada existencial: “el llamado positivismo jurídico es desde hace tiempo, decía Schmitt a su corresponsal español Álvaro d’Ors, puro nihilismo⁶⁸”.

Para Dalmacio Negro, “El Estado de Derecho sólo es liberal en la medida en que es político” lo cual implica gran problema⁶⁹ dado que el Estado de Derecho pretende la eliminación de la política con la regulación legal total de la realidad social, o lo que también denomina, la planificación legal de la realidad, donde no cabe la política, signo de contradicción en una sociedad que pretende ser planificada científicamente.

El Estado de Derecho tiene como fuente de su legitimidad a la opinión pública (la nueva fuente de legitimidad), no la coherencia con un orden de derecho objetivo extraestatal (su conformidad al derecho⁷⁰ natural u orden natural) y en cuanto a la legalidad, la ley (justa e injusta) se hace siempre obligatoria al ser incompatible el derecho de resistencia con el Estado. Así, el auténtico Estado de Derecho, o lo que se conoce también como el rule of law tiene su origen en el liberalismo político o tradicional, no en el estatista (en el cual el Estado se encuentra sometido a

⁶⁸ Dalmacio Negro Pavón, Religión y Política: El Cristianismo en Europa, p. 57.

⁶⁹ “El Estado de Derecho es una ficción. Todo Estado, como tal Estado, es por definición un Estado de Derecho puesto que se organiza mediante normas jurídicas. El problema es, por una parte, que el Estado de Derecho monopoliza la libertad política; por otro, que pretende someter toda la realidad al Derecho y esto lleva a una sociedad, sino cerrada por lo menos estancada, gobernada burocráticamente, no políticamente”. Comunicación con Dalmacio Negro Pavón, 18 de noviembre del 2007.

⁷⁰ Tiene que existir necesariamente un límite a la actuación del gobernante, que éste por encima del derecho positivo (que es la emanación del mismo gobernante). Por eso, el Estado de derecho actual tiene un carácter utópico. Solamente es posible el Estado de Derecho dentro de la concepción ordenalista, que actualmente no tiene vigencia política.

sus mismas normas, es decir, se autorregula con sus misma normas positivas, no admitiendo legalidad metapositiva alguna). El Estado de Derecho producto del liberalismo estatista garantiza sólo la libertad jurídica, quedando todo subsumido a esta libertad, incluso la política.

Sobre la relación entre el Estado de Derecho y el liberalismo, para el liberalismo las leyes sólo tienen validez en cuanto incrementan la esfera de libertad individual y colectiva, pero por la creciente tecnicidad del aparato estatal se amplía en ámbito del derecho público e invade otras esferas que anteriormente no se competían. Así, al acaparar todo, el Estado se convierte en el gran dispensador de derechos.

La posición más radical con respecto al Estado de Derecho (alejado de la perspectiva ordenalista) se da en la teoría jurídica de Hans Kelsen. Kelsen vacía el Estado de todo elemento ideológico, metafísico o místico y lo reduce al Derecho: creación y aplicación de normas. Menciona Negro Pavón: “El Estado es – según Kelsen – el orden de la conducta humana que llamamos jurídico, el orden hacia el que se orientan las acciones del hombre, o la idea a la que ciñen su comportamiento los individuos”. No sólo descansa en una decisión global, cuyo trasfondo es la abstracción contractualista, sino en un acto de fe en el Estado, que hubiera sido inconcebible para un hombre del siglo XVIII⁷¹”. Kelsen da por hecho la existencia necesaria del Estado, sin importar quien gobierne ni la fuente de su legitimidad. Lo que importa es que cree derecho: “El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho⁷²”.

La actividad legislativa del Estado dejó de orientarse al establecimiento de garantías y prohibiciones y estableció un sinnúmero de prescripciones y regulaciones, de exigencias de

⁷¹ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 203.

⁷² Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho (Traducción de Moisés Nilve), Editions de la Baconiere, Neuchatel, 1953, p. 275.

comportamientos (con las consustanciales disposiciones coercitivas) cuya finalidad era crear a través del Estado y la legislación un nuevo orden social (la normatividad representaba lo que debería ser el nuevo orden social). Las constituciones se convirtieron en “la primera forma de planificación de la vida social⁷³”.

La normatividad estatal pretender legislar sobre todo, sin dejar ninguna laguna legal o resquicio. Pretende regular todo para crear un nuevo orden. Pero esta pretensión es vana ya que hay situaciones, dado el carácter imprevisible del ser humano y de su praxis política, que no son susceptibles de regulación. Un ejemplo claro de esta circunstancia imprevisible son los estados de excepción, momento crucial que exige tomar decisiones para proteger la unidad política estatal. Sostiene Eduardo Hernando Nieto que los estados de excepción “nunca fueron contemplados por quienes elaboraron las bases del positivismo y del Estado de Derecho⁷⁴”. En los estados de excepción se configuran contextos no regulados normativamente en los cuales es necesaria una decisión (política) para solucionar la inestabilidad. La decisión no proviene de la autorización de un dispositivo legal específico, sino de la voluntad de la autoridad política que se sobrepone a la coyuntura y determina lo que se debe hacer en la situación concreta. Así, desde el decisionismo político, podríamos sostener que la guerra como situación política límite es un momento inevitable (cualquier ocultamiento encierra móviles ideológicos) y que “soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción⁷⁵”. Es posible imponer estatalmente el milenarismo jurídico del Estado de Derecho y suprimir la política⁷⁶. Cualquier intento implicaría trasladar la relación agonal de la política a otro ámbito y negar la natural juridicidad y politicidad de la persona humana

⁷³ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 204.

⁷⁴ Eduardo Hernando Nieto, Pensando peligrosamente, pág. 158.

⁷⁵ Carl Schmitt, Teología política, pág. 15.

⁷⁶ Schmitt sostiene explícitamente que el normativismo niega el concepto mismo de soberanía: “Kelsen resuelve el problema del concepto de la soberanía negando el concepto mismo (...). Es, en el fondo, la vieja negación liberal del Estado frente al Derecho (...) en Carl Schmitt, Teología política, edición citada, p. 51.

(tal parece que el nominalismo del Estado de Derecho no considera que la naturaleza humana tiene una dimensión jurídica y política).

Al suprimir la política, la presunta neutralidad del Estado de Derecho deja latente la inevitable conflictualidad política que se empezaría a manifestar en otras áreas. Carl Schmitt sostiene al respecto: “Todas las nociones teológicas concebidas en el curso de los siglos se han tornado cuestiones privadas. Hasta el mismo Dios, con la aparición del deísmo en el siglo XVIII, dejó de formar parte de este mundo. Se ha transformado en un poder neutro y ha asistido, ajeno a todo, a los combates y a las luchas cotidianas. Dejó de ser un ente para convertirse en un concepto. En el siglo XIX, el monarca primero y después el Estado, van a convertirse también, a su vez, en órganos neutros; y la neutralidad cierra así un ciclo, que luego se hace clásico bajo el nombre de teología política, gracias a la doctrina liberal del poder neutro, que pone el poder político al alcance de su mano. Pero esta evolución supone, después de cada etapa, la creación de un nuevo terreno de lucha y ésta es precisamente la razón del desplazamiento del centro de atracción intelectual. El nuevo centro, que en un principio fue declarado neutro, no tarda en ser presa de los intereses y de las luchas entre los hombres; cuanto mayor es su atracción, más violenta la lucha. La humanidad pasa sin cesar de un terreno de lucha a un terreno neutro; pero siempre este último vuelve a transformarse casi instantáneamente en terreno de lucha, obligando a los hombres a buscar la paz en otra parte. Tampoco el naturalismo ha conseguido instaurar la paz. Después de las guerras de religión vinieron las guerras nacionales del siglo XIX, ya en buena parte económicas, luego las guerras puramente económicas. Si hoy se ha concedido a la técnica un margen tan grande de confianza, es porque se cree haber descubierto, por fin, el terreno neutro por excelencia. Nada parece, en efecto, más neutro que técnica. Todo el mundo tiene derecho a disponer de ella a su arbitrio; la telefonía sin hilo sirve indistintamente para la difusión de todas las noticias y el correo cumple su papel de mensajero sin cuidarse del contenido de nuestros envíos. Comparados con las

cuestiones teológicas, metafísicas, y aun económicas, sujetas siempre a disputa, los problemas puramente técnicos tienen, sin duda, una objetividad bastante consoladora. Sus soluciones son de una evidencia deslumbradora y fácilmente se comprende que el hombre, después de haber conocido la duda y la incertidumbre en otros dominios, haya buscado asilo en la técnica. Dentro de su ámbito, todos los pueblos y todas las naciones, todas las clases y confesiones, las edades todas sin distinción de sexo, se ponen de acuerdo en un instante para disfrutar por igual de las ventajas y comodidades de la técnica. Al conjuro de este nombre, las rivalidades de origen religioso, nacional o social, se esfuman, y este sector perfectamente neutro parece brindar a todos los beneficios de la armonía y de la reconciliación.

Sin embargo, la neutralidad de la técnica presenta un aspecto nuevo. La técnica es un instrumento, un arma y, precisamente por estar al servicio de todos, no es neutra. La técnica no puede por sí misma ejercer sobre el espíritu una acción determinante, ni hacerle adoptar una actitud neutral⁷⁷ ”.

Se pretendió encontrar en la técnica el medio que permita lograr la más amplia neutralidad, pero como destaca Carl Schmitt, la técnica es un instrumento que está al servicio de todos, y por tanto no es neutral. Esta supuesta neutralidad, en el Estado de Derecho, puede conducir “a una “posible guerra legal de todos contra todos, llevada a cabo con las armas de la legislación y la representación”, lo que en parte está ocurriendo ya⁷⁸”. El Estado de Derecho es la prolongación de un andamiaje ideológico que se origina con la ruptura del ordenalismo medieval. Por influencia del positivismo se empezó a considerar al Estado como un hecho objetivo, independiente de la acción humana, manifiesta su voluntad a través de derecho, impersonalizó el mando y despersonalizó el poder. El Estado de Derecho pretendía emular al soberano absoluto pero sin

⁷⁷ Carl Schmitt, El Concepto de lo Político, pág. 119-120

⁷⁸ Dalmacio Negro, La Tradición, pág. 205

ninguna vinculación con la Divinidad, siendo su única fuente de legitimidad la soberanía popular (una ficción).

El problema con que se enfrentan las ideas de Schmitt con el momento político real surge por la visión normativista con que se asumen los problemas relacionados a la política. Existe una intención deliberada y en algunos casos soterrada de arrinconar a la política a una posición mínima. Esta situación se da por la presencia del positivismo jurídico.

II.4.- Crítica positivista a la soberanía

A pesar de que los sistemas jurídico-constitucionales se han adherido al positivismo político, los legisladores y estudiosos del sistema legal no han percibido la contradicción entre el concepto de soberanía y el positivismo jurídico. Kelsen hace una deconstrucción del concepto soberanía. Denuncia el carácter ideológico del concepto soberanía, como una falsa explicación del origen y fundamento del estado y el derecho positivo, amparándose para tal fin en la llamada “razón de estado”⁷⁹.

Siguiendo la argumentación del positivismo, el derecho positivo se halla determinado por el estado soberano. El derecho positivo es la traducción normativa de la voluntad del estado. El soberano crea e impone el derecho positivo. Para Kelsen, el problema surge cuando se separa al estado del derecho y se le otorga poderes superlativos, siendo la soberanía un ejemplo válido de este otorgamiento desmesurado de poder. El estado soberano, así representado, no se identifica con el derecho positivo y, por tanto, no está sometido a éste; y es la “voluntad” del estado la que crea el derecho positivo, siendo este su fundamento.

⁷⁹ Mediante la razón de Estado, el soberano, mediante su voluntad y potencia, crea y transforma el derecho positivo y se somete voluntariamente al mismo

Un paso siguiente en la fundamentación jurídica convencional es la tesis de la “autolimitación”⁸⁰ del estado. El estado crea el derecho positivo (su “voluntad” formalizada en normas jurídicas) y acepta voluntariamente someterse a su propio derecho positivo. En esta construcción, el estado es, en primera instancia, contradictoriamente concebido en un principio como poder no jurídico (esto es, poder soberano) y, luego, como poder sometido al derecho, un derecho que debe su existencia al hecho de ser sostenido por un poder no jurídico, por el poder soberano.

Para Kelsen la idea de soberanía en su sentido jurídico normativo formula una norma hipotética, no puesta por ninguna autoridad, no perteneciente a ningún derecho positivo, que confiere validez jurídica a las disposiciones de la voluntad constituyente que crea la constitución, la norma superior de la jerarquía del ordenamiento jurídico estatal juzgado “soberano”. Esa norma hipotética es el fundamento de la validez del orden jurídico positivo “soberano” en su conjunto.

Así, la validez de un ordenamiento jurídico positivo no procede de la moral, la religión o el derecho natural, ni de la realidad analizada por las ciencias de la naturaleza o por la psicología o la sociología. Una norma jurídica es válida porque ha sido producida conforme a las normas jurídicas de rango superior que regulan su creación. Este proceso de fundamentación de la validez de las normas jurídicas por la adecuación de su producción a las previsiones de las normas jurídicas superiores reguladoras de su elaboración culmina con la constitución. La validez de esta constitución no proviene de otro orden normativo, sino que, con ella, se cierra la cadena de fundamentaciones de validez jurídica. Su validez se presupone: para fundamentarla, la teoría pura del derecho lanza la hipótesis de que existe una norma fundamental que establece como suprema autoridad legisladora al monarca, al parlamento, al pueblo, que dictó la constitución. Es la atribución que se le da a la autoridad constituyente de poder normativo.

⁸⁰ Para Kelsen, la autolimitación tiene como origen la misma razón de estado.

II.5.- Decisionismo y soberanía.

El decisionismo se formula como una propuesta de Schmitt para determinar la naturaleza del poder soberano y su afianzamiento. Para Schmitt la democracia genera fuerzas disolventes que destruyen la unidad política, así parte del fortalecimiento del poder soberano tiene que ver con la eliminación de estas tendencias (siendo ese el elemento espectacular de la teoría política schmittiana, su radicalidad).

Para explicar el origen e importancia de la decisión soberana Schmitt utiliza los conceptos de normatividad y normalidad. El normativismo como pretensión de la regulación total, absoluta y perfecta por parte del derecho positivo de las relaciones sociales, y que tiene como fundamento a sí mismo, sirve a Schmitt para delinear cual es la característica jurídica de la situación social que acomete en su análisis. Para que las normas puedan aplicarse se necesita una situación óptima estabilidad social, una coyuntura que permita la plena vigencia del derecho. Schmitt conceptualiza esta situación como normalidad. Así, normativismo entendido como el ordenamiento jurídico en sentido positivista y normalidad como el conjunto de las reglas de juego, hábitos o regularidades en que se estructuran todas y cada una de las esferas de la vida social son los elementos que permiten entender la esencia del decisionismo. Para el autor, debe existir un primado de la normalidad sobre el normativismo, del orden social sobre el orden jurídico. Frente al formalismo del positivismo jurídico Schmitt planea la superioridad del orden social sobre el orden normativo.

