



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez
Título: Encuentro en el laberinto
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 1.00 x 1.20 m
Año: 1981

*Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt**

* Artículo de investigación, producto del proyecto “Hans Kelsen y sus contradictores. Fase I: Carl Schmitt”. Terminado en diciembre de 2011. Investigadores principales el profesor Mario Montoya Brand y la profesora Nataly Montoya Restrepo, del Grupo de Investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a02](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a02)

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 23 de abril de 2015

Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt

Manuel J. Gómez Restrepo¹

Resumen

Hans Kelsen y Carl Schmitt, dos de los pensadores más importantes del siglo XX, estudiaron el fenómeno de la soberanía desde ángulos diferentes y partiendo desde conceptos metodológicos distintos. A Kelsen le interesaba explicar la soberanía, mientras que a Schmitt le preocupó principalmente saber quién era el soberano. Este artículo se dividirá en cuatro partes: la primera es una breve introducción, en la segunda se estudiará el pensamiento kelseniano; en la tercera, se abordarán las ideas de Schmitt; y en la cuarta, se contrastarán las teorías de los dos autores.

Palabras clave: Hans Kelsen, Carl Schmitt, soberanía, derecho internacional, estado de excepción.

System and conjuncture: the concept of sovereignty in Kelsen and Schmitt

Abstract

Hans Kelsen and Carl Schmitt, two of the most important thinkers of the twentieth century, studied the phenomenon of sovereignty from different angles and starting from different methodological concepts. Kelsen was interested in explaining sovereignty, while Schmitt was mainly interested in who was the sovereign. This paper is divided in four parts: the first will be a short introduction, the second part will deal with kelsenian thought; in the third one, we will study Schmitt's ideas; and in the last one we will contrast the theories of the two authors.

Keywords: Hans Kelsen, Carl Schmitt, sovereignty, international law, state of exception.

¹ Polítologo de la Universidad de Antioquia. Abogado de la Universidad EAFIT. Miembro del grupo de investigación Derecho y Poder de la Universidad EAFIT. E-mail: manuelj@gmail.com

Citación de este artículo con el sistema APA: Gómez Restrepo, M. (2015). Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 15-40. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a02

Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt

Introducción

¿Qué es la soberanía? ¿Cómo se la explica? ¿Quién es el soberano? Son preguntas esenciales para la teoría política. Aunque han sido muchos los teóricos que han tratado el tema de la soberanía, dos de los más importantes² han sido el austriaco Hans Kelsen (1881-1973) y el alemán Carl Schmitt (1888-1985) quienes partieron desde supuestos metodológicos radicalmente diferentes y arribaron a conclusiones muy distintas³ sobre el problema de la soberanía; sus respuestas generaron tendencias en la forma en que se trata el tema, las cuales hoy siguen teniendo una enorme importancia.

Pocos conceptos tan primordiales para la teoría política, son a la vez tan elusivos. La pregunta por la soberanía se dirige al centro mismo del Estado y, por tanto, abre interrogantes sobre quién tiene el poder dentro de este y cuál es la fuente de ese poder, además es un tema fundamental en las relaciones entre los Estados. Pero al mismo tiempo, como ya lo han notado varios especialistas en teoría política (Carpizo, 2004; Krasner, 2001; Suganami, 2007; Wyduckel, 1998), es sorprendente lo esquivo que es este concepto y lo cambiantes y poco precisas que son sus características, sin mencionar que el concepto parece cambiar de significado dependiendo del lugar, del momento histórico y de la ideología del autor que esté tratando el tema (Beaud, 1996).

Más allá de la dispersión y complejidad referidas, creemos que el contraste entre estos dos autores nos dará importantes luces para comprender mejor el fenómeno

2 Tal vez es Hidemi Suganami el que mejor expresa la razón por la cual se debería estudiar el concepto de soberanía bajo estos dos autores, cuando dice: “Comparo a Kelsen y a Schmitt porque ninguna otra pareja de autores que me pueda imaginar, de los recientes colaboradores a los debates sobre la soberanía del Estado, alcanza a éste par en permitirme considerar el entrelazamiento entre derecho y política en el fenómeno de la soberanía de una manera a la vez tan fuerte y asequible” (Suganami, 2007, p. 514). Traducción Propia.

3 Una de las mayores divergencias entre estos dos autores, aparte de los diferentes supuestos metodológicos de donde parten, es que Kelsen creaba grandes teorías, teorías generales, buscando explicar el problema que estudiaba en un sistema coherente, mientras que Schmitt fue un autor interesado en problemáticas particulares y de coyuntura, con respuestas originales a los problemas de la época, pero que no creó un sistema coherente de tesis científicas sobre el Estado y el derecho.

de la soberanía y percibir a la vez cómo es la relación y cuáles son los fuertes lazos que unen al derecho y al poder en el problema de la soberanía. Los dos autores, aunque desde orillas opuestas de la ideología, fueron la cima del pensamiento jurídico y político europeo durante un período que se destaca por la enorme cantidad de grandes pensadores en este tema, como fue el período entreguerras. Cada uno propuso teorías contrapuestas que aun hoy permiten entender de una forma más precisa el concepto de la soberanía. Recordemos quiénes fueron estos autores.

Hans Kelsen, el mayor jurista del siglo XX (Losano, 2005; Villar Borda, 2006) es un referente clásico del pensamiento jurídico. Aparte de sus extensos aportes al campo jurídico, entre los que se cuentan su icónica frase: “el derecho es norma” (Kelsen, 2009, p. 78). Kelsen también fue uno de los teóricos más importantes de la democracia (Bobbio, 2003, p. 402), y su proposición monista del ordenamiento internacional cambió completamente la forma en que se discute la relación existente entre el derecho internacional y el derecho nacional (Zolo, 2005, p. 43).

Carl Schmitt, por su parte, es no solo uno de los teóricos jurídicos y políticos más importantes del siglo XX (Aguilar, 2002; Balakrishnan, 2000; Mouffe, 1999a), sino que específicamente su ensayo sobre la soberanía: *Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, es de los textos más famosos de la teoría política (Kahn, 2012). En especial, desde el fin de la guerra fría, su obra se encuentra en un proceso de relectura y redescubrimiento por parte de la izquierda (Aguilar, 2002; Kahn, 2012) después de haber sido de dominio exclusivo de la derecha. Varias de sus obras se han reeditado, otras se han vuelto a traducir y algunas de las que no se tenía versión en español se han publicado en este idioma. Sus ideas y sus teorías han vuelto al debate político contemporáneo no solo como el gran adversario del régimen demócrata liberal (Mouffe, 1999a), sino como alguien del cual se puede aprender si se lee sin complejos y prejuicios (Balakrishnan, 2000).

El presente artículo se divide en cuatro partes: la primera es esta introducción, en la segunda, se expondrá el armazón teórico creado por Hans Kelsen para explicar el fenómeno de la soberanía. En la tercera, se describirán los conceptos teóricos creados por Carl Schmitt para establecer quién es el soberano. En la cuarta, a modo de conclusión, se hará un breve contraste entre las teorías de ambos autores.

1. Hans Kelsen: propuestas teóricas y concepto de soberanía

Partiendo de Calsamiglia (1997) y Gaviria Díaz (1981), existen dos características principales en toda la construcción teórica kelseniana: la primera, su objetividad, ya que busca una ciencia jurídica que no sea sierva de los intereses

políticos dominantes, sino que se encargue de manera exclusiva de crear conocimiento jurídico, esto es, que sea neutra políticamente; la segunda, su metodología, que está de manera superlativa influenciada por las ideas neokantianas. En esta metodología es el sujeto de conocimiento el que “crea” su propio objeto, lo cual supone entender que un mismo objeto científico no puede ser estudiado por dos métodos distintos, ya que las tesis neokantianas postulan que el sujeto al combinar su sensibilidad y entendimiento piensa el objeto, lo concibe, le da sus cualidades y lo crea, por tanto, este objeto sólo puede ser estudiado desde un único método, estudiarlo desde dos métodos diferentes, llevaría a la conclusión de que se está en presencia de dos objetos diferentes y conduciría a incoherencias y contradicciones en la investigación.

Por tanto, la búsqueda del monismo teórico está siempre implícita en sus escritos donde quiere “estructurar un mundo jurídico coherente que se dé al conocimiento de un todo armónico y unitario” (Gaviria Díaz, 1981, p. 366). Esto lo hace a través de cuatro ideas que guían todo su trabajo: autonomía, sistematicidad, unidad y, finalmente, regirse siempre por el método.