Para someter a prueba su argumento elabora la figura de la “situación de excepción”. Schmitt sostiene que no debe compararse la situación de excepción con los tumultos o con meras alteraciones al orden público, ni con los diversos estados de excepción positivizados en las constituciones políticas. El requisito sine qua non para que se configure el estado de excepción es

“la suspensión total del orden jurídico vigente⁸¹”. La situación de excepción implica una crisis radical del orden sociopolítico vigente. Tal situación hace imposible la vigencia y aplicación de las normas jurídicas. El quiebre de la situación de normalidad que provoca el surgimiento del estado de excepción exige la restauración de orden quebrado o la creación de una nueva normalidad. El derecho positivo no puede hacer nada ante esta situación. Justamente el derecho deja de funcionar o puede constituir una limitación u obstáculo. Es en este contexto que aparece la figura del soberano, como aquel que crea una situación dentro de la cual pueden tener validez los preceptos jurídicos, una situación de normalidad (en efecto, es el soberano quien decide si estamos en una situación de normalidad): El caso excepcional reviste carácter absoluto cuando se impone como primera medida la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos (...). Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre “derecho de una situación determinada”. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad⁸²”.

El soberano consigue crear un orden nuevo o restaurar el que fue quebrado o perturbado mediante la decisión. Así, el decisorismo schmittiano es una recuperación del momento político frente a la imposibilidad de resolución del conflicto mediante el derecho.

En Teoría de la Constitución, Schmitt distingue entre constitución en sentido positivo y constitución en sentido absoluto para resaltar la presencia del momento de la decisión política: La constitución en sentido “absoluto” es el resultado de la decisión soberana, mientras que la constitución en sentido “positivo” es, la decisión soberana misma. En tal sentido, la constitución en sentido positivo es la constitución misma, pero en sentido absoluto es la “situación total de

⁸¹ Carl Schmitt, Teología Política Schmitt, p. 42.

⁸² Carl Schmitt, Teología Política Schmitt, p. 43.

unidad y ordenación políticas”, la “concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente⁸³”

La decisión exige la necesidad de implementar mediante acciones de naturaleza técnica lo que se dispuso como finalidad del momento político soberano. Como necesidad técnica, se mide sus resultados bajo con criterios de eficiencia:

“cuando se trata del caso más extremo, [el dictador] no puede observar normas generales. Porque si el medio concreto para el logro de un éxito concreto (...) puede ser calculado en tiempos normales con una cierta regularidad, en caso de necesidad solamente puede decirse que el dictador puede hacer todo lo que exija la situación de las cosas. Lo que aquí importa no son ya consideraciones jurídicas, sino solamente el medio apropiado para lograr un éxito concreto en un caso concreto (...). De ahí que precisamente en la dictadura domine exclusivamente el fin, liberado de todos los entorpecimientos del derecho y solamente determinado por la necesidad de dar lugar a una situación concreta⁸⁴”

Se denomina a quien efectúa la decisión como soberano. Para entender las características del soberano, Schmitt en su obra *Catolicismo y forma política*⁸⁵ elabora el concepto de representación. Establece que el orden social sólo puede surgir y conservarse por medio de la representación de ideas políticas constitutiva de la autoridad soberana. El sometimiento, la

⁸³ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Versión española de Francisco Ayala), Alianza Editorial, Madrid 1982, pág. 4 y 21-22

⁸⁴ Carl Schmitt, *La Dictadura*. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria, Alianza Editorial, Madrid 1999. Es necesario precisar que Schmitt elabora dos conceptos de dictadura: en la “dictadura comisarial” el dictador recibe del soberano una comisión para restablecer la normalidad adecuada al orden político-jurídico existente hasta entonces, en la “dictadura soberana” el dictador tiene por misión establecer la situación normal que requiere la decisión soberana de imponer un nuevo orden político-jurídico. *La Dictadura*, pág. 42 y 136-137

⁸⁵ Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política* (traducción española de C. Ruiz Miguel), Tecnos, Madrid 2000.

coacción, las técnicas de dominación no es suficiente para lograr la cohesión social. Se precisa de una autoridad que represente una idea que debe ser vista como legítima:

“Ningún sistema político puede perdurar una sola generación valiéndose simplemente de la técnica del mantenimiento del poder. La Idea es parte de lo Político, porque no hay política sin autoridad y no hay autoridad sin un Ethos de la convicción⁸⁶”.

“La idea de representación (Repräsentation) se halla tan dominada por el pensamiento de una autoridad personal que tanto el representante como el representado deben afirmar una dignidad personal (...). Dios, o en la ideología democrática el Pueblo, o ideas abstractas como la Libertad o la Igualdad, son contenidos susceptibles de representación, pero no la Producción o el Consumo. La representación otorga a la persona del representante una dignidad propia, porque el representante de un valor importante no puede ser alguien privado de valor⁸⁷”.

Como elementos de la representación, podemos establecer: su carácter personal⁸⁸, la dimensión pública⁸⁹, su sentido autoritario y su efecto integrador. La representación en sentido schmittiano es la encarnación o personificación de una o más ideas políticas por parte de un sujeto⁹⁰, que tratándose de una comunidad políticamente organizada, constituiría la autoridad soberana. En ese sentido, la idea se vuelve parte de la realidad en virtud a la personificación o encarnación en el sujeto político soberano.

La representación schmittiana es distinta a la representación política de las democracias modernas, que aparece con las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII. La representación en Schmitt es la encarnación de ideales sagrados e incuestionables, que en sí mismos están por

⁸⁶ Catolicismo romano y forma política p.21

⁸⁷ Catolicismo romano y forma política p. 35-36

⁸⁸ Es una o un conjunto de personas quienes encarnan la idea política.

⁸⁹ Schmitt acepta la división moderna de lo público y lo privado. El sujeto soberano es una figura pública

⁹⁰ Emperador, rey, dictador, asamblea, dependiendo el momento histórico.

encima de los ciudadanos. La autoridad asume y presenta estos valores plenamente. Si se tuviera que buscar un símil, podríamos encontrarlo en la forma de ejercer la representación política en el medioevo, una forma de representación premoderno y presecular (el proceso de secularización afectaría la figura de la representación, tal como lo constata Schmitt, y no es sospecho que utilice una institución como la Iglesia Católica para ejemplificar su idea de representación política). La identificación de las personas con las ideas o valores no se hace pacíficamente y luego de un proceso racional. Son producto de la adhesión irracional a ciertos valores con el sujeto soberano inducida autoritariamente.

La relación entre representación y soberanía se da en el momento mismo de la decisión.

Según lo explicado, el origen del orden social, jurídico y político es la decisión, la cual es realizada por la voluntad de un sujeto soberano. El soberano, siendo una persona o un grupo, representa la idea con la cual la comunidad se reconoce a sí misma. Este detalle es el que inviste al sujeto el carácter de soberano, ya que Schmitt reconoce la imposibilidad de sostener una situación sólo por la coacción o fuerza. Así, el elemento de la decisión se consolida con la representación, ya que la decisión soberana incluye la idea política representada

El decisionismo se enmarca en el proceso de autonomización de la política. La política buscaría (bajo la teorización schmittiana) lograr un estatuto teórico independiente, separado principalmente de la economía y el derecho. Al respecto, menciona Luis María Bandieri: "...lo político tampoco puede subsumible en lo jurídico. Para Kelsen, el orden jurídico está constituido por normas que derivan de una norma fundamental; el Estado, por su parte, es en definitiva el mismo orden jurídico presidido por la norma fundamental, que expresa: "compórtate como ordena quien manda". Lo jurídico evacua así todo contenido político y se reduce a racionalismo normativo, a nomología. Para Schmitt, la norma nos dice solamente cómo se debe decidir, pero no

quién debe decidir. La norma, en última instancia, contiene el estándar previsto para una situación normal; es experiencia recopilada. La decisión (Entscheidung) llena la necesidad de hacer frente a lo inédito que encierra cada situación particular. Esto se ve de modo transparente en el estado de excepción, donde el decisor, más allá de toda norma, recrea un orden jurídico; esa decisión, dice en otro lugar Schmitt, *“normativamente considerada nace de la nada”*. Por la vía del decisionismo, Schmitt llega también a separar radicalmente lo jurídico de lo político, como desde el normativismo lo había hecho su gran contrincante intelectual, Hans Kelsen. En efecto, lo jurídico se compone de lo decisorio y de lo normativo, pero nunca podrá decirnos nada de antemano sobre el orden político creado o recreado por la decisión, acto único e irrepetible, no estandarizable por definición. El jurista, fuera de lo normativo, deberá contentarse con tomar nota ex post facto de la decisión que re-ordena un desorden. Lo político precede a lo jurídico, lo que los condena a ser categorías diferentes⁹¹.

En ese sentido, para Schmitt, “la unidad política es, pues, en consecuencia, mientras la unidad política exista, una unidad decisiva, total y soberana. El “total”, en primer lugar, porque todo caso puede ser potencialmente político y caer, por tanto, bajo una decisión política; en segundo lugar, porque en la participación política a la cual se entrega el hombre, queda éste prendido por la raíz misma de su ser. La política es el destino. El gran jurista y profesor de Derecho público, M. Hauriou, ha destacado, con razón, cómo la nota característica de una unidad política, también desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, el hecho de que abraza al hombre por entero. Una excelente piedra de toque para conocer el carácter político de una comunidad es la práctica del juramento, cuyo sentido verdadero estriba en que un hombre se empeña íntegramente. Es soberana la unidad política en el sentido de que a ella compete siempre, por definición, la determinación del caso decisivo, aunque sea un caso excepcional. La palabra “soberanía” no se

⁹¹ Carl Schmitt, Concepto de lo Político, pág. 11-12

emplea aquí por azar. En modo alguno significa que todos los pormenores de la existencia de cada uno de los hombres pertenecientes a una unidad política hayan de ser determinados y ordenados desde el plano político o que un sistema centralista tenga que destruir necesariamente toda organización y corporación. Puede ocurrir que las consideraciones de orden económico sean más fuertes que cualquier voluntad del gobierno de un Estado que pretende ser neutral en el campo de la economía; el poder de un estado que pretende ser neutral en la esfera religiosa fácilmente encuentra un tope en las convicciones confesionales. Si las fuerzas antagónicas económicas, culturales o confesionales son tan fuertes que atraen a sí la decisión sobre el caso de conflicto, significa que se han trasmutado en la nueva esencia de la unidad política⁹²”.

II.6.- La relación entre el normativismo y el decisionismo

Según el autor, existirían dos formas de abordar los problemas jurídico-políticos: el normativismo y el decisionismo. Schmitt se adhiere en decisionismo, en cuanto critica de las limitaciones del normativismo. El normativismo es la ideología cuyo representante principal es Hans Kelsen, siendo así la Teoría Pura del Derecho la culminación del desarrollo del positivismo jurídico decimonónico⁹³. El normativismo se caracteriza por la pretensión de interpretar el derecho positivo como un sistema racionalmente organizado o estructurado de normas jurídicas que encuentra el fundamento de su validez internamente al propio sistema, el cual, por consiguiente, se “autofunda” y se “autoproduce”. Así, el teórico del derecho no considerará útil o necesaria analizar la validez del ordenamiento jurídico, ya que se justifica a sí mismo.

Schmitt identifica serias limitaciones en el normativismo, siendo las más importantes por su efecto en el orden político y jurídico:

⁹² Carl Schmitt, Concepto de lo Político, pág. 50-51

⁹³ Representa el proceso de racionalización y sistematización del positivismo jurídico.

1).- Para el normativismo el origen del orden jurídico se da por una norma hipotética, no por la decisión soberana de instaurar un orden sociopolítico. La norma hipotética fundamental del positivismo (específicamente en la versión kelseniana, que es la versión depurada y consumada) “es la premisa mayor del sistema jurídico. Entonces, su validez no se deriva de una norma superior sino que se presupone. En este sentido, para Kelsen, la razón de su validez es incuestionable. Como es la norma más alta (supuesta) no hay una norma superior con la que se pueda verificar su validez. No es una norma positiva, es decir, puesta por una autoridad cuya competencia válida descansa en una norma superior⁹⁴”.

Bajo la perspectiva de Schmitt, el normativismo en su pretensión de eliminar toda referencia al derecho natural también liquida a la política, esencialmente a legitimidad política. Si bajo el supuesto del normativismo lo que otorga validez es la existencia de la norma, la norma hipotética fundamental ordenará obedecer a quien tenga la capacidad de imponer la norma: “El problema central de la Teoría Pura es determinar cuándo debemos presuponer la existencia de una Norma Hipotética Fundamental que le otorgue validez a un sistema jurídico. Es decir, es el antiguo problema que está presente en la filosofía política y del derecho que consiste en establecer algún tipo de criterio que permita diferenciar a un Estado de un grupo de ladrones. Asimismo, también consiste en la dificultad de determinar si una revolución, que tiene por objetivo el cambio de un sistema jurídico por otro, es exitosa o no. En estas dos situaciones se evidencia la tensa relación entre los principios de la validez y la eficacia y la Norma Hipotética Fundamental. Kelsen intenta resolver esta tensión sin caer en la falacia del Derecho Natural, pero incurre en varios argumentos contradictorios y poco claros⁹⁵”.

⁹⁴ Validez, eficacia y la norma hipotética fundamental en el pensamiento Hans Kelsen, Benjamín García Holgado, http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0050_p-d-politica-y-filosofia.pdf

⁹⁵ Validez, eficacia y la norma hipotética fundamental en el pensamiento Hans Kelsen, Benjamín García Holgado, http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0050_p-d-politica-y-filosofia.pdf

2).- El problema más serio que encuentra Schmitt en el normativismo es su deliberado desconocimiento de las relaciones de poder que se dan en dentro del orden social y que repercuten inevitablemente en la estructura legal. El jurista se ocupará sólo del proceso de sistematización y racionalizaciones de las proposiciones normativas. La limitación estructural del normativismo surge de la imposibilidad de responder a la pregunta fundamental: “¿quién decide?”, “¿quién decide en la situación concreta qué es conforme a derecho?”

II.7.- La legalidad y legitimidad como límites del normativismo

Un punto desarrollado ampliamente por Schmitt es, a propósito de los cuestionamientos al normativismo, la distinción entre legitimidad y legalidad. La normatividad hace profesión de fe de la legalidad, entendida como legitimación legal-racional⁹⁶. El derecho es pura técnica jurídica, desprovisto de elementos éticos y políticos. El problema surge cuando se pretende equiparar legalidad con legitimidad: quienes sostienen esta posibilidad argumentan que toda decisión política es válida si reviste formalidades jurídicas. Para Schmitt, se debe superar este concepto mediante una apelación a la legitimidad entendida en términos sustantivos.

II.8.- Estado de derecho y soberanía

En la relación entre el estado de derecho y soberanía hay dos momentos: 1).- el Estado de Derecho tiene su origen en una decisión, esto por el carácter fundacional que se le asigna a la decisión política de crear un orden social y legal nuevo, 2).- luego que la decisión produce la norma, ésta también impone sus exigencias al legislador, quedando el mismo sometido a la legalidad que él mismo ha configurado.

⁹⁶ Tal como elaboró Max Weber

El legislador queda sometido a su propia creación, a las reglas que él mismo ha dictado. La norma una vez dictada, debe valer también frente a la voluntad del que la ha impuesto; si no, no se podría conseguir la ordenación y estabilización de las relaciones de poder en el espacio que el Estado controla. Así, el objetivo del legislador mediante el Estado de Derecho es que su decisión siga valiendo de modo fijo e inquebrantable como norma, por tanto, el legislador estatal también se somete a la ley por él puesta y a su interpretación. Éste es el Estado de Derecho, un estado legal, una forma política que coloca el interés de la seguridad jurídica por sobre la justicia.

Carl Schmitt define al Estado de Derecho como un Estado que se halla totalmente bajo el signo del derecho, cuya voluntad suprema no se llama Rex sino Lex; una comunidad en la que las relaciones entre los individuos, no solamente entre sí, sino sobre todo con el poder estatal, se determina a través de los preceptos legales; en el que entre gobernantes y gobernados todo sucede según el derecho y no según el “tel est notre plaisir” de los gobernantes. El orden jurídico debe mantenerse inviolable y la ley debe aparecer como un poder que está ordenado por encima de la voluntad tanto de los gobernados como de las personas que gobiernan.

Carl Schmitt emplea de manera intercambiable las expresiones Estado de Derecho¹ y Estado Legislativo¹. ¿Qué quiere significar con la expresión Estado Legislativo? Para Schmitt es aquel que está regido por normas impersonales, generales y predeterminadas y en él la elaboración de la ley y la aplicación de ella corresponden a diferentes órganos del Estado. Ésta es la definición de lo que hasta ahora se ha llamado Estado de Derecho. En definitiva, en el Estado de Derecho las competencias del poder estatal están fijadas por la ley positiva y sus atribuciones están claramente delimitadas y predeterminadas, por tanto, sus actos son impersonales, objetivos y previsibles. Pero puesto que una ley no puede aplicarse o ejecutarse a sí misma y no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; tampoco puede por sí sola nombrar o designar a las

personas concretas que deben aplicarla e interpretarla. En efecto, ninguna norma, ni superior ni inferior, se interpreta y aplica, se protege o salvaguarda por sí misma; y tampoco hay ninguna jerarquía de normas, sino tan sólo una jerarquía de hombres e instancias en concreto. Así, tras la aparente despersonalización de la ley y de la frialdad del imperio del derecho sigue operando la voluntad humana y sus respectivas valoraciones e intereses. Desde el punto de vista meramente formal, y sin querer trascender a éste, el Estado de Derecho no sería otra cosa que “un aparato de aplicación de normas, para el uso del cual se precisa, más que una formación jurídica, un conveniente aprendizaje técnico

El Estado de Derecho parte, generalmente, del supuesto de que imperio de la paz social y la concordia política interna y son, precisamente, condiciones óptimas las que le permiten aplicar sus normas sin riesgo de desobediencia ni de impugnación. Tales supuestos no son utópicos, más bien son insólitos. En efecto, la experiencia histórica demuestra que en los momentos de crisis, cuando la pugna entre los antagonistas alcanza el umbral de la hostilidad, los sujetos involucrados en un diferendo impugnan la legalidad vigente, la legitimidad de los veredictos y las intenciones de los jueces.

La doctrina del Estado de Derecho niega el caso excepcional, porque concibe al orden jurídico como un sistema de reglas autosuficiente que puede resolver todos los problemas a partir de las normas. A este supuesto se le puede objetar que, por muy previsor que sea el legislador, siempre existe la posibilidad de que se presenten situaciones que escapen al ordenamiento normativo. Desde el punto de vista formal, en síntesis, el Estado de Derecho se caracteriza por poner en un lado la norma y en otro lado, y separado de ella, la ejecución de la norma. De ahí nace su peculiar sistema de legalidad, del que puede decirse con cierta justificación que en él no mandan hombres ni autoridades, ni acaso tampoco los cuerpos legislativos, sino que tan sólo rigen normas

desligadas de ellos. Pero, como se explicó anteriormente, tras él se ocultan las relaciones de poder; por consiguiente, una de las finalidades políticas del Estado de Derecho es intentar disimular o encubrir las auténticas relaciones de poder, bajo la apariencia de la impersonalidad, objetividad y neutralidad de las normas.

II.9.- La soberanía y su relación con el estado de excepción y la dictadura

Como sostiene Zarka, la idea de soberanía en Schmitt está ligada a dos conceptos: estado de excepción y dictadura.

Con respecto a la dictadura, Schmitt decanta el concepto soberanía en el de dictadura. Si conceptualiza al soberano como el que decide el estado de excepción, también en su concepto de dictador incorpora el elemento decisionista: un hombre que detenta el poder de decidir sin tener que consultar a ninguna otra instancia y de ejecutar inmediatamente sus decisiones. Comenta Zarka al respecto: “Comienzo por la idea de dictadura porque me parece la más débil y la más fácil de evacuar. En su libro *La Dictadura*, Schmitt concibe dar cuenta de la noción y de la historia de la soberanía por la de dictadura entendida como “un tipo de mandato que, por principio, es independiente del consentimiento o de la comprensión del destinatario y que no espera su aprobación”. Visto en este sentido, según Schmitt “la convergencia de estos tres elementos - racionalismo, tecnicidad y poder ejecutivo-, en dirección de la dictadura (...) marca el principio del Estado moderno”. A través de la distinción entre dictadura comisarial y dictadura soberana, Schmitt busca definir la estructura del Estado moderno. Lo que está en juego en el rebajamiento de la soberanía en la dictadura es por tanto, muy importante, se hace a través de la definición del dictador como “un hombre que detenta el poder de decidir sin tener que consultar a ninguna otra instancia y de ejecutar inmediatamente sus decisiones”. Es evidente que Schmitt va a examinar el concepto hobbesiano de soberanía a la luz de su concepto de dictadura: “Según Hobbes, el

soberano determina lo que es útil y lo que es perjudicial para el Estado y, en la medida en que los hombres son motivados por sus representaciones del bien y del mal, de lo útil y perjudicial, se sigue de ello que el soberano debe igualmente decidir sobre las opiniones de los hombres (...) Es la razón por la cual, en Hobbes, el Estado por la misma Constitución es una dictadura, en el sentido que, naciendo del bellum ómnium contra omnes, tiene como fin permanente el impedir esta guerra que estallaría siempre de nuevo si el hombre estuviera liberado de las presiones que el Estado ejerce sobre él". Es por tanto porque la ley tiene por fundamento una decisión que tiene por objeto el interés del Estado que, según Schmitt, la concepción hobbesiana del Estado es en su esencia dictatorial: "Desde el punto de vista normativo, la decisión, contenida en la ley, nace de la nada". En Hobbes, el poder del soberano reposa sobre un acuerdo tácito pero real de los individuos que orienta según Schmitt esta concepción del poder hacia la dictadura soberana: "La soberanía nace de la constitución del poder absoluto por el pueblo. Esto nos recuerda el sistema del cesarismo y de la dictadura soberana, cuyo fundamento es una delegación absoluta". De este modo, la concepción de la soberanía en Hobbes se sitúa, según Schmitt, entre la dictadura comisarial que encontramos en Bodin y la dictadura soberana que está ligada a la idea del consentimiento del pueblo a partir de la Revolución francesa. Hobbes pone el dedo sobre el problema de la dictadura soberana "pero -añade Schmitt- eludiendo la consecuencia última debido a la distinción entre la soberanía en sí misma y su ejercicio".

¿Cuál es la pertinencia de esta lectura schmittiana? Para juzgarlo con validez, es preciso volver a los pasajes no muy numerosos donde Hobbes hace intervenir un análisis de la dictadura. En el capítulo XIX del Leviatán, Hobbes hace intervenir la figura del dictador en la función que poseía en la Roma antigua. Así, según él, al igual que los niños tienen necesidad de un tutor o de un protector, "incluso la asamblea soberana de las grandes Repúblicas tiene necesidad, cada vez que surgen grandes peligros, o disturbios importantes, de custodes libertatis, es decir, de dictadores,

protectores de su mandato, que son de hecho unos monarcas temporales a los cuales las asambleas a veces confían, por un periodo de tiempo, el ejercicio integral de su poder”. Todo el esfuerzo de Hobbes es, por tanto, mostrar que el dictador corresponde esencialmente a una figura política ambigua: se dice por un lado que ejerce la soberanía, pero también se dice por otro lado que no detenta ese poder. Por consiguiente, contrariamente a Grotius, para Hobbes es imposible ejercer una soberanía que no se posee. Es el desconocimiento de las reglas que rigen el artificio político lo que da nacimiento a la figura del dictador. Lo cual quiere decir que mientras la definición de la soberanía es plenamente asumida, la figura ambigua del dictador se desvanece. Ésta no tiene otra función para Hobbes que mostrar cómo la democracia se transforma necesariamente en monarquía pasando por el estadio intermedio de una sumisión a la figura política imperfecta de un dictador demagogo. En consecuencia, lejos de que la soberanía hobbesiana sea dictatorial en su esencia, ella es más bien la supresión de la figura incompleta y políticamente caduca de la dictadura⁹⁷.

Con respecto a la excepción, es otra noción que Schmitt utiliza para dar cuenta de la soberanía. Con esta definición abre el libro *Teología política* de 1922: “Es soberano el que decide de la situación excepcional”. Para Schmitt, la soberanía está asociada a un concepto límite, que surge dentro de la excepcionalidad al orden social y normativo normal, y que no encuentra limitaciones de ningún tipo. Zarka menciona: “Según Schmitt, contrariamente a lo que sucede en el Estado de derecho burgués, en donde la soberanía está sujeta y sometida a unos controles asegurados por las diferentes instancias que se equilibran y se temperan, la plena aceptación de la soberanía implica que ésta interviene sin estar sometida a un control o a un recurso cualquiera. Según Schmitt, el estado de excepción permitiría de este modo extraer en su pureza la definición de la

⁹⁷ Yves Charles Zarka, Carl Schmitt, Una lectura antimoderna de la modernidad: la triple traición a Hobbes, Université La Sorbonne, Traducción de Juan Carlos Orejudo Pedrosa, www.revistadefilosofia.com/45-03.pdf, pág. 64-65

soberanía, así como la evidencia de la fundación de un orden jurídico normativo sobre una decisión concreta: “Todo orden reposa sobre una decisión, e incluso el concepto de orden jurídico que empleamos sin reflexión como una cosa que nos parece indiscutible encierra la oposición de dos componentes de lo jurídico. Incluso el orden jurídico reposa, a la manera de cualquier orden, sobre una decisión y no sobre una norma”. En consecuencia, Schmitt intenta sostener su definición de la soberanía mediante la situación excepcional haciendo referencia a los dos inventores de la noción moderna de soberanía: Bodin y Hobbes⁹⁸”.

II.10.- Dimensión jurídico-constitucional del decisionismo: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?

Un ejemplo claro de las consecuencias jurídico-políticas del decisionismo la encontramos en el debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, a propósito de quién debe ser el defensor de la constitución. La defensa de la constitución consiste en la preservación de la sociedad, de la existencia política de un grupo de personas mediante la salvaguarda de la decisión constituyente de su modo de ser. La defensa o protección de la constitución, en tal sentido, exige un reconocimiento del sujeto que ejerce el poder y que toma la decisión para preservar la esencia de la constitución. No es una cuestión que puede exigir una resolución jurídica, o conforme a los canales formales.

Para Schmitt, en el planteamiento de Kelsen hay una incompatibilidad entre función de defensa de la constitución y órgano al cual se encomienda esa función. La función de defensa de la constitución es una función política. La función política y la función jurisdiccional son funciones de naturaleza distinta y, por ello, deben ser conferidas a órganos diferentes. La función jurisdiccional sólo se orienta a la aplicación de preceptos jurídicos, según lo postulado por Schmitt. Cuando el

⁹⁸ Yves Charles Zarka, Carl Schmitt, Una lectura antimoderna de la modernidad: la triple traición a Hobbes, pág. 66.

juez deja de realizar una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente. Así, todo aquello que va más allá de la actividad de subsunción de hechos en los supuestos de hecho de las normas es función política, tal como sostiene Schmitt. El trabajo legislativo y la conducción política son funciones políticas que no corresponden a los jueces, sino al parlamento y al gobierno.

La garantía o defensa de la constitución, schmittianamente, es una función política que se debe desempeñar un ente que cuente con la legitimidad necesaria y que esté por encima de las pugnas partidarias (que tienen un carácter desintegrador, sin posibilidades de llegar a un acuerdo pleno por privilegiar la discusión pública racional, antítesis de la decisión política schmittiana). En el contexto de la República de Weimar, la única institución que podía proteger la constitución era el presidente del Reich

La propuesta kelseniana, la creación de un tribunal constitucional, es decir, un órgano con las características de cualquier otro órgano jurisdiccional, no tendría legitimidad ni fuerza para llevar a cabo la función política de protección o defensa de la constitución, en opinión de Schmitt.

Situación distinta a la del presidente del Reich, quien tiene todas las cualidades para ser el guardián o defensor de la constitución de la Alemania de Weimar: posee la adecuada y necesaria legitimidad democrática al ser elegido directamente por el pueblo alemán.

II.11.- Dimensión política del decisionismo: estado de excepción

Como analizamos anteriormente, la política, según parámetros schmittianos, debe ser percibida en términos de normalidad y excepcionalidad. La normalidad puede ser definida como un orden sociopolítico que existe y se desenvuelve con regularidad, sin conflictos desintegradores en el

ámbito interno ni atacado exteriormente. La excepcionalidad, en cambio, es toda aquella situación que establece una interrupción del orden social y jurídico existente.

Como ejemplo histórico de la situación de normalidad encontramos el consenso europeo sobre el Estado de Bienestar, que produjo una considerable estabilidad política entre las décadas de los 50 y 60. Y como ejemplo de la situación de excepcionalidad tenemos las revoluciones inglesa, americana y francesa, la guerra de Secesión norteamericana y la Revolución de Octubre.

A diferencia de los clásicos modernos de la filosofía política (Bodin, Hobbes, Rousseau) para quienes la soberanía es una cualidad del sujeto político que se caracteriza por tener un conjunto de atribuciones y potestades, dentro de las cuales, la más importante, es la potestad de dictar normas abstractas, Schmitt establece que soberano es la persona que decide sobre la situación excepcional, estableciéndose así que la figura del soberano aparece cuando se pasa de la normalidad a la excepcionalidad, cuando aparece el estado de excepción. El soberano decide sobre si se dan o no los presupuestos fácticos del estado de excepción y la forma de afrontar tal excepción.