Cuando Kelsen se enfrenta al estudio de la soberanía, lo hace con el mismo rigor metodológico con el que ya había estudiado el derecho y el Estado. Este le permite percibir que el problema de la soberanía no es como lo había planteado la doctrina tradicional⁴, esto es, sobre si la soberanía le corresponde toda ella al Estado o si tal Estado en particular es soberano; sino que el problema de la soberanía es cómo ella puede ser explicada, porque “el problema no es si es dado o no un determinado hecho, sino cómo ha de explicarse este hecho. Y aquí se nos brindan diversas posibilidades explicativas, según que el Estado sea supuesto o no como orden supremo, es decir, soberano; en el último caso admite sobre sí un orden superior: el derecho internacional” (Kelsen, 1972, p. 134). Se puede decir, entonces, que soberanía, para Kelsen, es aquello que no tiene fundamento ulterior, que la norma no se deriva de ninguna otra, y todas las demás normas se derivan de ella. En este sentido es que la norma fundamental es soberana, ya que es supuesta, y por lo tanto no se puede encontrar ninguna norma ulterior a ella, y la norma fundamental no se puede derivar de ninguna otra. Pero lo que le interesaba a Kelsen no era la definición de soberanía, ya que él no era un teórico de la soberanía, lo que le interesaba era poder explicarla en el marco de una teoría general del Estado.

Antes de entrar en detalle sobre las propuestas explicativas de Kelsen sobre la soberanía, es pertinente analizar cuáles son las críticas o comentarios que hace

4 Cuando Kelsen habla de doctrina tradicional o dominante, se refiere principalmente a los autores germanos del siglo XIX que estudiaron en especial el Estado, los llamados iuspublicistas, cuyos miembros más destacados fueron Georg Jellinek, Otto Mayer, Thomas Gerber y Paul Laband.

Kelsen a la doctrina dominante para el momento en el que abordaba el tema. Kelsen divide sus críticas en dos partes: en la primera, se dedica a demostrar las contradicciones inherentes al modelo materialista/dualista de la soberanía para después concluir que esta posición tiene como base intereses políticos específicos en lugar de un verdadero estudio teórico, y sustenta esta hipótesis en un análisis de la historia de la soberanía donde para él, a diferencia de lo que consideran la mayoría de los autores (Beaud, 1996; Borja, 2003; Matteucci, 1997), se puede encontrar este concepto antes de Bodin, en la Antigüedad y en el Medioevo.

Según Kelsen, el modelo materialista/dualista presupone soberano al Estado, y lo considera el ser superior, pero simultáneamente afirma ese mismo modelo, que existe un orden internacional del cual todos los Estados son miembros y están coordinados en condiciones de igualdad. Kelsen ve de inmediato la contradicción que surge, gracias no solo a que su método de conocimiento siempre busca la unidad, sino porque la idea de la coexistencia de soberanía del Estado y supremacía del orden internacional es lógicamente insostenible ya que “elementos diferentes solo pueden llamarse coordinados en relación a un centro común de referencia” (Kelsen, 1972, p. 138). No puede el Estado asumirse al mismo tiempo como el ser supremo que crea la validez de todo el ordenamiento jurídico y a la vez reconocer un orden bajo el cual está coordinado. El contraargumento que históricamente ha esgrimido esta doctrina tradicional es que, se sigue siendo soberano sobre sus propios súbditos, por ser superior a ellos gracias al amplio margen de acción que le da el ordenamiento internacional. Este contraargumento lo rechaza Kelsen al decir, que ya se perdió la función específica de la soberanía “que es la de designar una posición peculiar del Estado en la jerarquía de las comunidades jurídicas” (Kelsen, 1972, p. 142), y que además se está cayendo en una tautología ya que la soberanía sería solo “la propiedad de ser superior a los inferiores” (Kelsen, 1972, p. 138) por lo que, en este sentido, sería soberano todo orden parcial que se encuentre en superioridad con sus súbditos, como el municipio con sus vecinos. Con base en esta objeción, pareciera que carecería de razón alguna toda la diferenciación que hace la teoría material o dualista entre una soberanía de derecho interno y una soberanía de derecho internacional.

Pero además, para Kelsen, a pesar de que la doctrina tradicional venía diciendo que el fin del concepto material de la soberanía es un conocimiento teórico y científico del Estado, ello no es verdad, ya que sirve de manera prioritaria a determinados fines políticos. Afirma esto basado en las críticas mencionadas anteriormente pero también en la historia, ya que “la historia del concepto de soberanía demuestra cómo dicho concepto ha estado, desde el principio, más al servicio de los propósitos políticos de los gobernantes que de la finalidad del conocimiento científico del Estado”

(Kelsen, 1972, p. 148). Para derrotar estos razonamientos, Kelsen hace un análisis de toda la historia de la soberanía para demostrar la puesta de la teoría al servicio del poder. Sin embargo, advierte que no significa que la soberanía corresponda solo a postulados políticos, ya que “si no contuviese la doctrina de la soberanía este contenido puramente teórico, no hubiera ésta conseguido mantener la férrea consistencia de que hasta hoy goza en las Teorías del Derecho y del Estado, de las que constituye el capítulo más importante” (Kelsen, 1972, p. 148).

Como se había mencionado en este escrito, para la mayoría de la doctrina el concepto de soberanía no existió en la antigüedad. Kelsen no está de acuerdo con esto y encuentra no solo elementos del concepto de soberanía en la *autarquía* de la polis griega y en la *majestas populi Romani* de los romanos, sino que considera que la soberanía aparece completamente en lo que él llama el *imperium romanum* del Medioevo, pues conformaba en su momento “el orden jurídico universal constitutivo de toda la sociedad cristiana, dentro de la cual las comunidades estatales eran expresamente consideradas como meros órdenes parciales, como provincias más o menos autónomas, cuyo poder érales concedido por el Imperio” (Kelsen, 1972, p. 149). Para Kelsen, este *imperium romanum* cumplía en general la misma función que hoy cumple el derecho internacional, la mayor diferencia es que el *imperium romanum* tenía una mayor cantidad de órganos propios y de funciones materiales y, por lo tanto, incluso se le llamaba Estado.

Con el colapso del Imperio Romano, la soberanía, teorizada por los doctrinantes de la época, de manera paulatina pasó de estar localizada en el *imperium romanum* a los reinos y repúblicas que hasta ese entonces habían estado sometidos a aquél. Este proceso se inició en Francia y tuvo su principal exponente en Jean Bodin, quien lanzó una teoría que intenta echar por tierra la pretendida supremacía del imperio romano, al plantear que “pertenece a la esencia del Estado el que su poder sea supremo e independiente; de ese modo, siendo Francia un Estado, perdían su razón de ser las pretensiones de dominio por parte del Imperio” (Kelsen, 1972, p. 150). Para Kelsen, esta teoría de la soberanía que lidera Bodin, busca encubrir bajo el manto de una teoría general del Estado, unas doctrinas que sirven a intereses políticos concretos, y que no solo “se hallaban en contradicción con el Derecho positivo hasta entonces vigente (...) sino que iban muy en particular contra las limitaciones (jurídicamente fundadas) que el poder real halla en las competencias de los señores feudales” (Kelsen, 1972, p. 150). Es decir, aquellos doctrinantes buscaban aumentar el poder de los reyes, socavando no solo el poder hacia el exterior que jurídicamente tenía hasta ese momento el imperio romano, sino también el que tenían hacia el interior los señores feudales.

Desde entonces y hasta nuestros días, Kelsen encuentra que “el Derecho político no se ha mostrado jamás inmune a la influencia de los deseos políticos en la solución «científica» de sus problemas. Al contrario, ha considerado misión suya adaptar su «Teoría» a tales deseos, y ha velado pudorosamente este *sacrificium intellectus*, insistiendo en que no quiere nada con «especulaciones abstractas y ajenas a las realidades del mundo», sino que aspira a servir para la «vida real», a explicar la «vida»” (Kelsen, 1972, p. 152). Se puede ver aquí no solo la inmensa crítica a la “teoría realista” de las relaciones internacionales, sino en general a toda la Ciencia Política, por perder su pureza de “ciencia” y dedicarse a servir a determinados intereses políticos, y lo que es peor para el autor vienés, enmascarar esos intereses bajo el manto de teorías científicas, pues terminan haciendo complicadas mutaciones en los conceptos claves, que no permiten entenderlos, sino que solo los ofuscan. Además, también se pierde la objetividad y pureza que tiene la ciencia, en la que Kelsen creía plenamente (Kelsen, 2009, pp. 15–17).