Para Schmitt, el soberano tiene dos alternativas: la creación de un nuevo orden jurídico-constitucional o la restauración o preservación del existente. Cuando el soberano decide sobre el estado de excepción suspende la vigencia del derecho positivo, que regiría en condiciones de normalidad. Esto en cuanto, según la tesis schmittiana, la decisión soberana busca restaurar o crear un nuevo orden y la vigencia del derecho podrían ser un obstáculo para tal objetivo. Así, en el estado de excepción, el objetivo central es realizar lo necesario para alcanzar el resultado fáctico, el nuevo orden o la nueva realidad sociopolítica.

En la decisión soberana no se puede olvidar el fundamento de lo político (diada amigo-enemigo) y lo ineludible del conflicto político. En tal sentido, la decisión soberana no elimina “lo político”, no

neutraliza completamente los rasgos de la política moderna, sino que los canaliza hacia un enemigo que permite reforzar la cohesión interna en el espacio estatal en lugar de destruirla. Así, la política moderna subsiste como amenaza de destrucción de orden, pues la paz relativa establecida en virtud de la decisión soberana siempre puede quedar desbaratada por la guerra civil o una guerra total entre estados (el estado de excepción es también guerra civil o guerra total entre estados) y también subsiste como fuente de orden (a través de la designación soberana de un enemigo interno o externo que refuerza la cohesión interna entre los súbditos del estado). En conclusión, lo que parece hacer la decisión soberana schmittiana es proyectar, dirigir, el conflicto político existencial hacia un enemigo político interno o exterior que refuerza la cohesión social dentro del territorio estatal, que refuerza, por decirlo así, la cohesión nacional. Y, para Schmitt, esta es la única vía moderna para neutralizar la guerra civil permanente en la cual se vería sumido el mundo moderno sin ese remedio.

El problema real y actual del estado de excepción se produce cuando deja de ser el momento total de lo político, el momento de su reivindicación, de su esencia arquitectónica, y se convierte en técnica de gobierno (aparición del Estado policial).

III.- La limitación teórica y política de la soberanía: Soberanía y crisis del estado

La crisis del estado es también la crisis de la política y la crisis de la soberanía. El estado dejó de cumplir su fin básico, el rol securitario, función fundamental de acuerdo a la visión natural-ordenalista. Dado que su crecimiento desbordante, totalitario y nihilista, genera caos, desorden e inseguridad, adaptándose mal a las nuevas realidades. El Estado se encuentra en una situación de crisis estructural que afecta a las sociedades contemporáneas. En tal sentido, es importante establecer como la crisis del Estado afecta directamente el concepto de soberanía.

Las causas de la crisis pueden determinarse en:

1.- Causas internas:

- La crisis de la ideología: Dado que la ideología⁹⁹ sostiene al Estado Moderno, la crisis de la misma lo ha desnaturalizado. La postmodernidad cuestiona radicalmente los metarrelatos y la ideología se adscribe como uno de ellos. Se da un grave problema de ilegitimidad, ya que la autorictas (autoridad como fuente de legitimidad) no se encuentra ni en la Iglesia ni en el Estado¹⁰⁰. La soberanía se insertaba dentro del relato de la modernidad, el elemento que servía como justificación para legitimar a los nuevos estados que se sobreponían a las guerras religiosas. Con el despotismo ilustrado, la soberanía llega a su paroxismo. Con la crisis el estado (en cuanto crisis del discurso de la modernidad) se produce la crisis de la soberanía, su factor legitimante.
- Transformación del Estado Providencia al Estado de Partidos: la política, que antes respondía a los imperativos de la estatalidad, ahora se convierte en una mera gestión de los intereses de la sociedad política. Combinado con el impulso llevado por la denominada “democracia social”, los políticos de los partidos políticos se relacionan con la sociedad patrimonialmente, es decir, como “extraños propietarios feudales¹⁰¹”. El Estado se divide

⁹⁹ La nación, los intelectuales, la opinión pública, todas estas formas de legitimación se ven vaciadas de contenido con la crisis de la modernidad y de las ideologías.

¹⁰⁰ Al respecto, es importante añadir para dilucidar esta situación, que actualmente el Estado ha perdido su capacidad estimulante de ser el gran transformador de la realidad social (como ocurría en la época de las grandes utopías políticas) y se ha convertido en un ente que debe ser limitado necesariamente ya que su intervención deviene ineficiente y causa daños a la sociedad (fundamentalmente económicos).

¹⁰¹ Dalmacio Negro Pavón, La tradición liberal, pág. 256.

en feudos, los cuales son administrados por los políticos, situación que se equipara a la relación que tenían en el medioevo los señores feudales con los demás ciudadanos. La soberanía exige la unidad de la forma política. El sistema de partidos políticos atomiza el todo, quebrando la unidad y constituyendo a los partidos entidades que pretenden lograr la hegemonía social. Así, y bajo la perspectiva schmittiana, el sistema de partidos políticos es un riesgo para la unidad política, y se corre el peligro de que surjan partidos políticos totalitarios.

- Se debe agregar a esta situación que la relación entre los políticos y los administrados no es política, sino administrativa: Se elimina la política de todo ámbito, incluso del Estado, ya que su racionalidad no es la antigua *ratio status*, sino es administrativa. El Estado deja de proteger la libertad política y de dirigir o gobernar la sociedad, y se convierte en un mecanismo que crea pautas de comportamiento y las impone a la sociedad. Al convertirse la política en administración, se termina por arrinconar la política de la sociedad, reemplazándola por la tecnocracia. La soberanía deja así de legitimar un estado que responda a intereses nacionales, y se convierte en la formalidad jurídica que necesita el gobierno elitista de la tecnocracia. La soberanía como factor político desaparece, y se convierte en un mero elemento jurídico-constitucional legitimante del poder nacional.
- La corrupción: Como consecuencia del crecimiento (cuantitativa y cualitativa por la técnica) y la feudalización del Estado ("feudalización a favor de la sociedad política¹⁰²"), surge el problema de la corrupción. Sin embargo, la causa fundamental de la corrupción es

¹⁰² Dalmacio Negro Pavón, *La tradición liberal*, p. 260.

“la destrucción de las tradiciones de la conducta por el Estado¹⁰³”, ya que la tradición da a las personas un fundamento cierto y certero de las acciones que realiza y mediante ellas pueden resistir a la corrupción; y el Estado elimina las tradiciones mediante la imposición de la cultura estatal o democracia cultural estatal. Esta situación y el excesivo crecimiento y complejidad administrativa, hacen considerar a Dalmacio Negro que “la causa intrínseca de la corrupción es el Estado mismo”. El crecimiento voraz del Estado produce que la línea difusa que separa lo público-estatal de lo privado se elimine, produciéndose una confusión entre el ámbito de ejercicio soberano del estado y su intromisión a ámbitos que no le pertenecen.

2.- Causas externas:

- Básicamente las revoluciones económicas, tecnológicas, industriales, etc., a escala planetaria, que son inevitables e incontrolables.
- El desplazamiento de la “gran política” de Europa hacia el Pacífico (Estados Unidos), desplazamiento que podría ser interpretado como una debacle de Europa como actor político planetario y de su elemento indiscutido: el Estado en su forma de Estado Fiscal de Bienestar (omnipresente y costoso, y por tanto ineficiente). La soberanía es un producto europeo. La crisis del Europa como afecta a su principal forma de organización política y a su elemento justificador.

Otros factores que permiten entender y establecer teóricamente la crisis del Estado actual son:

¹⁰³ La tradición liberal, p. 256.

1).- La estatalidad descansa doctrinalmente en la nación política (circunscrita al espacio estatal) pero durante toda su historia entra en permanente contradicción con la nación histórica¹⁰⁴, la conformada por elementos objetivos como la historia común, antepasados, la religión común, y de elementos subjetivos, siendo el más importante la voluntad de permanecer en ella; constituyendo un ente hostil para las naciones, ya que en su pretensión de circunscribirlas y someterlas soberanamente ha generado caos. Como sostiene Luis María Bandieri, “El Estado moderno se establece sobre las patrias concretas de geografía variable y sobre los diversos agrupamientos étnicos que antes se denominaban naciones¹⁰⁵”, así, el Estado impone su aparato administrativo sobre las diversas étnicas, buscando un equilibrio entre ellas y su unión mediante la creación de una serie de iconos (la bandera nacional, el himno nacional, la creación estatal de una historia heroica común): las naciones se convierten en “victimas del Estado¹⁰⁶”. La soberanía deja de ser el poder del estado emanado del pueblo y se convierte en el elemento que justifica la imposición hegemónica del estado en circunscripciones que no debería intervenir, por no pertenecer a la nación histórica propiamente. La soberanía se convertiría en elemento justificador y forma de violencia política en las naciones que no pertenecen a la nación histórica.

¹⁰⁴ “Secuestradas por el estatismo, las naciones adolecen de vitalidad”. Dalmacio Negro Pavón, Religión y Política: El Cristianismo en Europa, p. 11.

¹⁰⁵ Luis María Bandieri, Patria, Nación, Estado et quibusdam aliis, p. 8.

¹⁰⁶ La tradición liberal, p. 262.

En el nuevo orden mundial, producto de una revaloración de las costumbres autóctonas¹⁰⁷, se reafirman las naciones históricas (“parece que vuelven al primer plano las naciones¹⁰⁸”), las cuales se encuentran limitadas (y en muchos casos oprimidas) por los Estados. El posible sistema político mundial estará dominado por grandes espacios denominados civilizaciones que deberán convivir en un permanente equilibrio político, sin renunciar a sus identidades¹⁰⁹.

2).- El Estado ya no garantiza la seguridad política indispensable ni la seguridad social y total: el Estado se ve imposibilitado de establecer (mínimamente) la seguridad social y total, debido fundamentalmente a fenómenos internos como la crisis fiscal del Estado, la ineficiencia de su burocracia, el surgimiento de facciones revolucionarias que propugnan un cambio total de las estructuras sociales; y de fenómenos externos como el terrorismo internacional, los problemas económicos con repercusiones mundiales, y la crisis de gobernabilidad internacional. La soberanía buscaba justificar al Estado en su intento de sobreponerse a las guerras de religión, constituyendo en un ente neutral para tal fin. Se buscaba dar seguridad a las jurisdicciones evitando la guerra civil. Actualmente el Estado no puede garantizar los fines securitarios para los cuales fue creado.

¹⁰⁷ También Samuel Huntington sostiene, al respecto, que: “la cultura y las identidades culturales, que en su nivel más amplio son identidades civilizacionales, están configurando las pautas de cohesión, desintegración y conflicto en el mundo de la posguerra fría”. Samuel Huntington, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Buenos Aires 1997, p. 20.

¹⁰⁸ La tradición liberal, p. 262.

¹⁰⁹ Carl Schmitt en 1950 (en pleno predominio del bipolarismo de la guerra fría) avizoró “la posibilidad de un nuevo nomos del planeta conformado por una pluralidad de “grandes espacios”. En una conferencia posterior, Schmitt habría de volver sobre el tema, subrayando su convicción de que, incluso en el tiempo global, la pluriversidad de unidades políticas prevalecería sobre un dominus orbi”. Carl Schmitt, *El nomos de la tierra* (con prólogo de Luís María Bandieri), Editorial Struhart y Cía, Buenos Aires, p. 17.

También la misma sociedad ha perdido el norte y exige del Estado labores que no le competen propiamente (o no dentro del marco de la tradición liberal): El excesivo crecimiento del Estado lo desorganiza todo y hace que la sociedad busque lograr sus múltiples fines e intereses mediante la actividad estatal, en lugar de solicitar del Estado el cumplimiento de su única finalidad: la seguridad política. Sostiene al respecto Negro Pavón: “es una manera de describir lo que afirmaba ya hace mucho tiempo Carl Schmitt, cuando la situación todavía no era tan grave: que el Estado ha caído definitivamente en manos de poderes indirectos que utilizan sus ventajas y se reparten sus beneficios. Schmitt no conoció el actual Estado de Bienestar, que con el pretexto de la justicia social invade todo, con lo que la Sociedad penetra dentro de él y los poderes y grupos de presión de la sociedad -sin olvidar la propia burocracia estatal- lo explotan. Con ello, el Estado deja de ser neutral y ya no garantiza objetivamente la seguridad, que por eso no debiera ser más que la seguridad política (vida, propiedad, justicia y defensa frente al exterior)¹¹⁰”.

3).- Crisis de la representación: La representación es el elemento central en la democracia política contemporánea. Pero actualmente el Estado no representa a la sociedad, más bien el Estado de Partidos pretende absorberlo y penetrarlo completamente¹¹¹. Así, también, el Estado posee una razón particular, respondiendo sólo a su necesidad e imperativos (la nueva razón de Estado), y por otra parte, a los caprichos de la sociedad política (producto de la feudalización de la sociedad política, sustituyendo, finalmente, la partidocracia a la nación): “Se encuentra muy extendido el sentimiento de su inautenticidad y, lo que es aún peor, el de

¹¹⁰ Comunicación personal con Dalmacio Negro Pavón vía correo electrónico. 5 de Octubre del 2005.

¹¹¹ Menciona al respecto Negro Pavón: “...en aquel tiempo (los príncipes) trabajaban, quizá sin saberlo, para la estatalidad y contra sí mismos; ahora, sabiéndolo, trabajan los gobernantes para sí mismos y sus sociedades políticas, sirviéndose del mito del Estado, que se afirmó en aquella época”. La tradición liberal, p. 173.

su inutilidad, por la incapacidad del pueblo para influir en el gobierno, por una parte demasiado tecnificado y, por otra, excesivamente dependiente de la sociedad política que genera el Estado¹¹².

La libertad política implica el ejercicio del pacto, acuerdo o compromiso político, como instrumento para lograr la estabilidad política y el buen gobierno (o como llaman actualmente, la gobernabilidad democrática). Este instrumento político legítimo que descansa en el diálogo y que presupone un auténtico gobierno representativo, es pervertido por la estatalidad y se convierte en “consenso pseudopolítico”.

4).- El fin de las ideologías: La estatalidad se legitimaba mediante la ideología. Sostiene Bobbio al respecto: “En la formación del Estado moderno, el poder ideológico, que pertenece tradicionalmente a la Iglesia, constituye durante siglos un poder separado del poder político, y a menudo en lucha con él: uno de los instrumentos de dominio del Estado totalitario actual es el monopolio de la ideología, la ideología del Estado, expresión que reproduce la fórmula “religión de Estado”, propia de los Estados confesionales, que vuelven a introducir la distinción entre ortodoxos y heréticos, y permite considerar como desviación o directamente como traición toda divergencia de la doctrina oficial¹¹³”. La crisis de la ideología implica un cuestionamiento a su autoridad: deslegitima el Estado al ser incapaz de generar mitos que susciten adhesiones.

¹¹² La tradición liberal, p. 261.

¹¹³ Norberto Bobbio, Igualdad y libertad, Paidós, Barcelona 1993, p. 140-141.

Las ideologías muestran sus limitaciones al intentar constituirse en criterios fundantes y legitimantes de la sociedad. Por eso, una posibilidad para los diversos regímenes es un retorno a la religión como fuente de legitimidad: “La religión es siempre fuente de legitimación. Las ideologías se presentan también como legitimadoras y son por eso religiones seculares. En puridad, toda legitimidad tiene connotaciones religiosas, sagradas: “hay algo de milagroso en la conciencia de legitimidad” decía Benjamín Constant. Incluso en la legitimidad democrática que presenta Max Weber como racional. El mundo del laicismo se había legitimado mejor o peor hasta ahora mediante el nacionalismo u otras ideologías y religiones políticas, en realidad por las pasiones que eran capaces de suscitar, que son más fuertes que las doctrinas¹¹⁴”. La soberanía es parte del discurso político moderno, y en cuanto la modernidad como discurso entra en crisis, la soberanía es sometida a un exhaustivo proceso de deconstrucción, como el que llevó a cabo Kelsen y otros.

5).- La crisis de la modernidad: El Estado, como producto del pensamiento moderno, es afectado por la crítica postmoderna. No puede abstraerse al cambio de mentalidad epocal.

6).- Exigencia de seguridad de la vida privada: por necesidad vital (concerniente a la fijación de los fines últimos de las personas) y por imperativo de la realidad social actual (la protección jurídica y social de la autonomía o esfera privada de la vida privada) es fundamental la protección de la vida privada de las personas. Frente a esta situación, el Estado no protege la vida privada, antes bien, se inmiscuye en lo privado vulnerando la libertad e incluso el derecho a vivir de las personas (no se distingue su deber soberano y el respecto a esa esfera irreductible de privacidad que exige toda persona). No se debe confundir esta protección del

¹¹⁴ Dalmacio Negro Pavón, Religión y Política: El Cristianismo en Europa, p. 24-25.

ámbito privado de las personas con un reconocimiento tácito del individualismo materialista (ejemplificado en el burgués movido absolutamente por el afán de bienestar material), sino la reivindicación de la libertad de la persona de decidir sobre cuestiones últimas, cuestiones que lindan con lo moral y lo espiritual y que forman parte del despliegue de la naturaleza humana y de sus decisiones individuales (dotadas de historicidad): Como ejemplos tenemos la famosas políticas de “planificación familiar” o “control de la natalidad¹¹⁵” que implican la legalización de métodos que atentan contra la vida (vulneración de la libertad de las personas de determinar el número de hijos que desea tener y el modo de regular la natalidad), o por ejemplo la aplicación en España de la asignatura “Educación para la ciudadanía” (que impone la enseñanza de un curso que contiene un claro contenido ideológico y vulnera el derecho de los padres al momento de elegir la educación de sus hijos¹¹⁶), la eliminación de objetos que posean alguna relación con el culto religioso (por ejemplo los crucifijos¹¹⁷ en los colegios alemanes, limitando así la expresión externa o pública de la religiosidad personal y social), el reconocimiento como “matrimonio” de la unión de hecho entre personas de un mismo sexo¹¹⁸ (que atenta contra la institución de la familia, cuyo origen es natural y cuya proyección es social, no estatal), la negación permanente y sistemática de la calidad de persona humana al óvulo fecundado (los que no aceptan que este ovulo fecundado que posee un ADN es una

¹¹⁵ [http://www.arbil.org/\(49\)muje.htm](http://www.arbil.org/(49)muje.htm)

¹¹⁶ “La historia de las ideas políticas y la historia de los hechos políticos enseñan al unísono que, cuando el Estado se propone y quiere actuar y actúa como educador de la sociedad y de la nación y no digamos como educador del hombre, se coloca en la peligrosa pendiente jurídico-política de caer en la tentación de un totalitarismo radical, más o menos encubierto”. Antonio M^a Rouco Varela, “Educación para la ciudadanía: Reflexiones para la valoración jurídica y ética de una nueva asignatura en el sistema escolar español, <http://www.archimadrid.es/princi/menu/vozcar/framecar/conferencias/29052007.htm>

¹¹⁷ <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1995/09/24/sociedad/66319.html>

¹¹⁸ <http://www.aciprensa.com/Familia/homosex-driscrri.htm>

persona humana, han inventado una denominación ambigua: “preembrión¹¹⁹”) y las críticas a la objeción de conciencia¹²⁰.

En búsqueda de protección de las decisiones privadas, empiezan a surgir conflictos entre los diversos grupos sociales, que tienen como origen la reivindicación de principios, fundamentalmente de índole moral. El Estado, que por su expansión y posición en la sociedad no puede eludir resolver las contradicciones suscitadas en la sociedad, interviene politizando estos asuntos que tiene como origen la elección personal de la persona, y producto de esa intervención no logra suprimir las contradicciones, más bien agudiza los conflictos (por eso sostiene Dalmacio Negro que “El Estado se ha convertido en la fuente principal de conflictividad¹²¹”).

El Estado aún pretende respaldar todas sus actuaciones apelando al Bien Común, sin considerar que son una serie de condiciones que se encuentran más allá del Estado: el Bien Común concierne al pueblo, siendo su labor lograr las mejores condiciones para lograr el Bien Común de la sociedad, sin ser nunca una función exclusiva y excluyente del Estado. El Estado no debe servirse de este principio para justificar sus acciones. El Estado coadyuva a la realización de este principio orientador, pero no se apropia de él. Dalmacio Negro entiende “el Bien Común en el sentido clásico, como derivado del principio de justicia, que es lo que justifica el Estado, no del principio de legalidad del que deriva “el interés general o público”. Son cosas cualitativamente distintas. Preserva la libertad política, por lo que es un principio ético, mientras que el de legalidad es

¹¹⁹ Según Sentencia del Tribunal Constitucional Español, el preembrión no tiene derecho a la vida:
<http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/99/oct99/num183/espana/espana1.htm>

¹²⁰ <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLEUR130011995?open&of=ESL-AUT>

¹²¹ La tradición liberal, p. 264.

jurídico político y tiende a garantizar la seguridad¹²²". Es decir, lo que justifica al Estado es la justicia (el preservar el derecho de la comunidad se convierte en su función primordial), no la legalidad. En cuanto a la actividad política, no la monopoliza, solo se limita a dirigirla mediante el gobierno. La soberanía ha sido manipulada por la ciencia jurídica y vaciada de su contenido. Una reinterpretación veraz de la soberanía exige criticar el afán legalista del positivismo y reivindicar la dimensión política de la misma.

"La finalidad de lo Político (la forma política) es la seguridad (como medio para preservar el orden espontáneo o natural basado en la justicia); la de la política es el Bien Común, siendo este el fin del gobierno (y el Bien Común es la realización de la justicia)¹²³".

El Estado, que se apropió del Derecho de la sociedad y suprimió su espontaneidad natural, llega a su fin (el fin de la modernidad y la forma política moderna) con la perestroika¹²⁴ de 1989, que implicó la devolución del Derecho y su espontaneidad natural creadora a la sociedad. En este contexto reaparece "el liberalismo que preconiza el regreso del régimen político natural, espontáneo, frente a los excesos de la política estatal, de que es víctima del propio Estado¹²⁵", y un elemento necesario para la recuperación de este régimen político es el orden jurídico: "El orden jurídico, entendido el Derecho como producto social y propio del pueblo, constituye la condición esencial de un orden político libre. En una sociedad libre, la única seguridad es la que da el

¹²² Comunicación con Dalmacio Negro Pavón, 12 de octubre del 2007.

¹²³ Comunicación con Dalmacio Negro Pavón, 12 de octubre del 2007.

¹²⁴ La perestroika o reestructuración, política aplicada por Mijael Gorbachov, permitió la consolidación y progresiva ampliación de una esfera de libertad y la democratización de la sociedad en la URSS.

¹²⁵ La tradición liberal, p. 265.

Derecho, no las leyes sin Derecho¹²⁶". Para lograr esta situación, para devolver el Derecho a la sociedad, se debe abandonar la concepción normativista y tecnológica de la estatalidad superando la confusión entre Derecho y legalidad (la cual valiéndose de la ley, actúa sobre las personas prescribiendo conductas y limitando su libertad, en lugar de sólo proteger las libertades).

IV.- La aparición de la soberanía en el Perú

El 18 de octubre de 1807 tropas francesas cruzan la Península Ibérica rumbo a Portugal. Tenían como objetivo frustrar la alianza entre Portugal e Gran Bretaña para consolidar el bloqueo continental en contra de la isla, para lo cual se debía ingresar un ejército francés a territorio ibérico, deponer a la Casa Real Braganza de Portugal y repartirse el reino entre Francia y España (estipulaciones todas del Tratado de Fontainebleau, suscrito entre franceses y españoles). La ambición de Manuel Godoy, las pugnas entre los reyes (Carlos IV y su consorte María Luisa de Borbón-Parma) y el príncipe heredero al trono (Fernando VII) y cien mil soldados franceses en territorio español facilitaron la crisis de la monarquía española que provocó la posterior desmembración del otrora Imperio Hispánico.

España se encontraba en una crisis política superlativa. La monarquía se encontró acéfala por la acción de un usurpador. José Bonaparte era el gobernante de facto pero carente de legitimidad. Las colonias debían decidir por jurar lealtad a rey legítimo o rendirse ante la violencia del emperador francés.

En América la situación era compleja. Previa a la crisis de la monarquía peninsular, en las colonias, las reformas borbónicas provocaron una profunda reorganización política dentro del virreinato.

Como menciona Julio Cotler:

¹²⁶ La tradición liberal, p. 265-266.

“La reorganización político-administrativa emprendida por los Borbones fue mucho más allá de la redefinición de las jurisdicciones virreinales y el libre comercio. Ésta se propuso centralizar efectivamente “estos y esos reinos”, implantando normas universales que atacaban, de diferente manera, los viejos y nuevos “derechos adquiridos” de todos y cada uno de los múltiples grupos que conformaban la sociedad estamental y corporativa, con la consiguiente limitación de los poderes locales. En una palabra, los Borbones pretendían constituir en España una monarquía absoluta – fenómeno avanzado en Inglaterra y Francia – atacando las bases patrimoniales sobre las que hasta entonces se apoyaba el Estado. En verdad esta política buscaba reconquistar las colonias para la Corona, que había perdido terreno a favor de quienes en ellas detentaban cargos patrimoniales, a fin de que el Estado español desempeñara un papel del primer orden en el juego internacional¹²⁷”.

Esta nueva situación política provocó la aparición de grupos insurgentes que reivindicaban derechos anteriores y que además se adherían a los principios de organización política del régimen anterior, el de los Habsburgos.

Con la invasión napoleónica a España, muchas ciudades constituyeron juntas que se mantuvieron fieles a Fernando VII pero posteriormente reivindicaron su derecho a la autonomía política, es decir, al autogobierno, y se declararon independientes. Cosa distinta ocurrió en el Virreinato del Perú, bastión del realismo hispánico.

En el Virreinato del Perú gobernaba Don José Fernando de Abascal y Sousa (1806-1816). Abascal, notable militar y político, supo mantener la unidad política y logró establecer como una necesidad para la identidad y el despliegue del virreinato, la continuidad con la estructura monárquica española. Así, los criollos limeños no exigían la separación del virreinato peruano de la monarquía

¹²⁷ Julio Cotler, Clases, Estado y Nación en el Perú, IEP Ediciones, Lima 2005, pág. 75-76.

española sino reformas necesarias para el ejercicio de algunos derechos (básicamente económicos y políticos).

En España surge la Junta Suprema Central, encargada de aglutinar todas las juntas de gobierno y gobernar en nombre del rey ausente, prisionero en Francia. En América surgieron intentos de autogobierno como en Montevideo, Chuquisaca y La Paz pero que fueron disueltas. En Buenos Aires se desarrolla la denominada “Revolución de Mayo” (25 de mayo de 1810), que trae consigo la instauración de la Primera Junta de Gobierno.

Al estallar la revolución, Abascal incorporó al virreinato del Perú las provincias de Córdoba, Potosí, La Paz y Charcas. Asimismo luchó contra los movimientos independentistas: ocupó el Alto Perú y, tras sofocar la insurrección en Chile (1814) y el levantamiento de Quito, reincorporó la capitanía y esta audiencia al Virreinato del Perú. Es importante resaltar la labor que cumplió el General José de Goyeneche, arequipeño, representante de la Junta Suprema de Sevilla y encargado de la proclamación del Rey Fernando VII en los Virreinos del Perú y del Río de la Plata. Goyeneche se distinguió decisivamente en la Batalla de Guaqui, recuperando el dominio de las tropas reales en el Alto Perú y que le valió el título de Conde de Guaqui y Grande de España.

Desde la perspectiva de la construcción del Estado, Abascal fue el primero en concebir una idea de Estado Peruano al mantener la unidad política en el interior, tratando de conciliar los intereses en pugna de los criollos y al generar una política de anexiones y de hegemonía militar en el exterior. En síntesis, el Estado proyectado por Abascal era un estado contrarrevolucionario que buscó fortalecer su autoridad como representante del Rey de España, aplacar la rebelión de los liberales y luchar contra las ideas de la Ilustración. En 1816, Abascal fue relevado de su cargo voluntariamente y sustituido por el general Joaquín de la Pezuela.

La labor de De La Pezuela como virrey (1816-1821) consistió en apoyar al ejército del Alto Perú mientras aguardaba el ataque de San Martín al mando de la Expedición Libertadora desde Chile. No continuó la labor emprendida por Abascal de construir un Estado Peruano contrarrevolucionario. Sin mucha perspectiva política, De La Pezuela se concentró en las labores militares y no en la elaboración de una estructura política.

Pezuela cae en el Pronunciamiento de Aznapuquio. Lo sucede La Serna quien traslada la sede del gobierno de Lima a Cuzco. Entonces la guerra civil se agudizó entre los republicanos (afincados en Lima) y los realistas (establecidos en Cuzco).

En 1820 estalla la Guerra Civil en el Perú. El arribo de San Martín coincide con la rebelión liberal en España. La Expedición encabezada por el General José de San Martín se enfrenta a un régimen jurídicamente constituido, “la monarquía”. Surge aquí una discusión jurídico-política: El régimen de San Martín no era un régimen legítimo, sino de facto. Esto consta en los diversos documentos de la época:

1.- El Reglamento de Huaura¹²⁸ de 12 de febrero de 1821:

“...el cual debe emanar en todas circunstancias de la suprema autoridad que existe de hecho, aun prescindiendo del derecho en que se funde...”.

2.- El Estatuto Provisorio del 8 de octubre de 1821¹²⁹, el artículo 1 de la Sección Segunda, establece un gobierno de facto:

“SECCIÓN SEGUNDA

¹²⁸ <http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1821a.htm>

¹²⁹ <http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1821b.htm>

Art. 1o.- La suprema potestad directiva de los departamentos libres del Estado del Perú, reside ahora en el Protector; sus facultades emanan del imperio de la necesidad, de la fuerza de la razón y de la exigencia del bien público”.

La forma política del protectorado tiene muchas similitudes con la monarquía, dado que se concentra en un solo hombre los poderes y privilegios de la soberanía. Esta forma de gobierno no es extraña. Existía la intención de continuar la forma de gobierno virreinal y hasta se pensó en un príncipe para el Perú. En la Conferencia de Punchauca San Martín planteó al Virrey La Serna la transición del virreinato a una monarquía constitucional encabezada por un pariente de Fernando VI.