Esta búsqueda de objetividad y pureza es la que lleva a Kelsen a encontrar que el dogma de la soberanía tiene dos hipótesis posibles, dependiendo de si se considera al Estado como el orden supremo o si se considera al orden internacional como supremo con respecto a los Estados. Estas hipótesis son: el primado de orden estatal y el primado de orden jurídico internacional.

Kelsen encuentra que, dependiendo de donde se parta se llega a una respuesta diferente; si se empieza desde el Estado propio, y se considera a este como el poder supremo, no se puede llegar desde el conocimiento jurídico a otra respuesta que no sea la del primado de orden estatal. Pero por otro lado, si se parte de la idea de que existe un derecho internacional, se llega ineludiblemente a la existencia del primado del orden jurídico internacional. Desde un punto de vista puramente jurídico ambas teorías tienen el mismo valor, ya que las dos sirven como último punto de imputación. Para Kelsen, no existen razones de índole jurídica que puedan dar preferencia a una u otra hipótesis. Adoptar, por tanto, uno de estos postulados depende entonces de la posición epistemológica de la cual se parta y de la posición ideológica que se tenga.

Ahora bien ¿en qué consisten tales primados, cuáles son las razones para adoptar uno u otro y cuáles son las consecuencias de adoptar uno de ellos?

El primado de orden estatal es la misma teoría formal de la soberanía. Consiste en establecer que un Estado, por lo general el propio, es soberano, y que por lo tanto, la validez de sus actos depende de sí mismo. Que ese Estado es el poder supremo y que no hay nada por encima de él; y en verdad, mientras se mantenga la vista solo en el orden jurídico estatal esta reflexión no genera ningún problema, ya que no existe ninguna norma o fenómeno jurídico que no pueda comprenderse como un

elemento del orden jurídico estatal propuesto. Las dificultades comienzan, como lo demuestra el propio Kelsen, “en el instante en que la reflexión va más allá del orden jurídico estatal propio, es decir, más allá de aquel dominio que se considera de ordinario como orden jurídico estatal, hallándose ante objetos que aspiran al calificativo de «Derecho» con la misma razón que el orden jurídico del Estado, sin que por eso puedan considerarse como partes constitutivas de éste” (Kelsen, 1972, p. 157). Porque, si se toma en serio el primado de orden estatal, ¿cómo explicar la existencia de los otros Estados? Acaso ¿no son ellos soberanos también? Una parte de la teoría tradicional que los considera también soberanos cae, en palabras de Kelsen, en el “vulgarísimo recurso de decir que aquí está vigente tal orden jurídico y allá tal otro, que aquí existe el Estado propio y más allá, separado por fronteras inmovibles, un Estado distinto” (Kelsen, 1972, p. 158). Pero se olvida esa parte de la teoría tradicional que para que aquí exista solo uno, y allá otro, se tiene que presuponer una norma superior que determina el ámbito de validez donde rige cada uno de ellos. Es decir, presupondría el primado de orden internacional.

Otra parte de la doctrina intenta resolver este problema con la teoría del reconocimiento, la cual dice que para que un Estado particular o un tratado internacional valgan como tal ante el Estado propio, tiene que ser reconocido por este. Si se conduce esta teoría a su fin lógico, termina llevando solo al monismo y únicamente a la soberanía de mi propio Estado, excluyendo la de los demás (Kelsen, 1972, p. 158).

Por su lado, la teoría del primado de orden internacional consiste en partir de la idea mencionada anteriormente de que los Estados sí están coordinados, y por lo tanto, necesitan “un núcleo común de referencia”, este núcleo sería el orden jurídico internacional. Por tal razón, este orden jurídico internacional sería supremo con respecto a los Estados; este es el verdadero orden soberano, al cual se encuentran subordinados los Estados. Es decir, Kelsen al responder sobre cómo debe explicarse la soberanía con el primado de orden internacional, encuentra que los Estados no son soberanos, sino simples órdenes jurídicos delegados del derecho internacional, por tanto, las normas de derecho internacional no solo constituyen un orden jurídico superior a los Estados, sino que es este orden jurídico el que les da validez y los coordina. Como lo dice él mismo:

El Estado aparece así determinado en todas las direcciones en su existencia jurídica por el derecho internacional, esto es, como un orden jurídico delegado por el orden jurídico internacional tanto en su validez, como en su dominio de validez. Sólo el orden jurídico internacional es soberano, y no algún orden jurídico estatal. Si se designa como “soberanos” a los órdenes jurídicos estatales, o a las comunidades por ellos constituidas, ello significa a la postre que sólo están subordinados al orden jurídico internacional; que dependen inmediatamente del derecho internacional (Kelsen, 2009, p. 340).

Es decir, que bajo este modelo desaparece toda diferencia fundamental entre los “Estados” y las comunidades no estatales que lo integran como los departamentos y los municipios; pues solo podría decirse que los “Estados” son tales porque solo están subordinados al orden jurídico internacional, mientras que los departamentos y los municipios lo estarían también frente a los “Estados”, y todos estarían subordinados a este orden jurídico internacional. Como se ve, se soluciona de forma bastante elegante y original el problema de qué hacer con los otros Estados y se logra también explicar el problema del derecho y la validez dentro del mismo Estado. Ambas hipótesis, el primado de derecho internacional y el primado de derecho estatal, son igualmente válidas desde el ámbito jurídico, porque ambas sirven como último punto de imputación, por lo tanto la elección de uno u otro primado no la puede hacer la teoría del derecho. Escoger una u otra se hace con base a preferencias éticas y políticas.

Conviene advertir que Kelsen tiene una visión psicologista, según la cual, cierta manera de pensar está estrechamente relacionada con una preferencia por una concepción de la soberanía específica de esa forma. A su modo de ver, una persona de talante autoritario o absolutista se inclinaría por el primado del derecho estatal, mientras que la persona guiada por concepciones demócratas y pacifistas sería partidaria a su vez del primado de derecho internacional. Esta perspectiva es usada en varias ocasiones por Kelsen (Kelsen, 1972, pp. 171–172; 1989, pp. 235–237; 1992, pp. 158–159; 1995, p. 462; 2009, p. 348). Véase a continuación el recurso al psicologismo para describir al hombre autoritario como un:

hombre que posee una pronunciada conciencia de sí mismo, que se identifica con el poderoso autócrata, encuentra su contraparte perfecta en la doctrina según la cual el Estado es una realidad supraindividual, en cierta forma, colectiva, fundamentalmente distinta de la masa o la suma de individuos, una entidad mística y, como tal, ser supremo y realización de un valor absoluto. Es el concepto de soberanía el que en este caso, conlleva la absolutización e incluso la deificación del Estado, que está enteramente representado en el gobernante soberano. Esta teoría del Estado se expresa típicamente en la célebre frase: *l'état c'est moi*. Así como, en este caso, el conocimiento del mundo procede del sí mismo soberano. Su especulación política parte de su Estado soberano (Kelsen, 1989, p. 235).

De igual manera, a partir de perfiles psicológicos, Kelsen define al demócrata, en esta extensa frase, como alguien que considera al Estado:

como un orden ideal de la conducta recíproca de los individuos, este [el demócrata] no concibe al Estado como algo que existe por encima de sus súbditos, dominándolos, como una entidad que domina a los hombres y que es, por lo tanto, esencialmente diferente de

ellos, sino que una parte de la suposición de que son los hombres quienes componen el Estado; que, como orden particular de la conducta humana, el Estado no existe fuera ni por encima de los hombres, sino dentro y a través de ellos. La teoría política de este tipo de persona puede resumirse en estas palabras: *l'état. c'est nous*. La tendencia de esta óptica va dirigida a relativizar, no a absolutizar, al Estado. Hace a un lado el concepto de soberanía como la ideología de aspiraciones determinadas al poder gubernamental, eliminando así el principal obstáculo que impide ver que, por encima de los estados, existe, o puede existir, un derecho internacional que los delimita jurídicamente en sus jurisdicciones territoriales y personales, estableciendo así, y como primer paso, una coordinación entre estados. Se reconoce al Estado como entidad jurídica, si bien no absolutamente, suprema: más bien como escalón intermedio en el orden jurídico (Kelsen, 1989, pp. 236–237).

Ahora bien, si se consideran las dos maneras de asumir el primado de orden –estatal o internacional–, Kelsen parece tomar partido por el primado de orden internacional, por razones puramente ideológicas que se refieren a aspectos como que, los tratados y demás acuerdos internacionales tengan validez más allá de la voluntad de las partes, que la paz mundial se obtenga por medio de un acuerdo que logre una confederación o federación mundial de Estados y no por medio de la sumisión de todos los Estados ante un único Estado soberano. Esto porque considera que al final la posición del primado de orden estatal, lleva implícita una idea de subjetivismo extremo donde forzosamente se niega no solo el derecho internacional, sino también a la misma idea de Derecho y se proclama por encima de cualquier otro, el punto de vista del poder.

Por esta toma de posición, Kelsen es criticado por Danilo Zolo, porque, a juicio de éste, “la opción a favor de la primacía del derecho internacional y en contra de la idea de la soberanía de los Estados nacionales es, pese a la pretendida pureza neokantiana de su ciencia del derecho, una elección ideológico-política cargada de decisiones metodológicas, de asunciones valorativas y de implicaciones éticas” (2005, p. 24). Pero, mirada con cuidado la objeción de Zolo, se puede considerar que este autor olvida dos asuntos de máxima importancia: en primer lugar, algo que el propio Kelsen repite muchas veces, la elección de uno u otro primado no se puede hacer dentro de las herramientas o teorías que nos da la ciencia del derecho, sino que es una elección ideológica y política (Kelsen, 1972, pp. 162, 169, 173; 1989, p. 237; 1995, p. 462; 2009, p. 348); por lo tanto, no se debe criticar a Kelsen por algo que él mismo ya había advertido, esto es, que su teoría del derecho es pura, pero que sus contenidos posibles son objeto de debate político y de preferencias personales o partidistas; y en segundo lugar, como también lo señala repetidamente Kelsen (1958, p. 224; 1988, pp. 251-252; 1995, p. 462; 2009, p. 345), “aún cuando la decisión entre las dos hipótesis rebasa el ámbito de la ciencia, ésta tendrá siempre

la tarea de mostrar las relaciones que existen entre tales hipótesis en ciertos sistemas valorativos de carácter ético o político. La ciencia puede hacer que el jurista sea consciente de las razones en que funda su elección, y de la naturaleza de la hipótesis por él elegida, impidiéndole de esta manera que derive de tal hipótesis conclusiones que el derecho positivo, tal como la experiencia nos lo ofrece, en modo alguno autoriza” (Kelsen, 1995, p. 462).

Hasta aquí las formulaciones kelsenianas relativas a la soberanía relevantes al objeto de estudio. Antes de entrar a analizar el pensamiento de Schmitt, es bueno entonces recordar las ideas más importantes de Kelsen sobre la soberanía. En primer lugar, Kelsen no es un teórico de la soberanía, pero le interesa explicarla en el marco de su teoría general del Estado. En segundo lugar, la pureza de método y la búsqueda de la unidad, son las ideas que se encuentran imbuidas en todo su pensamiento, las que le permiten ver las incoherencias presentes en el modelo dualista/materialista, doctrina dominante en su momento. El constatar estas incongruencias y el hacer un análisis de la historia de la soberanía, le posibilitan señalar que este modelo se creó principalmente con el fin de servir a unos intereses políticos determinados y no para construir una verdadera teoría de la soberanía y; en tercer lugar, en la búsqueda de la unidad llega a dos respuestas, que en términos jurídicos son igualmente válidas: el primado de orden estatal, un rescate de la antigua teoría del monismo estatal, y concebido de una manera novedosa y original, el primado de orden internacional.

2. Carl Schmitt: ¿Quién es el Soberano?

Previo al análisis del concepto de soberanía de Carl Schmitt, es importante aclarar ciertos aspectos. Primero, hay que evitar, por lo menos transitoriamente, esa interminable discusión de si Schmitt era nazi, o qué tan nazi era, o cuáles eran sus verdaderos nexos con el Nacional Socialismo, ya que esta discusión, no solo no es la meta de este artículo⁵, sino que no lleva a ningún lado, porque no cambia, ni desmerita la importancia de los aportes teóricos de Schmitt, ni la originalidad de sus apuntes, ni la necesidad que tiene hoy en día el sistema demócrata-liberal de reconocer las críticas que le hizo Schmitt e intentar superarlas con el fin de proteger sus instituciones de todos los peligros que la asedian (Mouffe, 1999b). Un ejemplo de esto último lo hace presente la misma Chantal Mouffe cuando dice:

En la actualidad la retórica humanitaria ha desplazado por cierto a las apuestas políticas fuertes, y los liberales occidentales imaginan que, con el colapso del comunismo, los antagonismos han quedado erradicados. Habiéndose alcanzado el estadio de la ‘modernidad

5 Entre otros autores que tratan esta discusión se encuentran (Molina, 2008; Ruthers, 2004; Zarka, 2007).

reflexiva', la ética puede reemplazar ahora a la política. Se dice que, con el desarrollo de las 'identidades post-convencionales', las formas arcaicas de la política basada en la relación amigo-enemigo están en declinación. Lamentablemente la insistencia de Schmitt en la inerradicable dimensión de la conflictividad inherente a lo político (...) pone al descubierto todo lo que hay en esto de mera racionalización de nuestros deseos (Mouffe, 2002, p. 5).

En segundo lugar, es conveniente explicar por qué insiste Schmitt en que es inerradicable la dimensión de la conflictividad de lo político. Una de las metas de Schmitt al definir el concepto de lo político, es hacer estudiar lo político—desde un punto de vista teórico— libre de consideraciones religiosas, estéticas, económicas, jurídicas y morales. Para alcanzar esa meta, considera que “la única vía consiste en proceder a constatar y a poner de manifiesto cuáles son las categorías específicamente políticas” (Schmitt, 2009, p. 56). Encuentra Schmitt que la categoría política “específica, aquella a la que pueden reducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción *amigo-enemigo*” (2009, p. 56). Esta distinción viene a ser la esencia de lo político, y es además un criterio autónomo, libre de cualquier otra consideración, según lo sostiene Schmitt. No sobra advertir que la concepción de lo político en Schmitt no es ni belicista, ni militarista, y una correcta elección política puede consistir precisamente en evitar la guerra (2009, p. 63).

La distinción entre amigo-enemigo, se expresa como la diferenciación, entre un *nosotros*, frente a un *ellos*. Al tener un *otro* diferente con el cual compararse y distinguirse, se genera un sentimiento de identificación con los iguales, es decir, “La percepción que un grupo desarrolla de sí mismo en relación con los otros es un elemento que al mismo tiempo que lo cohesionan, lo distingue. La posibilidad de reconocer al enemigo implica la identificación de un proyecto político que genera un sentimiento de pertenencia” (Delgado Parra, 2009), por tanto, un sentimiento de pertenencia a un grupo, a una unidad, solo se puede crear mientras exista un contrario, un enemigo, que sea diferente y pertenezca a otro grupo. Además, “desde que haya cabida para la diferencia en el mundo de las relaciones humanas, la figura del enemigo reclamará su lugar y consideración en el plano fáctico y teórico, respectivamente” (Martínez Márquez, 2009, p. 57). Es por esto que para eliminar esas “formas arcaicas de la política basada en la relación amigo-enemigo” (Mouffe, 2002, p. 5), habría primero que eliminar completamente la diferencia del mundo de las relaciones humanas. Esta relación es, por consiguiente, irreducible, y en tal sentido es no solo constitutiva, sino la esencia misma de la política, de ahí su utilidad para definir desde ella la soberanía.

En tercer lugar, Carl Schmitt es un autor de coyunturas, que escribía no creando grandes sistemas o teorías generales, sino como respuesta al momento histórico

en que se encontraba. La mayoría de sus textos son “intervencionistas”, por tal motivo, aunque contienen “fuertes destellos de auto-definición política en relación con sus objetivos recurrentes, hay una discontinuidad alarmante en las posiciones que adoptó cuando estos objetivos se movían, o cuando entraron en su campo de visión desde un lugar diferente”⁶ (Balakrishnan, 2000, p. 5). Por lo tanto, es muy importante estar atentos al momento y al lugar histórico en donde está escribiendo, a pesar de lo que dicen otros autores, como Paul Kahn (2012, p. 16), los textos de Schmitt incluso más que en cualquier otro autor, son fruto de la coyuntura política, social y económica en la que estaba viviendo. Interesa analizar cuál era el ambiente político en el surgimiento y en los primeros años de la República de Weimar, ya que en este período produce sus trabajos más originales e interesantes⁷, en especial, en dos textos donde hace sus mayores aportes al concepto de soberanía: *La Dictadura* y *Teología Política*, publicados en 1921 y 1922, respectivamente.