Con la permanencia de San Martín en el Perú, entre 1820 y 1822, hubo dos gobiernos inspirados en principios monárquicos, el virreinato y el protectorado.

Con respecto a la obra del Protectorado, lo más importante de San Martín fue iniciar la organización del nuevo país: nombró ministros, promulgó en Huaura un Reglamento Provisional y convocó a una constituyente. El Perú tuvo bandera y escudo. El 12 de agosto se dicta la “libertad de vientres”, o sea de los nacidos de esclavos después de la independencia. Fórmula transaccional porque los esclavos eran no sólo patrimonio de los terratenientes sino necesarios para tener una mano de obra barata. El tributo a los indígenas quedó abolido así como la horca, la pena de azotes y las servidumbres.

Se comenzó a organizar la Biblioteca Nacional, el Museo Nacional y las escuelas lancasterianas. Todo ello cuando el Protector no controlaba sino una parte del antiguo virreinato, es importante como significación de soberanía.

Con la partida de San Martín, la élite política se orientó decididamente por la República.

Antes de abandonar el Perú, San Martín convocó a una Constituyente que elaboró la Ley de Bases de la Constitución Peruana de 1822¹³⁰. En este documento se proclamó:

“Art. 1 Todas las provincias del Perú reunidas en un solo cuerpo forman la nación peruana.

Art. 2 La soberanía reside esencialmente en la Nación: ésta es independiente de la Monarquía española y de toda dominación extranjera, y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia.

Art. 3 La Nación se denominará República Peruana”

Los fundamentos de este documento constitucional tenían ya una impronta ilustrada. Se hace referencia como elemento de legitimación política a la nación. Dentro de la teoría política liberal-ilustrada que dio como producto la estatalidad, la nación ocupaba un lugar central: el estado moderno es nacional: la conciencia de construir una nación surgió en España, en Francia y en Inglaterra en el tránsito del siglo XV al XVI, años en los que aquellos tres pueblos habían alcanzado su unidad territorial y humana: la reconquista de España por los reyes católicos, los triunfos de Francia sobre el imperio y la Iglesia y la unidad auspiciada por el aislamiento de las Islas Británicas, provocaron en cada pueblo la conciencia de que poseía un pasado y un destino histórico común. Y de verdad, el sentimiento de la nacionalidad vivió en el interior de las conciencias individuales y en el alma de los pueblos, de ahí que sea individualista y universalista.

Otro elemento legitimador dentro de la teoría política de la Ilustración es el de soberanía. Esencialmente inspirados en Rousseau: La idea de soberanía del pueblo está unida íntimamente en la historia al pensamiento de Juan Jacobo; de ella podría decirse que constituye la cúspide de la doctrina y que es la fórmula que compendia las exposiciones del Contrato social.

¹³⁰ <http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1822.htm>

La soberanía reside, pues, esencialmente y absolutamente en el pueblo, en la masa amorfa de todos los individuos tomados en conjunto. Y puesto que el estado de sociedad no es natural sino artificial, la soberanía tiene su primer origen, no es Dios, sino en la libre voluntad del pueblo mismo. Todo Estado que no esté construido sobre esta base no es un Estado regido por leyes, un Estado legítimo, sino un engendro de la tiranía, un monstruo que viola los derechos de la naturaleza humana.

La Capitulación de Ayacucho¹³¹ puso fin al régimen monárquico en el Perú y al Imperio Español y provocó una sucesión de estados:

El artículo 1 declara la entrega del territorio y dependencias que poseían las fuerzas realistas a los independentistas (El territorio que guarnecen las tropas españolas en el Perú, será entregado a las armas del ejército libertador hasta el Desaguadero, con los parques, maestranza y todos los almacenes militares existentes). También se da una amnistía (según el artículo 3, cualquier individuo que conforme el ejército español será admitido en el Perú, en su propio empleo si lo quiere).

Con la república aparece el caos, la anarquía. La clase política peruana, la aristocracia criolla, feneció en los castillos del Callao. Es un tópico dentro de las discusiones sobre el proceso independentista que hubo un respaldo total de la población por lograr la independencia nacional. Sólo, piensa convencionalmente, se resistían los pocos españoles que aún quedaban en suelo patrio (como el General Ramón Rodil que se mantuvo atrincherado en la Fortaleza del Real Felipe en el Callao). Pero esta apreciación es inexacta. No existió un consenso total sobre el nuevo régimen. Un ejemplo fue la guerra de los iquichanos.

¹³¹ http://enciclopedia.us.es/index.php/Documento:Capitulaci%C3%B3n_de_Ayacucho

La Independencia originó una crisis de legitimidad dentro del nuevo régimen. En el antiguo régimen la autoridad absoluta e indiscutida era el Rey, de él dependían la ley y la administración. Con la república los gobernantes carecían de toda “autoridad”, sanción moral o legitimidad. Se trató de imponer como elemento legitimante la soberanía popular.

El modelo de república que se instauró fue una forma política con elementos ilustrados pero no jacobina. Una mezcla de presidencialismo norteamericano con centralismo francés (departamentos y prefectos). Al respecto, menciona Bernal Ballesteros:

“Pero con mayores o menores restricciones, lo que se impone en nuestras constituciones es la concepción liberal del Estado y la sociedad, tomando instituciones que provenían unas de la constitución norteamericana como el sistema presidencial, otras del constitucionalismo francés, como todo lo referente a la separación de poderes. Una tercera fuente fue la constitución española de 1812, que, según comentario de Pareja, contribuyó a fortalecer en los patriotas americanos, la fe en la soberanía nacional y en las libertades individuales. Los constituyentes liberales dominaban la teoría liberal y combatieron las tendencias autoritarias con debates doctrinarios basados en las virtudes de la libertad, pero la alternancia de constituciones unas más liberales que otras tienen poco que ver con la situación concreta del país, con las escasas posibilidades de la oligarquía regional y los pequeños núcleos de la burguesía urbana para articular un bloque que se consolidase en el poder y desarrollarse entonces la capacidad de integrar la población y poner en movimiento la economía nacional. Antes bien, liberales y conservadores se encierran en una discusión doctrinaria y propugnan, según Basadre, un “despotismo ilustrado” que se refleja en las constituciones, pero que no resuelve el caos institucional, la ocupación precaria del poder por los caudillos militares y las alianzas igualmente precarias que a nivel

provincial acuerdan los sostenedores de las posiciones liberales o conservadoras, no en función de la defensa de los preceptos constitucionales, sino de intereses más concretos de tipo particular.

De este modo, la implantación del constitucionalismo liberal europeo caía en el vacío, pues la ausencia de condiciones materiales y la lucha política impedían su real aplicación. De conformidad con el patrón europeo, las constituciones peruanas del siglo pasado consagraron que los hombres eran libres y tenían garantizado el acceso a la propiedad; no existía por consiguiente la enajenación personal, los tributo de sumisión, las diferencias por razón de los ingresos. En la práctica subsistía sin embargo la esclavitud, el pago del tributo para los indígenas, las restricciones a la libertad de contratar. Es decir, se prologaban las prácticas del sistema colonial. Situación ésta que prevaleció hasta 1854 por lo menos¹³².

V.- Los límites al concepto tradicional de soberanía en clave schmittiana

Si evaluamos la importancia de la contribución schmittiana a la teoría política y jurídica contemporánea, arribaríamos a la conclusión de que el aporte de Schmitt es trascendental para entender los fenómenos relacionados a la política, al derecho, y a sus manifestaciones contemporáneas, el Estado-nación moderno y el positivismo jurídico. Schmitt realiza un proceso de deconstrucción de los principales conceptos jurídico-políticos, enrocándolos a principios teológico-políticos. Así, para Schmitt los principales conceptos políticos modernos proceden del proceso de secularización. En el caso de la soberanía, Schmitt encuentra un símil entre la decisión soberana y el milagro, en cuanto se está creando un orden político ex nihilo. La soberanía, entendida en términos schmittianos, se remite al momento supremo de la decisión política: quien decide sobre el estado de excepción, sobre la excepcionalidad política, el momento de la aparición de la autoridad política sobre el caos o la anarquía, es el soberano.

¹³² Enrique Bernal B. y otros, *Burguesía y Estado Liberal*, DESCO, Lima 1979, pág. 264-265

Schmitt critica los intentos del positivismo por valerse de la soberanía para legitimar políticamente el orden creado, el denominado estado de derecho que es, bajo la visión de Schmitt, un intento del positivismo jurídico de eliminar la política. En tal sentido, su análisis permite desenmascarar la presunta neutralidad y superioridad ontológica del orden jurídico normativo sobre la política. El positivismo no puede anular a la política porque siempre surgirá el momento excepcional, la situación no prevista por el orden político.

La crítica a la aproximación schmittiana de la soberanía se encuentra en prescindir la existencia de un orden ontológico que configura al hombre y su vida en sociedad. Si bien Schmitt argumenta que el concepto de naturaleza humana determina el orden político (optimismo versus pesimismo antropológico), su visión del hombre como ser “problemático” lo acerca a la visión católica del hombre, un ser caído por el pecado original, redimido por la resurrección de Cristo, pero con libertad de realizar acciones que incluso puedan dañarlo. Schmitt no ahonda en su perspectiva ontológica, lo cual muestra una limitación en su pensamiento político-jurídico.

El hombre, poseedor de una naturaleza que lo determina, exige que la vida en sociedad contemple ciertas condiciones sociales óptimas (bien común) permite el despliegue de su naturaleza social, jurídica y política. Para Schmitt, la política cuando posee una vocación teleológica se vuelve totalitaria (el liberalismo pretende crear una sociedad donde la regulación social surja espontáneamente, producto de la mano invisible y el libre mercado, para el comunismo el objetivo final es la abolición del estado y la construcción de una sociedad sin clases sociales), pero habría que añadir que la política tampoco puede perder su pretensión de configurar un orden social justo y solidario. Si se concibe a la política solamente como la intensidad de una enemistad, podríamos asumir una posición cínica sobre la realidad política. Schmitt demuestra que la política posee una dimensión esencial que evidencia el conflicto (como realidad inevitable), asimismo

critica las pretensiones escatológicas de las ideologías, concibe a la política como la necesidad de neutralizar el conflicto interno y evitar el conflicto externo (sabiendo que la guerra civil y la guerra entre estados es siempre una realidad posible pero no deseable), evidenciando su predilección por el equilibrio político (no puede existir un poder fuera o dentro del estado, que tenga poder decisor pleno). Schmitt destaca la necesidad de entender la política desde el Estado-nación (modelo ideopolítico que está en crisis, pero mientras que no exista otra forma política, continuará vigente), evitando su disolución por la polarización política (la enemistad extrema es el crack de la política). Schmitt acierta en todas estas premisas teóricas, pero no resalta el inevitable rol arquitectónico de la política. La vida en sociedad exige construir sistemas que aseguren la convivencia, el bienestar y el cumplimiento de la política.

El realismo político schmittiano asume a la política desde una perspectiva esencialmente agonal, olvidando que la división amigo-enemigo es una de las dimensiones de lo político, pero nunca la única o exclusiva. Como lo estableció Julien Freund, a la diada amigo-enemigo hay que asumarle dos dimensiones antagónicas más: la relación mando-obediencia que en sí misma encierra una perspectiva política y moral, ya que la obediencia tiene un carácter moral (la obediencia parte de la libre adhesión o voluntad, todo lo contrario a la coacción o al sometimiento), y la relación público-privado, que establece que, es el ámbito público donde se manifiesta “lo político”.

Conclusiones

1.- De acuerdo a lo analizado a la largo del presente trabajo, se constata que la teoría jurídica moderna asume dogmáticamente el concepto de soberanía. Considera al Estado como la suprema forma de organización política, derivándose todos los conceptos jurídico-políticos de esta forma de organización de la vida social. Cuando analiza los conceptos jurídico-políticos más importantes, toma los conceptos como si fueran absolutos y por ello ahistóricos. Al asumir, a priori, estos conceptos, la ciencia jurídica esta anulando toda discusión crítica, y se olvida que el derecho y la política son ciencias autónomas y están sometidas a condicionamientos históricos.

2.- Al analizar a la soberanía desde la teoría política, se constata que la soberanía es esencialmente un concepto político. Surge como especulación a partir de las tesis del absolutismo medieval y como antecedente remoto la figura del dictador excepcional en Grecia. La soberanía es una manifestación fundamentalmente política. Es con la modernidad que se vuelve un concepto jurídico-político. La soberanía, concepto esencialmente político, también se ve constreñido por la lucha secular contra la política, que es el rasgo más característico de la política contemporánea. El arrinconamiento de la política es un proceso sostenido y sistemático, liderado por el positivismo jurídico y el liberalismo político: Con las revoluciones liberales, el estado se ve limitado en su poder por diversas figuras institucionales, como la separación de los poderes y el respeto irrestricto a derechos preestatales (lo del derecho natural racionalista: vida, libertad y propiedad). El positivismo se encarga de confundir al estado y las normas jurídicas, según la conceptualización de Kelsen quien sostiene que el Estado es un conjunto de normas, eliminándose así lo político dentro del ordenamiento socio-jurídico. El positivismo contribuye a la anulación de lo político. Incluye funcionalmente a la soberanía como un elemento del estado. Pero en la praxis es

confundida o reemplazada por la “norma hipotética originaria”, elemento fundamental del positivismo. La tecnificación y el crecimiento del Estado en la etapa denominada “Estado de Bienestar”, en lugar de buscar una recuperación de la política, convierte a la política en la mera gestión tecnocrática de los recursos público-estatales, consolidándose como gobierno administrativo. La globalización limita el poder soberano de los Estado exigiendo una devolución del poder político en dos sentidos: Para abajo otorgando poder a los estados subnacionales (por la revaloración de las identidades, las regiones intraestatales exigen un empoderamiento) y para arriba a los organismos internacionales, entidades suprarregionales y empresas transnacionales.

La esperanza en la salvación terrenal del hombre gracias a la técnica tiene su forma más extrema en el marxismo bolchevique y el anarquista. El proyecto de despolitización total que buscan como objetivo revolucionario estas doctrinas, prevé una sociedad sin derecho, sin política y sin estado en la cual el gobierno político habrá sido desplazado por la “administración de las cosas” y de los hombres, es decir, por la técnica, plenamente objetiva, plenamente racional. Es éste un planteamiento que rechaza toda autoridad estatal y que se funda en la falsedad de la erradicación total de lo político y la consiguiente eliminación del estado. De acuerdo a lo analizado, para Schmitt, ni la política ni el estado son sustituibles por la técnica, puesto que esta última es un instrumento al servicio de cualesquiera objetivos, fines u orientaciones, incapaz de proporcionar por sí misma orden social alguno. De lo que se trata, por tanto, es de restablecer la precaria autoridad del estado, no de minarla.