Como consecuencia de la inminente derrota del Imperio Alemán en la Primera Guerra Mundial y de la incapacidad del mismo para resolver los conflictos sociales que se estaban generando en su interior, se inicia en noviembre de 1918 la revolución alemana (Haffner, 2005). El fracaso de la revolución, la ineficacia de los revolucionarios, la tensión, el caos y la inseguridad generada por todos estos acontecimientos tuvieron una fuerte influencia intelectual sobre Carl Schmitt, una influencia mucho mayor que la que aparentemente tuvo en él la Primera Guerra Mundial o cualquier otro suceso anterior (Balakrishnan, 2000).

La revolución alemana fracasó por las enormes diferencias que había entre los grupos de izquierda que eran los que la impulsaban. El Partido Socialdemócrata Alemán, el partido de izquierda con mayor número de afiliados se rehusó a trabajar con los revolucionarios que buscaban entregarle el poder a los *soviets*, y en su lugar lo hizo con los jefes del ejército imperial, con la intención de lograr compromisos e instaurar una república liberal. Por esta razón, dieron luz verde para que se acabara con los “espartanos” y con los líderes comunistas que amenazaban llevar a cabo una completa revolución comunista. Al lograr compromisos no se despojó completamente a las viejas élites imperiales del poder que tenían, sino que se las integró al nuevo orden social.

Por tanto, la revolución no pudo lograr la meta de entregarle el poder a los *soviets*, como sí lo habían logrado los bolcheviques unos años antes en Rusia, y el gran logro que se le acredita, acabar con el imperio e instaurar la República de Weimar, nació en definitiva, herida de muerte (Haffner, 2005). El ambiente

6 Traducción propia.

7 Balakrishnan incluso califica el trabajo de Schmitt posterior a la guerra como simples “pies de página de sus trabajos anteriores” (2000, p. 260). Traducción propia.

de polarización política durante la época revolucionaria, que afectaba incluso a aquellos que intentaban mantenerse al margen, “le generaron un inmenso miedo a las guerras civiles pero a la vez una gran fascinación por los ambientes políticos y morales que generaban, este miedo y fascinación dieron forma a toda su visión política”⁸ (Balakrishnan, 2000, p. 20).

Una de las disposiciones de la nueva Constitución de la república que más interesó a Schmitt y a los juristas de la época fue el artículo 48. El cual le entregaba unos amplios poderes al presidente de la República si se daban determinadas situaciones de emergencia, entre los que estaban suspender temporalmente ciertos derechos fundamentales, legislar, y en general “adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos” (Schmitt, 1985, p. 257) sin el previo consentimiento del *Reichstag* o parlamento. El análisis de las consecuencias de esta “situación de excepción”, lo impulsaron a escribir dos libros, con los cuales hizo grandes aportes al concepto de soberanía, pero que además lo situaron como uno de los principales intelectuales de la derecha alemana: *La Dictadura y Teología Política*.

En *La Dictadura*, cuyo título completo es *La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Schmitt presenta la historia de la teoría y práctica de la dictadura desde los tiempos de la república romana hasta los primeros años del siglo XX. Esta institución inventada por los romanos, después de la expulsión de los reyes, consistía en un magistrado con poderes extraordinarios, que se nombraba en situaciones de emergencia “para que en tiempos de peligro hubiera un *imperium* fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos de la plebe y la apelación al pueblo. El dictador, que era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado, tiene el cometido de eliminar la situación peligrosa que ha motivado su nombramiento” (Schmitt, 1985, pp. 33–34). Esta situación peligrosa consistía en cualquier situación que hiciera peligrar la vida de la república, desde una guerra externa, hasta una rebelión interna. Este era un cargo temporal,⁹ cuya finalidad era solucionar o eliminar la situación excepcional que hiciera necesario su nombramiento. Por lo tanto, era la naturaleza del mismo cargo tornarse superfluo.

Esta era una institución republicana, y para Schmitt es central para la continua existencia de la república. “Para la República, la dictadura debió ser justamente una cuestión vital. Porque el dictador no es un tirano y la dictadura no es algo así

8 Traducción propia.

9 Se nombraba por un plazo de 6 meses, y se esperaba que el dictador renunciara antes si ya había ejecutado su misión (Schmitt, 1985, p. 34).

como una forma de dominación absoluta, sino un medio peculiar de la constitución republicana para preservar la libertad” (Schmitt, 1985, p. 37). Cabe anotar que la dictadura busca proteger la Constitución suspendiéndola en parte o totalmente por un tiempo limitado, mientras se soluciona la situación peligrosa, el estado de excepción. Es por esto que incluso llega a decir que “la dictadura es un estado de excepción” (Schmitt, 1985, p. 23).

Este es el tipo de dictadura que Schmitt denomina dictadura comisarial para diferenciarla de la dictadura soberana, un término que él se inventa para nombrar algo que ya se conocía como asamblea constituyente, asamblea nacional o poder constituyente. La dictadura soberana era una dictadura que se utilizaba para el fin específico de deshacer la constitución vieja y elaborar una constitución nueva. “Por ello, este poder dictatorial es soberano, pero únicamente como «transición» y, debido a su dependencia respecto del cometido a desempeñar, lo es en un sentido completamente distinto al del monarca absoluto o al de una aristocracia soberana. El dictador comisarial es el comisario de acción incondicionado de un *pouvoir constitué*; la dictadura soberana es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant*” (Schmitt, 1985, p. 193). El término dictadura soberana, híbrido entre la dictadura del proletariado y soberanía popular, busca corregir o aliviar un miedo recurrente entre las élites económicas de la época y era la “tendencia de un pueblo permanentemente reunido para poner en tela de juicio los derechos de propiedad, y la legitimidad de todas las formas de inequidad esto era la línea que podía llevar de la soberanía popular a algo mucho más mortífero: la llamada dictadura del proletariado”¹⁰ (Balakrishnan, 2000, p. 36). Por tanto, lo que buscaba Schmitt era que por medio de la dictadura soberana se limitara en cierta medida la soberanía popular, estableciendo que esta se tenía que disolver una vez cumplida su labor, es decir, evitar que la soberanía popular se convirtiera en una dictadura del proletariado.

Esta animosidad contra el proletariado terminó contribuyendo a que se categorizara a Schmitt como intelectual de la derecha dura. Esto para él, en ningún momento implicó anti-republicanismo, sino más bien la búsqueda de métodos de defensa de la República de Weimar en instituciones que la pudieran salvar del ambiente de guerra civil que se vivía en los primeros años de su existencia. Es más: con el concepto de dictadura soberana, reafirmaba la legitimidad y legalidad de la República, ya que establecía que la Asamblea Nacional, al ser elegida por el pueblo soberano, era libre de hacer una nueva constitución, rechazando el argumento de los guillermínos en el sentido de que la nueva constitución era ilegal al no haberse generado en un método establecido por la vieja constitución:

10 Traducción propia.

La dictadura soberana ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar. Habría que creer que semejante empresa quedaría sustraída a toda consideración jurídica. Porque, jurídicamente, el Estado solo puede ser concebido en su Constitución, y la negación total de la Constitución existente tendría que renunciar propiamente a toda fundamentación jurídica, toda vez que la Constitución a implantar no existe todavía, según sus propias premisas, por lo que se trataría de una mera cuestión de poder. Pero no es así cuando se toma un poder que no está él mismo constituido constitucionalmente, a pesar de que guarda tal conexión con cada Constitución existente, que aparece como el poder fundamentador, aun cuando nunca sea abarcada por él, por lo que, en consecuencia, tampoco puede decirse que lo niegue la Constitución existente. Este es el sentido del *pouvoir constituant* (Schmitt, 1985, pp. 182-183).

Las ideas ya presentes sobre el estado de excepción las viene a desarrollar de una forma más detallada en su *Teología Política*. El título del libro viene de la frase con la que inicia el tercer capítulo, que declara: “Todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados” (Schmitt, 2002, p. 43). Algo importante para aclarar, es que el título es precisamente teología política, y no política teológica, y la intención de Schmitt es hacer teología política, es decir, usar términos e ideas de la teología católica, que le ayuden a entender y a explicar el mundo en que vivía. No buscaba mostrar las nociones políticas que se encuentran en la teología. Nada más lejano de su mente que hacer política religiosa, pero esto a menudo confunde a muchos de los lectores apresurados de Schmitt.

Para Schmitt, lo importante en este libro no es saber cuál es la explicación de la soberanía, ni qué implica finalmente esta explicación –como sí le interesaba a Kelsen– sino que, por el contrario, le interesaba saber quién es el soberano. Quién es el que, en último término, tiene el poder político. Es por eso que desde la primera frase del primer capítulo de *Teología Política*, busca definir quién es el que en definitiva tiene el poder: “ES SOBERANO QUIEN DECIDE el estado de excepción” (Schmitt, 2002, p. 23). Esta expresión, que se encuentra tanto en trabajos posteriores (Schmitt, 1990, p. 55; 2009, p. 68), como en anteriores (Schmitt, 1985, p. 248), es para Kahn una de las frases más famosas en la historia de la teoría política (Kahn, 2012, p. 53). Esta sentencia se encuentra en el corazón mismo de la concepción política de Schmitt y nos dice mucho sobre la visión del mundo que él tenía. Un mundo donde no es lo usual o lo normal lo que importa, sino que es la excepción y lo extraordinario lo que interesa, donde lo que rige no es la norma sino la decisión. Y donde el soberano es el que decide sobre el estado de excepción. En la frase encontramos tres conceptos críticos: soberano, decisión

y estado de excepción, que solo se pueden entender en relación con ellos mismos, ya que, según Schmitt, se están refiriendo a un único fenómeno político.

La soberanía para Schmitt es un concepto límite, extremo, por tal motivo, solo se comprende en relación con otros conceptos límites. “El estado de excepción puede a lo sumo definirse como un caso de necesidad extrema, de peligro para la existencia del Estado o algo semejante, pero no describirse de forma concreta. Sólo en estas circunstancias cobra actualidad la pregunta acerca del sujeto de la soberanía, o sea sobre la soberanía en sí” (Schmitt, 2002, p. 23). Se necesita una decisión para poder resolver el estado de excepción, para poder resolver la crisis que está amenazando la existencia misma del Estado. Hay que aclarar que “No toda facultad extraordinaria ni cualquier medida policíaca o decreto de emergencia equivalen automáticamente a un estado de excepción. Para ello se requiere una facultad por principio ilimitada, es decir, la suspensión del orden vigente en su totalidad” (Schmitt, 2002, p. 27).

Schmitt es enfático en decir que la situación extrema no puede describirse en forma jurídica, ya que dejaría precisamente de ser extrema, y si es posible describirla, es factible también delimitar lo que debería pasar en esa situación: “No es posible delimitar con claridad tipificable cuándo existe un caso excepcional, ni es posible puntualizar lo que debe suceder cuando éste se da, si realmente se trata de un caso de excepción extrema y de su eliminación. Tanto las condiciones como el contenido de la competencia son necesariamente ilimitados” (Schmitt, 2002, p. 24). Es por eso que, quien decide cuándo hay un estado de excepción, es el soberano, pues tiene un poder ilimitado, absoluto, un poder que, parafraseando a Hobbes, recae incluso sobre la vida y la muerte.

La excepción, aunque no puede describirse completamente en términos jurídicos, sigue siendo jurídica, pues la excepción “es lo que no puede subordinarse a la regla; se sustrae de la comprensión general, pero al mismo tiempo revela un elemento formal jurídico específico, la decisión con total pureza” (Schmitt, 2002, p. 28). Una situación similar acontece en el caso del soberano ya que este “se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*” (Schmitt, 2002, p. 24). El soberano no necesita que una norma autorice su decisión para establecer el estado de excepción, pero paradójicamente las decisiones que tome, sí son derecho. Esto es para Schmitt una clara muestra de que la autoridad “no necesita tener derecho para crear derecho” (Schmitt, 2002, p. 28). Es más, para el alemán, en claro contraste con Kelsen, “todo orden se deriva de una decisión” (Schmitt, 2002, p. 25), no de una norma. Se deriva de una decisión, ya que es esta la que puede traer orden al caos, porque “no existe una norma que pueda aplicarse al caos. Debe establecerse el

orden para que el orden jurídico tenga sentido. Hay que crear una situación normal, y es soberano el que decide de manera definitiva si este estado normal realmente está dado” (Schmitt, 2002, p. 28).

Hay que aclarar que el estado de excepción es, como su mismo nombre lo indica, excepcional; no debería ser lo usual dentro del Estado. Schmitt usa este concepto principalmente para mostrar las falencias de la teoría del Estado de Derecho liberal, que al “dividir las competencias e instaurar el control mutuo procura aplazar lo más posible la cuestión de la soberanía” (Schmitt, 2002, p. 24), y por consiguiente no logra entender cómo es de verdad el Estado. Así las cosas, el Estado es para Schmitt –en clara oposición con Kelsen– mucho más que un simple cúmulo de normas legales. El Estado es un lugar donde también existe lo político y la decisión.

Esta dualidad del Estado se logra ver perfectamente en el estado de excepción donde “está claro que el Estado sigue existiendo, pero que el derecho ha pasado a segundo término. En vista de que el estado de excepción sigue siendo algo distinto de la anarquía y el caos, aún subsiste un orden en el sentido jurídico, si bien no se trata de un orden jurídico. La existencia del Estado demuestra, en esta situación, una indudable superioridad sobre la vigencia de la norma jurídica” (Schmitt, 2002, p. 27). De manera que, para Schmitt el Estado no sería solamente el orden jurídico, sino también lo político. Ya lo había expresado en la primera frase del *Concepto de lo político* cuando dijo que “El concepto del Estado supone el de lo político” (Schmitt, 2009, p. 47).

Cuando Schmitt está analizando quién es el soberano, no se toma la molestia de aclarar de qué tipo de soberanía está hablando, si de soberanía popular, estatal o internacional. Precisamente porque para él, el único tipo de soberanía que puede existir es la estatal. Es más, no podría ser soberanía popular porque Schmitt “asume que el pueblo no es capaz de formar por sí mismo una voluntad unitaria, que necesita algo que podría entenderse como un intérprete de su propia voluntad” (Agapito, 2009, p. 23) y, por esta razón, no sería capaz de tomar la decisión fundamental, que es la de decidir cuándo hay estado de excepción. Lo mismo sucede en el orden internacional, los Estados nacionales no son capaces de formar una voluntad unitaria, y no existe ninguna autoridad por encima de ellos que pueda decidir el estado de excepción. Solamente dentro de un Estado nacional, para la visión subjetivista de Schmitt, podría darse la voluntad unitaria capaz de decidir un estado de excepción, por tanto, siempre que Schmitt está analizando quién puede ser el soberano está hablando de soberanía estatal. Además, Schmitt siguiendo a los juristas del *ius publicum europeum* y del derecho de gentes, personifica al Estado: hace la llamada “*international person analogy*” (Schmitt, 2005, p. 138) para la cual el Estado es un gran hombre, un Leviathan, un *magni homine*, y donde

el soberano no solo es el representante del Estado, sino que encarna a este *magni homine*. Se trata del subjetivismo llevado al extremo.

Antes de entrar a la comparación entre las ideas de estos dos autores, es bueno hacer un breve repaso de las ideas de Schmitt sobre la soberanía. Primero, Schmitt es un autor de coyunturas, y segundo las circunstancias volátiles y de inseguridad durante la revolución alemana como también los primeros años de la República de Weimar tuvieron un fuerte impacto en su pensamiento. En estos primeros años de la República, Schmitt estudia la soberanía de dos formas distintas: en su libro *La dictadura*, inicialmente, encuentra en la dictadura soberana una institución que, aunque es poder constituyente, se tiene que disolver cuando se proclama una constitución y, por consiguiente, no puede convertirse en dictadura del proletariado y de esa forma salvaguardar a la república. En *Teología política*, estudia el problema de la soberanía preguntándose quién es el soberano, y en una respuesta completamente subjetivista, encuentra que este es aquel que decide el estado de excepción.