3.- En cuanto a la limitación teórico-política del concepto moderno de soberanía, se da en lo concerniente específicamente a la relación entre la política, el estado y el gobierno. El gobierno tecnocrático por un lado anula la política y por otro hace crecer exponencialmente al estado. El gobierno de los técnicos o de la administración necesita contar con una maquinaria que le permita

realizar sus experimentos sociales y ejercer con el apoyo de la técnica, el control social sobre la población. El estado, sobre todo a partir del Estado de Bienestar, tiene pretensiones hegemónicas. Invade todas las esferas de la realidad social, usando como fuente de legitimidad el poder que le otorga la soberanía. Así, y de acuerdo a la crítica de Schmitt sobre la naturaleza de la norma originaria kelseniana, existe una utilización de la soberanía en cuanto factor que permitiría justificar la invasión del estado en ámbitos que no pertenecen a la esfera de lo público.

4.- La limitación teórico-jurídica del concepto de soberanía se encuentra en la ficción del estado de derecho y la anulación del análisis de la excepción como momento plenario de la política.

5.- Schmitt contrapone metodológicamente observaciones empíricas frente a especulaciones o abstracciones. Con la formulación de su concepto de soberanía, no promueve una conducta conflictiva o belicista. Se comprueba que la categoría schmittiana debe ser interpretada como la exhortación a una nueva propuesta de convivencia entre actores antagónicos a partir del reconocimiento del conflicto, el cual no se puede abolir o erradicar, ya que tiene como trasfondo la naturaleza problemática e inconstante del hombre. Sólo tras el análisis de la interpretación schmittiana de la política moderna es posible comprender en todo su alcance la noción schmittiana de decisión soberana. La decisión soberana, que instituye el estado, crea, confinándolo en unos límites territoriales precisos, un espacio social despolitizado, políticamente neutralizado, pacificado. Para Schmitt, el estado-nación es la institución que ha hecho posible que las sociedades modernas no queden sumidas en guerras civiles interminables. Al proyectar la enemistad política fundamentalmente hacia el exterior, hacia otros estados, la decisión soberana y el estado han conseguido un cierto grado de despolitización de la sociedad, de neutralización de la violencia política “interna” que no se podría lograr, según Schmitt, de otro modo. Se puede decir, por tanto, que para Schmitt, como intérprete de la política moderna, la guerra es inevitable y el

único camino dejado a los hombres es sustituir la manifestación “anárquica” de “lo político” –la permanente guerra civil- por su manifestación “ordenada” –la guerra interestatal-.



Bibliografía

Libros

Atilio Borón (compilador) La Filosofía Política Moderna, De Hobbes a Marx, Gráficas y Servicios, Buenos Aires 2000.

Benjamin Constant, Curso de Política Constitucional, Imprenta de Compañía, Madrid 1820.

Bernd Rüthers, Carl Schmitt en el Tercer Reich, Editorial Cordillera S.A.C., Lima 2004.

Carl Schmitt, Concepto de lo Político, Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires 1995.

Carl Schmitt, Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2010.

Carl Schmitt, Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos, Madrid 1996.

Carl Schmitt, Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía, Struhart & Cía, Buenos Aires 1988.

Carl Schmitt, Teoría de la Constitución (Versión española de Francisco Ayala), Alianza Editorial, Madrid 1982.

Carl Schmitt, La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria, Alianza Editorial, Madrid 1999.

Carl Schmitt, Catolicismo romano y forma política (traducción española de C. Ruiz Miguel), Tecnos, Madrid 2000.

Carl Schmitt, El nomos de la tierra (con prólogo de Luís María Bandieri), Editorial Struhart y Cía, Buenos Aires.

Dalmacio Negro Pavón, La Tradición Liberal y el Estado, Rigorma Grafic, S.L., Madrid 1995.

Dalmacio Negro Pavón, Religión y Política: El Cristianismo en Europa.

Dolores Marcos, Acerca de los conceptos de política y soberanía en Carl Schmitt y Thomas Hobbes, Revista Foro Interno, 2004.

E. Ventura – A. Domínguez Benavides, Derecho Político Argentino, EDUCA, Buenos Aires 2011.

Eduardo Hernando Nieto, Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa, Fondo Editorial 2000, Lima 2000.

Enrique Bernal B. y otros, Burguesía y Estado Liberal, DESCO, Lima 1979.

Francisco Javier Conde, El saber político de Maquiavelo, Gráficas González, Madrid 1948.

George Sabine, Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, México DF 2000.

Guillermo de Ockham, Sobre el gobierno tiránico del papa, Tecnos, Madrid 2001.

Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho (Traducción de Moisés Nilve), Editions de la Baconiere, Neuchatel, 1953.

Henry Kissinger, La Diplomacia, Fondo de Cultura Económica, México DF 2011.

Iván Garzón Vallejo, Bosquejo del laicismo político, Lettera Gráfica SAC, Lima 2006.

Javier Hervada, ¿Qué es el derecho?, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 2002.

Javier Hervada, Historia de la Ciencia del Derecho Natural, EUNSA, Navarra 1996.

Jean Jacques Chevalier, Las grandes obras políticas. Desde Maquiavelo hasta nuestros días, Temis, Bogotá 1997.

Jorge Dotti – Julio Pinto (compiladores), Carl Schmitt, su época y su pensamiento, EUDEBA, Buenos Aires 2002.

Julien Freund, ¿Qué es la política?, Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires 2003.

Julio Cotler, Clases, Estado y Nación en el Perú, IEP Ediciones, Lima 2005.

Luis R. Oro Tapia, En torno a la noción de realismo político, Revista Enfoques, Vol. VII Nro. 10, 2009, pág. 19-20,

Luis María Bandieri, Patria, Nación, Estado et quibusdam aliis.

María Liliana Lukac de Stier, El fundamento antropológico de la filosofía política y moral en Thomas Hobbes, EDUCA, Buenos Aires 1999.

Marta Morineau y Román Iglesias González, Derecho Romano, Tercera Edición, México D.F. 1993.

Norberto Bobbio, Igualdad y libertad, Paidós, Barcelona 1993.

Pablo Lucas Verdú, Carl Schmitt, intérprete singular y máximo de la cultura político-constitucional demoliberal, Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, Nº 64, 1989.

Pablo Lucas Verdú, “El Estado de Derecho como utopía y realidad. Estado de Derecho e imaginaria constitucional” en Manual de Derecho Político, Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid 1987.

Raúl Ferrero, Ciencia Política (Teoría del Estado y Derecho Constitucional), Grijley, Lima 1998.

Rubén Calderón Bouchet, Formación de la ciudad cristiana, Ediciones Dictio, Buenos Aires.

Samuel Huntington, El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial, Paidós, Buenos Aires 1997.

Thomas Hobbes, Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2005.

Yves Charles Zarka, Carl Schmitt, Una lectura antimoderna de la modernidad: la triple traición a Hobbes, Université La Sorbonne, Traducción de Juan Carlos Orejudo Pedrosa, www.revistadefilosofia.com/45-03.pdf.

Páginas de internet

dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3020053.pdf

<http://revistas.javeriana.edu.co/sitio/papelpolitico/admin/upload/uploads/4.%20Ivan%20Garzon.pdf>

http://190.7.110.123/pdf/5_revistaDerechoDelEstado/numero15/carlosMiguelHerrera.pdf

http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0050_p-d-politica-y-filosofia.pdf

<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>

http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/D/deficit_habitacional_afecta_a_36_de_cada_100_hogares_colombianos/deficit_habitacional_afecta_a_36_de_cada_100_hogares_colombianos.asp

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/amistad-politica-aristoteles-carl-schmitt.pdf>

[http://www.arbil.org/\(49\)muje.htm](http://www.arbil.org/(49)muje.htm)

<http://www.archimadrid.es/princi/menu/vozcar/framecar/conferencias/29052007.htm>

<http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1995/09/24/sociedad/66319.html>

<http://www.aciprensa.com/Familia/homosex-driscr.htm>

<http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/99/oct99/num183/espana/espana1.htm>

<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLEUR130011995?open&of=ESL-AUT>

<http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1821a.htm>

<http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1821b.htm>

<http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1822.htm>

http://enciclopedia.us.es/index.php/Documento:Capitulaci%C3%B3n_de_Ayacucho

Compendios

Compendio Histórico del Perú, Editorial Milla Batres 1993.

Comunicaciones

Comunicación con Dalmacio Negro Pavón, 18 de noviembre del 2007.

Comunicación con Dalmacio Negro Pavón, 12 de octubre del 2007.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LA TEORÍA JURÍDICA Y POLÍTICA DE
CARL SCHMITT, AREQUIPA, 2012.**

Proyecto de tesis presentado por el Bachiller:

JOSÉ MARIO AZALDE LEÓN

Para optar el Grado Académico de:

MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AREQUIPA-PERÚ

2012

I. Preámbulo

El libro Teología Política, Cuatro Ensayos sobre la Soberanía, publicado por primera vez en 1922, y reeditado en los albores del régimen nazi en 1933, otorga a Schmitt las ventajas de haber formulado una visión realista y fuertemente atractiva respecto a la soberanía como un conflicto – o tensión abierta – entre la soberanía del derecho en contraposición a la soberanía del Estado, que finalmente demanda la intervención directa de un esfuerzo que imponga decisiones, tanto en las situaciones de excepción, la administración constante del poder, así como en las crisis políticas.

La discusión de Schmitt comenzó criticando las propuestas de Hans Kelsen quien consideraba al Estado como la encarnación misma del “derecho”, y donde éste representaba una norma altamente valorada como juicio hipotético del deber ser. Este deber ser guardaba no solamente un paralelismo con la tradición teológica, sino que aún a pesar del intento de secularización del derecho mediante el uso de un método científico y una teoría pura de carácter racional, todavía mantenía, según Schmitt, conexiones con un Estado que se presentaba como si fuera el regreso de un orden inspirado en la divinidad. La teoría pura del derecho cultivada por Kelsen, no logró borrar aquel debate en torno a cuándo se demarca completamente el paso de un orden político recibido por Dios, hacia otro orden construido por la Razón de los hombres libres y plenos de autodeterminación.

Carl Schmitt cuestionó esta concepción que identificaba al orden político con el Estado de Derecho por estar encerrada en idealizaciones, que si bien tenían validez teórica, no podían responder claramente cuando descendían al terreno real de la política. La cuestión central se

encontraría en “quién garantiza la toma de una decisión en última instancia”, soportando la responsabilidad del mando y abriendo las puertas al liderazgo como mandato necesario y fuerza material que pone en funcionamiento un gobierno o una autoridad. Para Schmitt, la soberanía sabe tomar decisiones, convirtiéndose en el eje pragmático que expande su vigencia hasta la actualidad porque soberano sería únicamente aquel quien “decide sobre el estado de excepción”.



II.- Problema de investigación:

EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LA TEORÍA JURÍDICA Y POLÍTICA DE CARL SCHMITT, AREQUIPA, 2012.

III.- Marco teórico

Como todo concepto político, el de soberanía es un concepto polémico. Schmitt lo construye polemizando señaladamente con Kelsen, cuya obra estaba destinada, según propia manifestación, a “la eliminación del dogma de la soberanía”. Schmitt empieza por la definición de soberano. Sitúa al lector in medias res, porque, según él, “muchas veces la primera frase decide ya sobre el destino de una publicación”. El camino que va a esa definición es el siguiente: 1).- Forma jurídica y decisión, 2).- Teología Política, 3).- Decisionismo de los teóricos de la contrarrevolución y 4).- el concepto de soberano.

Conceptos básicos:

a).- Estado:

Agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción.

Este concepto puede ser analizado en sus distintos elementos:

1º Agrupación Humana: término sociológico que se refiere a un grupo complejo de individuos. El Estado es una sociedad de personas naturales que constituyen el elemento humano o poblacional del mismo.

2º Territorio: el Estado lo requiere como condición, es determinado, mutable, conocido y con cierta delimitación.

3º Orden social, político y jurídico: el estado surge como una forma de organizar la convivencia, confiere un orden a sus integrantes que les otorga seguridad a sus relaciones al interior del Estado. Supone una realidad social y política a la cual deben ajustarse las normas a dictar por el Estado.

4º Conjunto de autoridades dotadas de poder de coerción: se advierte una diferenciación de funciones al interior del Estado: Gobernantes (autoridades) y Gobernados (confieren legitimidad a los gobernantes). Los Gobernantes tienen facultades para hacerse obedecer en caso de no acatamiento, en último término por la fuerza (por medio de sanciones)¹³³.

b).- Soberanía

En la teoría política, la idea de soberanía es antigua. Ella data desde el siglo XVI y se asocia al surgimiento del Estado moderno. Es usada por primera vez por el pensador francés Jean Bodin, quien la caracteriza como un poder absoluto y perpetuo que reside en

¹³³ Andre Hauriou, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Editorial Ariel, 2ª Edición, 1980, pág. 118

una república. Desde entonces se ha generalizado el uso del concepto de soberanía como atributo del poder estatal.

Es menester afirmar la idea de soberanía limitada por lo menos en dos aspectos: por el fin del Estado, que es el bien público temporal, por un lado, y por otro, por los derechos de las personas que, jurídicamente se contemplan en las constituciones que los Estados se han ido dando desde el siglo XVIII.

A pesar de su asociación con la idea de monarquía, por su origen histórico, el término soberanía pasó del antiguo régimen al constitucionalismo de los siglos XIX y XX. Esto porque la Revolución Francesa reivindicó este poder del rey, absoluto e ilimitado, radicándolo en el pueblo.

Se distinguen dos planos de la soberanía: soberanía política y soberanía legal. La primera podría describirse como la soberanía *en el* Estado y la segunda como la soberanía *del* Estado.

En Perú, la Constitución Política establece en el Artículo 45 que “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”

c).- Estado de Derecho

El Estado de Derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la

autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.

El concepto de Estado de Derecho se desarrolló durante el liberalismo y encuentra, entre sus fuentes filosóficas, las obras de Kant y de Humboldt. Ambos llegaron a la conclusión de que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad del individuo. Aunque la idea aparecía claramente en sus escritos, el primero que utilizó la expresión (Rechtsstaat) fue el jurista y político alemán Robert von Mohl.

El concepto de Estado de Derecho es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. De ahí que la garantía jurídica del Estado de Derecho corresponda al constitucionalismo moderno. Curiosamente, el término “constitucionalismo” fue utilizado por primera vez en 1832 por el poeta inglés Robert Southey, y su difusión como expresión jurídica es relativamente reciente. Se ha entendido que el constitucionalismo contiene dos elementos básicos, que por mucho tiempo han sido considerados como sinónimo del Estado de Derecho: la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio del poder. La Constitución francesa de 1791 incluyó en su artículo 16 la expresión que luego se convertiría en el dogma del constitucionalismo liberal: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución”.

En el siglo XX el Estado de Derecho ha tenido como contrapunto al totalitarismo. Por eso Zippelius señala que el Estado de Derecho está orientado a vedar la expansión totalitaria del Estado. El totalitarismo se caracterizó por la supresión de libertades individuales y públicas,

incluyendo la proscripción de partidos, de órganos deliberativos y de libertades de tránsito, reunión y expresión. Eso no obstante, el totalitarismo procuró legitimarse a través de instrumentos jurídicos. Con excepción del comunismo y del corporativismo, que desarrollaron un aparato formalmente constitucional, el falangismo, el nacional-socialismo y el fascismo se expresaron a través de diversas leyes que no llegaron a conformar un cuerpo sistemático. Hitler gobernó esencialmente apoyado por la Ley de Autorización de 1933, que lo facultaba para legislar a su arbitrio. Con fundamento en esa delegación parlamentaria expidió, entre otras, las leyes racistas de Nuremberg de 1935.