3. La soberanía desde una óptica comparada: Kelsen y Schmitt

Algunos autores como Sanz Moreno plantean que las grandes diferencias metodológicas entre Kelsen y Schmitt, imposibilitan el diálogo entre los dos pensadores, o que en el mejor de los casos, lo único que se lograría es un “diálogo de sordos” (Sanz Moreno, 2002). Pero, a pesar de estas grandes diferencias metodológicas, que se tratarán más adelante, sí se puede hacer un diálogo entre las concepciones que cada uno tiene sobre la soberanía, ya que “las dos concepciones son sus modos de comprender el mismo universo social que experimentaron en común”¹¹ (Suganami, 2007, p. 520), pero desde diferentes metodologías. En términos neokantianos, son las diferencias metodológicas las que hacen que a pesar de que estudien el mismo fenómeno, terminen construyendo objetos diferentes. Tales diferencias también los llevan a preguntarse, dentro del mismo fenómeno, cosas muy diferentes; por un lado, a Kelsen le interesaba saber cómo se explicaba la soberanía, mientras que a Schmitt lo que le importaba era saber quién es el soberano.

Estas dos concepciones sobre la soberanía, son la forma en que cada uno intentó comprender el mismo fenómeno, pero partiendo desde diferentes supuestos y con diferentes metodologías. Las diferencias metodológicas entre Kelsen y Schmitt se encuentran: en primer lugar, en la forma de trabajo, ya que mientras Kelsen busca crear teorías generales y sistemas completos, Schmitt, es un autor que escribe según la coyuntura o momento histórico en el que vive. En segundo lugar, en

11 Traducción Propia.

los presupuestos filosóficos, respecto de los cuales Kelsen tiene una concepción neokantiana en la cual el sujeto crea su propio objeto de estudio, por lo que este no puede ser estudiado por dos métodos distintos, por tal motivo, debe separar *el ser* de su campo de estudio: *el deber ser*. Por su parte, Schmitt, desde su existencialismo decisionista, rechaza cualquier dualidad entre el ser y el deber ser, entre lo subjetivo y lo objetivo. En tercer lugar, en los objetivos teóricos, ya que el primero “busca la separación entre derecho y política, entre las normas jurídicas y el poder fáctico (la neutralización del poder desde el derecho), el segundo, su unión (la inserción de la situación excepcional y de la decisión en el derecho)” (Sanz Moreno, 2002, p. 8).

A pesar de las divergencias y de las grandes diferencias metodológicas, como ya se ha mencionado, los conceptos de soberanía de Schmitt y Kelsen pueden dialogar, debido a que ambos intentaron comprender la misma realidad social. No tiene importancia que la búsqueda de tal comprensión fuera hecha desde métodos completamente diferentes y ofreciendo soluciones distintas a los problemas que vivieron, lo que interesa es el contraste entre estas dos respuestas a un mismo fenómeno.

Córdova Vianello, en su libro sobre *Kelsen y Schmitt*, al hablar del control de constitucionalidad, menciona lo que a él le parecen dos conceptos esenciales para los autores, cuando dice “Las ideas de norma fundamental (que en cuanto tal es la “norma de normas”) y de poder soberano (que en cuanto tal es el “poder de poderes”) representan conceptos simétricos. Tanto la norma fundamental como el poder soberano tienen la tarea de “cerrar el sistema” (Córdova Vianello, 2007, p. 273). Esto es central, pues tanto la norma fundamental como el poder soberano (el poder que tiene aquel que decide sobre el estado de excepción), son conceptos últimos, entendidos como los puntos superiores de sus respectivas teorías, es decir, de los que derivan todos los demás: normas en Kelsen y decisiones en Schmitt.

La soberanía de la norma fundamental, puede ser controversial, pero la menciona el mismo Kelsen hablando del primado de orden estatal cuando dice que:

(...) más allá de esta norma fundamental, más allá de esta proposición jurídica originaria, no puede ya preguntarse por su fundamento ulterior, precisamente en virtud de su carácter de «supuesto». Y en ese supuesto básico radica lo que se llama la soberanía del orden jurídico estatal, constituido por dicha norma fundamental (Kelsen, 1972, p. 136).

Otro ejemplo de que la norma fundamental es soberana se lo puede encontrar cuando Kelsen habla de la unidad y unicidad del ordenamiento jurídico: “Si se concibe el orden jurídico como soberano, esto es, si se le presupone plenamente autónomo e independiente, no derivado ni susceptible de ser referido a ningún sistema ulterior, al afirmar la unidad del punto de vista se afirma, al propio tiempo,

la unidad y la unicidad del sistema, la exclusión de todo otro sistema —ya sea el de la naturaleza o cualquier otro sistema normativo—” (Kelsen, 1972, p. 137). Esta norma fundamental es supuesta en el primado de orden estatal, pero en el primado de orden internacional es una norma de derecho positivo, de la cual se desprende todo el ordenamiento internacional, como lo menciona Kelsen:

Como resultado de cuanto llevamos dicho, el fundamento de la validez constitutivo de la unidad del orden jurídico estatal se traduce en una norma, por medio de la cual se instaura una autoridad suprema, una fuente de Derecho. Desde el punto de vista del primado del orden jurídico estatal, esa norma tiene carácter hipotético: la norma fundamental no es creada por un legislador, sino «supuesta» por el conocimiento jurídico. Pero si se parte del primado del orden jurídico internacional, tiene que haber dentro de su ámbito una proposición jurídica positiva en la cual se determinen las supremas autoridades jurídicas dentro de los respectivos órdenes jurídico-estatales y se delimiten unos de otros, de modo fundamental, los respectivos ámbitos de validez —lo cual no es aplicable a la norma fundamental teórica en el caso del primado del orden estatal—. Con otras palabras: lo que desde el punto de vista del orden estatal es una hipótesis de la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del primado del orden internacional es una proposición jurídica positiva. El supuesto teórico fundador de la unidad es, por así decirlo, ascendido en un grado; conviértese en la norma fundamental constitutiva del orden jurídico internacional y, por tanto, de la unidad del sistema jurídico total; es la hipótesis originaria del Derecho internacional (Kelsen, 1972, p. 165).

Por otra parte, es mucho menos controversial que en Schmitt la decisión soberana sea la decisión ulterior, y que por tanto, no hay ninguna decisión por encima de ellas, que cierra la teoría y que como su mismo nombre lo indica es soberana. Dos fragmentos tomados del propio Schmitt pueden ser ilustrativos: “Todo orden deriva de una decisión” (Schmitt, 2002, p. 25); y que el soberano “se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*” (p. 24).

Por tanto, la norma fundamental y la decisión soberana, son el punto ulterior de cada una de las teorías. Son conceptos en cierto sentido simétricos, pues cumplen la misma labor que es cerrar o sellar la teoría. Expuesta esta simetría en los conceptos conviene analizar ¿qué implicaciones y consecuencias tiene para el mundo moderno cada concepto de soberanía expuesto?

Una de las posibles explicaciones sobre la soberanía en Kelsen, es el primado de orden internacional, en el cual al estar los Estados “sometidos al derecho internacional” (Kelsen, 1946, p. 71), permite que sea por lo menos intelectualmente posible, pensar en que se puede lograr la paz por medio del derecho, con la creación de “una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente

la guerra” (Kelsen, 1946, p. 8). Esta paz por medio del derecho es una alternativa viable, a la única otra opción de una paz duradera, la cual es la paz a través de la guerra o del sometimiento de todos a un solo Estado, en una especie de *Pax Romana* contemporánea.