En Italia subsistió la vigencia formal de Estatuto Albertino de 1848, pero diversas leyes consolidaron el poder de Mussolini. Además de la integración del Gran Consejo del Fascismo, su más importante disposición fue la Ley Acerbo de 1923, donde incluyó la “cláusula de gobernabilidad”: al partido que obtuviera la mayoría simple en las elecciones se le atribuía automáticamente la mayoría absoluta en el parlamento. En 1925 Mussolini fue investido de facultades delegadas para legislar, y su principal decisión fue integrar, en 1926, del Tribunal Especial para la Defensa del Estado, que varios autores han considerado la verdadera ley fundamental del régimen.

Por eso los aspectos de naturaleza estrictamente formal (contar con una Constitución, por ejemplo) fueron considerados insuficientes para identificar al Estado de Derecho. De ahí que Zippelius haya planteado que el Estado de Derecho se rige por dos principios básicos: el de proporcionalidad (que haya una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales), y el de exceso (que no se afecten los intereses en una medida superior a la necesaria).

La expresión “Estado de Derecho” no es admitida por Kelsen, para quien existe identidad del orden estatal y del orden jurídico. Así, “todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo... y todo orden coactivo tiene que ser un orden jurídico”. Ahora bien, el mismo autor admite que se puede hablar de un Estado de Derecho material para aludir a la cuestión de en qué medida se exigen garantías jurídicas concretas para asegurar que los actos jurídicos individuales se corresponden con las normas generales.

Aludiendo al cuestionamiento kelseniano, García-Pelayo señala que la idea del Estado de Derecho tiene sentido desde el punto de vista jurídico y político, en tanto que representa la funcionalidad del sistema estatal, e introduce en ese sistema la normalización, la racionalidad y, por ende, la disminución de factores de incertidumbre¹³⁴.

d).- Secularización

La secularización es un producto de la modernidad. La secularización o laicización, es decir, la ruptura y el progresivo distanciamiento entre lo divino y lo humano, entre la revelación y la razón, o, si se prefiere, la lenta y sucesiva sustitución de los principios y valores cristianos, que habían dado unidad y sentido a los pueblos europeos durante al menos diez siglos, por los valores pretendidos de la razón pura¹³⁵.

El concepto de secularización sigue dando qué hacer a las ciencias sociales. Para definir su naturaleza y sus alcances se ha puesto el acento en diferentes cambios que han ocurrido o se encuentran en curso en la cultura contemporánea. Peter Berger (1971 y 1999) aludió

¹³⁴ http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/estado%20de%20derecho.htm

¹³⁵ Carlos Valverde, Génesis, estructura y crisis de la modernidad, BAC, Madrid 2003, XIII.

primero a la pérdida del "dosel sagrado" que cubría a las sociedades antiguas y tres décadas después a un proceso en marcha de des-secularización del mundo. Marcel Gauchet (1985) vio en el cristianismo el germen del proceso de "salida de la religión" de las sociedades occidentales otrora estructuradas por ella. José Casanova (1999) ha observado que mientras la tendencia a la autonomía de las esferas seculares respecto de la religión es obvia, el proceso de secularización no sólo no ha implicado -como también es obvio- la desaparición de la religión, sino tampoco su necesaria exclusión de la vida pública. Mark Chaves (1994) ha asociado la secularización a la declinación de la autoridad religiosa. Manuel Delgado (2001) ve en ella sobre todo un proceso de subjetivización de las creencias. Otros autores la piensan en términos de permanente recomposición de lo religioso. En palabras de Danièle Hervieu-Léger (2004, p.37):

"La "secularización" de las sociedades modernas no se resume en el proceso de evicción social y cultural de la religión con el que comúnmente se la confunde. Combina, de manera compleja, la pérdida del dominio de los grandes sistemas religiosos sobre una sociedad que reivindica su plena capacidad de orientar por sí misma su destino, y la recomposición, bajo una nueva forma, de las representaciones religiosas que han permitido a esta sociedad pensarse a sí misma como autónoma"¹³⁶.

f).- Decisionismo

Carl Schmitt introdujo el término "decisionismo" en el prefacio a la edición de 1928 de *Die Diktatur*, en referencia a los fundamentos legales de la dictadura y la teoría del estado de emergencia en el derecho constitucional. No obstante, ya en *Politische Romantik* de 1919

¹³⁶ http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-28792011000100004

había utilizado la categoría de “decisión” para definir su propia concepción de la política frente a la filosofía del romanticismo. Según Schmitt, no es posible definir el romanticismo de acuerdo con una particular cosmología o tomando como eje alguno de los temas u objetos que suelen definirse como parte de la estética romántica. El romanticismo debe definirse como una actitud individual frente al mundo. “Todos los accidentes de nuestra vida”, dice Novalis, “son materiales con los que podemos hacer lo que nos plazca. Todo evento es el primer miembro de una serie infinita, el comienzo de una novela eterna”.⁴ En esta expresión Schmitt encuentra la esencia misma de la fórmula romántica: el mundo como mera ocasión para el goce estético. Para el romántico, un conflicto intenso, un episodio dramático en nuestras vidas, no constituye un llamado a la acción sino la oportunidad para experimentar pasivamente nuestras emociones. “Ocasionalismo subjetivado” es para Schmitt el concepto clave que permite comprender la filosofía del romántico.⁵ En la metafísica de Malebranche, el mundo entero era ocasión para la manifestación de dios. En forma análoga, el mundo es para el romántico el punto de partida de la imaginación libre del individuo, el comienzo de una novela interminable. Partidario de una actitud pasiva, el romántico es incapaz de decidir ante un conflicto real. Tan sólo puede poetizar acerca del drama de la vida humana. En ese sentido el romanticismo contradice lo que para Schmitt es la esencia de toda la política: una decisión acerca de lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto y, en última instancia, el bien y el mal. Transformado en político, el romántico se halla destinado a ser un oportunista. Carece de la capacidad para decidir entre lo correcto e incorrecto pues cualquier resolución definitiva pondría fin a la eterna poetización del mundo. Una actitud resuelta implicaría también el fin de la discusión y la crítica, habilidades específicas del romántico. Para Schmitt, el romanticismo es en última instancia coherente con el pathos del iluminismo. Ambos buscan

diluir la auténtica decisión política en una permanente deliberación de naturaleza moral o estética¹³⁷.



¹³⁷ <http://investigadores.cide.edu/gabriel.negretto/DecisionismoSchmitt.pdf>

IV.- Planteamiento teórico

1.- Problema

1.1. Enunciado del problema:

EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LA TEORÍA JURÍDICA Y POLÍTICA DE
CARL SCHMITT, AREQUIPA, 2012.

1.2 Descripción del Problema:

1.2.1 Campo, área y línea de acción:

- a. **Campo:** Derecho Constitucional
- b. **Área:** Teoría del Estado
- c. **Línea:** Fundamentos del Estado Moderno

1.2.2 Análisis de variable

El estudio de investigación es de variable única.

Variable	Indicadores	Subindicadores
Soberanía	Teoría jurídica de la soberanía	1.- Aparición de la soberanía como concepto jurídico. 2.- Factores históricos e ideológicos que coadyuvaron a gestar el

		concepto de soberanía.
	Teoría política de la soberanía	1.- Aparición de la soberanía como concepto político. 2.- Factores históricos e ideológicos que coadyuvaron a gestar el concepto de soberanía.

1.2.3 Interrogantes básicas

- ¿Cuál es el concepto de soberanía que prima en la teoría jurídica moderna?
- ¿Cuál es el concepto de soberanía que prima en la teoría política moderna?
- ¿Cuál es la limitación teórica y política del concepto jurídico de soberanía?
- ¿Cuál es la limitación teórica y política del concepto político de soberanía?
- ¿Cuál es la crítica del concepto de soberanía en Carl Schmitt?

1.2.4. Tipo y nivel del problema

El tipo de problema a investigar es básico, seccional, mixto, cualitativo.

El nivel es explicativo.

1.3. Justificación

La razón principal por la cual se ha seleccionado el presente estudio es la importancia que ha tomado el concepto jurídico y político de la soberanía. Se discute sobre la soberanía pero no se ha profundizado sus orígenes y limitaciones conceptuales. Asimismo, la globalización ha limitado la soberanía de los Estados, pero esta formulación no es inteligible para la población y para los operadores jurídicos y políticos.

Tiene relevancia jurídica en cuanto es un tema que no ha sido profundizado por parte de la academia. Se toma la soberanía como un concepto dado, obviando las diversas posiciones sobre el concepto convencional de soberanía, desde posiciones que se adhieren al concepto convencional, hasta algunas de son críticas y muestran sus limitaciones.

Es un tema actual ya que se discute en diversos ámbitos las transformaciones del Estado frente al proceso de globalización. El hace referencia al concepto convencional de soberanía, pero no se analiza los límites del concepto.

Es original ya que no hay estudios especializados sobre el concepto de soberanía como concepto político y jurídico. Se estudia como un elemento de la teoría del estado pero no se profundiza y contrasta con visiones críticas.

Es una investigación factible ya que se cuenta con todos los insumos que permitirán realizar una investigación profunda y rigurosa.

Es pertinente porque en el momento actual se discute el concepto y no existen formulaciones claras y adecuadas.

Es trascendente dado que se intentará formular un concepto no convencional, lo que nos permitirá confrontar críticamente el concepto convencional y funcional utilizado.

2. Antecedentes investigativos

Se revisó en internet los diversos estudios (ensayos, papers, monografías) sobre el concepto de soberanía en el pensamiento político y jurídico de Carl Schmitt:

- Walter Benjamin y Carl Schmitt: Soberanía y Estado de Excepción. (José L. Villacañas / Román García). Una aproximación al problema de la Soberanía y el concomitante Estado de Excepción desde el racionalismo crítico de uno de los más importantes exponentes de la Escuela de Frankfurt y desde el decisionismo político schmittiano.
- El decisionismo como soberanía y liderazgo imponente (Franco Gamboa Rocabado). Un análisis de pensamiento político de Carl Schmitt (1888-1985), sobre el poder era decidir y la decisión que constituye una fuente de soberanía política conducente al regreso de mistificaciones teológicas en el terreno estatal.
- Carl Schmitt, una lectura antimoderna de la modernidad: la triple traición a Hobbes. (Yves Charles Zarka). Se analiza y se critica la lectura realizada por Carl Schmitt de la obra fundacional de la modernidad ético-política.
- Entre Carl Schmitt y Thomas Hobbes. Un estudio del liberalismo moderno a partir del pensamiento de Leo Strauss (José Daniel Parra). Una lectura sobre el liberalismo moderno desde el pensamiento de Leo Strauss. A partir de su análisis del Concepto

de lo político de Carl Schmitt y su crítica de la “despolitización y neutralización”

liberal, Strauss responde con una afirmación del problema del derecho natural.

3. PROPUESTA DE ESQUEMA DE INVESTIGACION

Capítulo I

La soberanía en el pensamiento político

Capítulo II

La soberanía y la teoría jurídica.

Capítulo IV

Aproximación crítica al concepto schmittiano de la soberanía:

- 1).- Crítica a Kelsen
- 2).- La dimensión sociológica de los conceptos jurídicos.
- 3).- Decisionismo en los teóricos de la contrarrevolución
- 4).- Soberano es quien decide sobre el estado de excepción.

Anexo

Conclusiones

4. Objetivo general

Establecer cuál es el concepto de soberanía que prima en la teoría jurídica y política moderna

Establecer las limitaciones del concepto de soberanía

Especificar la crítica del concepto de soberanía en Carl Schmitt

5. Hipótesis

El concepto de soberanía ha sido utilizado convencionalmente en todos los contextos y situaciones políticas, en estados de paz social y en momentos de convulsión política. Así, es probable que en coyunturas políticas de caos social o polarización el concepto de soberanía no se aplique bajos parámetros convencionales, sino adquiera una perspectiva distinta, como en el caso del decisionismo de Schmitt.

6. Planteamiento operacional

6.1.- Técnicas, instrumentos y materiales de verificación

Técnica de observación: Observación documental

Técnica específica de conocimiento: Técnica de análisis histórico y lógico

Clasificación de instrumentos: Instrumentos documentales (documentos escritos).

Delimitación del campo de verificación: delimitación histórica (hecho pasado).

Se emplea fundamentalmente el análisis conceptual a través de técnicas vinculadas con el establecimiento de conceptos y el análisis del discurso. **La técnica específica a emplear es el análisis textual, a través del relevamiento teórico del material bibliográfico.**

6.2.- Campo de verificación

6.2.1.- Ubicación espacial

Perú

6.2.2.- Ubicación temporal

Coyuntural

6.2.3.- Unidades de estudio

Fuentes (documentos) que desarrollen los siguientes temas: soberanía, estado de derecho, decisionismo. Obras completas de Carl Schmitt.

6.3.- Estrategia de recolección de datos

Dado que es una investigación cualitativa:

La recopilación de datos es no estructurada.

El análisis de datos es no estadístico.

El resultado pretende desarrollar una comprensión inicial.

6.3.1.- Organización

Se recogerá información que se encuentre en internet y bibliotecas de la ciudad de Arequipa (UCSM, UCSP, UNSA).

6.3.2.- Recursos

Investigación de biblioteca o de archivo.

Investigación bibliográfica



6.4.- Cronograma de trabajo

Tiempo Actividades	Agosto				Septiemb				Octubre				Noviemb			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Revisión de la Bibliografía obtenida	X	X	X	X	X	X										
2. Elaboración de fichas de estudio							X									
3. Formulación del planteamiento teórico								X	X							
4. Formulación del planteamiento operacional										X						
5. Recolección de datos											X					
6. Estructuración de resultados												X				
7. Redacción de Informe final													X	X		

7. Bibliografía

- Carl Schmitt, Teología política (Cuatro ensayos sobre la soberanía), Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires 1998.
- Carl Schmitt, Catolicismo Romano y forma política, Tecnos, Madrid 2009.
- Carl Schmitt, Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual, Tecnos, Madrid 2009.
- Ernst Cassirer, El mito del Estado, Fondo de cultura económica, México DF 1985.
- Jürgen Habermas, Perfiles filosófico – políticos, Taurus, Madrid 2000.
- Robert Dahl, Los dilemas del pluralismo democrático, Editorial Patria, México DF 1991.
- Norberto Bobbio, Igualdad y libertad, Ediciones Paidós, Barcelona 1993.
- J. Habermas / J. Rawls, Debate sobre el liberalismo político clásico, Ediciones Paidós, 2005

- Norberto Bobbio, El futuro de la democracia, Fondo de cultura económica, México DF 1996.
- Eduardo Hernando Nieto, Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa, Fondo Editorial PUCP, Lima 2000.