Esta visión de Kelsen buscaba la paz a través de la creación de un tribunal internacional que resolviera todos los conflictos que se dieran entre los Estados y de esta manera evitar la guerra. Este debería ser una jurisdicción obligatoria: “el tribunal internacional que la paz requiere debería constituir –según Kelsen– una jurisdicción fuerte, realmente obligatoria sin excepciones, es decir, una jurisdicción obligatoria para todos los conflictos internacionales cualquiera que sea su naturaleza” (García, 1999). El problema es si uno de los Estados no quiere cumplir, por lo cual la única solución es que se le declare la guerra, una guerra por la paz. Esta visión de Kelsen es un ideal loable, pero a la vez hay que tener en cuenta las críticas que hace Schmitt sobre las guerras por la humanidad y para la paz, donde se desnaturaliza por completo al enemigo, se le absolutiza tan plenamente que se le quita hasta su condición como ser humano, y por lo tanto lo único que hace es exacerbar la violencia que hay en ellas, recordemos este importante fragmento de Schmitt escrito en 1932:

Cuando un Estado combate a su enemigo político en nombre de la humanidad, no se trata de una guerra de la humanidad sino de una guerra en la que un determinado Estado pretende apropiarse un concepto universal frente a su adversario, con el fin de identificarse con él (a costa del adversario), del mismo modo que se puede hacer un mal uso de la paz, el progreso, la civilización con el fin de reivindicarlos para uno mismo negándose los al enemigo. “La humanidad” resulta ser un instrumento de lo más útil para las expansiones imperialistas, y en su forma ético-humanitarista constituye un vehículo específico del imperialismo económico. Aquí se podría, con una modificación muy plausible, aplicar una fórmula acuñada por Proudhon: el que dice humanidad está intentando engañar. Aducir el nombre de la “humanidad”, apelar a la humanidad, confiscar ese término, habida cuenta de que tan excelso nombre no puede ser pronunciado sin determinadas consecuencias, sólo puede poner de manifiesto la aterradora pretensión de negar al enemigo la calidad de hombres, declararlo *hors-la-loi* y *hors l’humanité*, y llevar así la guerra a la más extrema inhumanidad (Schmitt, 2009, pp. 83-84).

Es por esto que Schmitt aboga porque se reconozca al otro como enemigo, como ser humano, que se reconozca al otro como diferente, que se reconozcan las diferencias. Pero a la vez el concepto de soberanía de Schmitt parece tener cada vez menos trascendencia, porque en un mundo tan normativizado como el de hoy, el estado de excepción, tal como explica Schmitt, parece estar cada vez más lejos de poder realizarse. Al mismo tiempo un soberano todopoderoso como el que describe Schmitt, que puede modificar a su antojo el derecho y el Estado sin ninguna

restricción, no es aceptable para las exigencias modernas. Considerar y tener en cuenta las críticas que hace Schmitt no significa suscribirnos completamente a sus teorías sino reconocerlas, para así poder por lo menos tener una oportunidad de resolver los problemas que amenazan hoy en día a las democracias liberales.

Para concluir

Vale la pena señalar, que a pesar de las críticas válidas que se le puedan hacer al modelo kelseniano, este parece ser en esta época el modelo que mejor logra explicar el mundo moderno, un modelo que fue planteado hace casi noventa años pero que al mismo tiempo demuestra su vigencia y actualidad, con las múltiples instituciones de orden internacional, que hoy tienen una enorme injerencia y poder. Pero tampoco podemos olvidar las críticas que hace Schmitt, y tener en cuenta que en cualquier momento pueden surgir decisiones extralegales en las cuales, argumentando la defensa del orden, el soberano suspenda los derechos y garantías que existen en el ordenamiento jurídico y que se dan normalmente por sentadas. De ahí la importancia de estudiar y contrastar los conceptos que tienen tanto Kelsen como Schmitt, pues al corresponder a concepciones diferentes sobre el mismo fenómeno, nos permiten comprender mejor un fenómeno tan complejo como el de la soberanía.

Referencias

- Agapito, R. (2009). *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial.
- Aguilar, H. O. (Comp.). (2001). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Balakrishnan, G. (2000). *The enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*. London: Verso.
- Beaud, O. (1996). Soberanía. En P. Raynaud & S. Rials (Eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política* (736–745). Madrid: Akal Ediciones.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. (M. Bovero, Ed.). Madrid: Trotta Editorial.
- Borja, R. (2003). Soberanía. *Enciclopedia de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Calsamiglia, A. (1997). En defensa de Kelsen. Working Paper n. 129. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Carpizo, J. (2004). Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IV, 117–148.
- Córdova Vianello, L. (2007). La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt. *Revista Latinoamericana de Derecho*, año VI (7-8), 271–292

- Delgado Parra, M. C. (2009). El criterio amigo-enemigo en Carl Schmitt. El concepto de lo político como una noción ubicua y desterritorializada. *Revista Cuaderno de Materiales*, (14). Recuperado de <http://www.filosofia.net/materiales/num/num14/n14d.htm>
- García Amado, J. A. (2011). ¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen? En Montoya Brand, M. & Montoya Restrepo, N. (Eds.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas* (19–94). Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- García Pascual, C. (1999). Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (2). Recuperado de <http://www.uv.es/CEFD/2/pascual.html>
- Gaviria Díaz, C. (1981). Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen. *Estudios de Derecho*, XL (99), 363–386.
- Haffner, S. (2005). *La Revolución Alemana de 1918 - 1919*. Barcelona: Inédita.
- Kahn, P. W. (2012). *Teología política: cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía*. (Morales de Setien Revina, C. Trad.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Kelsen, H. (1946). *La paz por medio del derecho*. (Echávarri, L. Trad.) Buenos Aires: Editorial Losada.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría comunista del derecho y del estado*. (A. J. Weiss, Traductor). Buenos Aires: Emecé.
- Kelsen, H. (1972). *Teoría General del Estado*. (Legaz & Lacambra, L., Trad.). México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1988). Los fundamentos de la democracia. En Ruíz Manero, J. (Ed.), *Escritos sobre democracia y socialismo* (207–344). Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1989). Forma de Estado y visión del mundo. En Correas O. (Ed.), *El Otro Kelsen*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1992). *Esencia y valor de la democracia. Forma de Estado y filosofía*. (Legaz y Lacambra, L. & Luengo Tapia, R., Trad.). México: Colofón.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. (García Maynes, E., Trad.). México: UNAM.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. (Vernengo, R. J., Trad.) (16ta ed., p. 364). México: Porrúa.
- Krasner, S. D. (2001). *Soberanía, hipocresía organizada*. (Hierro, I., Trad.). Barcelona: Paidós.
- Losano, M. (2005). Entrevista a Mario Losano, entrevista de Manuel Atienza. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28.
- Martínez Márquez, W. A. (2009). La dictadura como encarnación de lo político: anotaciones en torno a Carl Schmitt. *Estudios Políticos*, (34), 47–62.
- Matteucci, N. (1997). Soberanía. En N. Bobbio, N. Matteucci, & G. Pasquino (Eds.), *Diccionario de Política* (10 ed., Vol. H-Z, pp. 1483–1492). Siglo XXI Editores.

- Molina, J. (2008). Antischmittscher affekt. Notas para el "Caso Schmitt." En J. Giraldo Ramírez & J. Molina (Eds.), *Carl Schmitt: derecho, política y grandes espacios* (1era ed.). Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Mouffe, C. (1999a). Introduction: Schmitt's Challenge. En C. Mouffe (Ed.), *The Challenge of Carl Schmitt* (pp. 7-17). London: Verso.
- Mouffe, C. (1999b). *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós.
- Mouffe, C. (2002). Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal. *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, (10), 5-25.
- Ruthers, B. (2004). *Carl Schmitt en el Tercer Reich: ¿La ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época?* (Villar Borda, L. Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sanz Moreno, J. A. (2002). *Ordenación jurídica y estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*. Granada: Comares.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (1990). *Sobre El Parlamentarismo*. (Nelsson, T. & Grueso, R., Trad.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Schmitt, C. (2002). Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. En H. O. Aguilar (Ed.), *Carl Schmitt, teólogo de la política* (19-64). México: Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, C. (2005). *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del "Jus publicum europeum"*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía.
- Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político* (5ta ed.). Madrid: Alianza.
- Suganami, H. (2007). Understanding sovereignty through Kelsen/Schmitt. *Review of International Studies*, 33 (03), 511-530. Recuperado de http://www.journals.cambridge.org/abstract_S0260210507007632
- Villar Borda, L. (2006). La teoría pluralista del Estado de Kelsen y la globalización. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (333), 81-112.
- Wyduckel, D. (1998). La soberanía en la historia de la dogmática alemana. *Fundamentos - Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (Primera Parte). (Ejemplar dedicado a: Soberanía y Constitución / coord. Ramón Punset Blanco), 203-294
- Zarka, Y. C. (2007). *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*. (Valladolid Bueno, T. Trad.) (1era ed.). Barcelona: Anthropos.
- Zolo, D. (2005). El globalismo judicial de Hans Kelsen. En Danilo Zolo. *Los Señores de la paz una crítica al globalismo jurídico* (21-45). Madrid: Dykinson.