

**Luciano Simonetti** ↪

## Poder constituyente, pueblo, constitución. La teoría constitucional de Schmitt a la luz de su giro institucional

*Constituent Power, People, Constitution. Schmitt's Constitutional Theory in Light of its Institutional Turn*

*Poder constituyente, povo, constituição. A teoria constitucional de Schmitt à luz de sua volta institucional*

**Resumen:** *El presente trabajo estudia los conceptos fundacionales de la teoría constitucional de Carl Schmitt, tal como ella es concebida en Teoría de la Constitución (1928), a la luz de su giro institucional. Para ello, primero se presenta el decisionismo schmittiano, plasmado en sus principales escritos de la década de 1920, incluido Teoría de la Constitución. En segundo lugar, se exhibe el giro institucional que sufrió su obra, acaecido en la década de 1930, que supuso el abandono —parcial— de su propuesta decisionista. A continuación, se analizan las categorías de la teoría constitucional schmittiana a la luz de su aparato conceptual institucional. Se concluye que dichos conceptos, tal como son formulados en Teoría de la Constitución, no son compatibles con el institucionalismo schmittiano, lo que exige su reconceptualización.*

**Palabras clave:** *Schmitt, decisionismo, institucionalismo, poder constituyente, pueblo, constitución.*

**Abstract:** *This paper studies the founding concepts of Carl Schmitt's constitutional theory, as conceived in Constitutional Theory (1928), in light of its institutional turn. To this end, it first presents Schmitt's decisionism, as expressed in his main writings of the 1920s, including Constitutional Theory. In second place, it exhibits the institutional turn that his work underwent in the 1930s, which implied the —partial— abandonment of his*

---

↪ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho Público Económico, Universidad de Chile. Diplomado en Pensamiento Contemporáneo: Filosofía y Pensamiento Político, Universidad Diego Portales.  
ORCID: 0000-0003-3563-5893

✉ [lsimonetti@uc.cl](mailto:lsimonetti@uc.cl)

*decisionist proposal. Afterwards, it offers an analysis of the categories of Schmittian constitutional theory in light of his institutional conceptual apparatus. It is concluded that these concepts, as formulated in Constitutional Theory, are not compatible with his institutional proposal, which requires their reconceptualization.*

**Keywords:** Schmitt, Decisionism, Institutionalism, Constituent Power, People, Constitution.

**Resumo:** *Este artigo estuda os conceitos fundamentais da teoria constitucional de Carl Schmitt, tal como concebida na Teoria da Constituição (1928), à luz de sua volta institucional. Para este fim, o decisionalismo de Schmitt é apresentado pela primeira vez, tal como está corporizado em seus principais escritos da década de 1920, incluindo a Teoria da Constituição. Em segundo lugar, mostra a reviravolta institucional que seu trabalho sofreu, que ocorreu na década de 1930, e que significou o —parcial— abandono de sua proposta decisionalista. As categorias da teoria constitucional de Schmittian são então analisadas à luz de seu aparato conceitual institucional. Conclui-se que estes conceitos, como formulados na Teoria da Constituição não são compatíveis com o institucionalismo Schmittiano, que requer sua reconceptualização.*

**Palavras-chave:** Schmitt, decisorismo, institucionalismo, poder constituinte, povo, constituição.

## Introducción

Carl Schmitt es un pensador que a nadie deja indiferente. Venerado, resistido o demonizado, se ha convertido en referencia obligada en el debate filosófico, político y jurídico de las últimas décadas. En particular, su influencia ha sido determinante en el campo de la teoría política y constitucional, siendo su obra *Teoría de la Constitución* y especialmente su categoría de poder constituyente decisivas en el desarrollo de esta área del conocimiento, influyendo en la obra de numerosos y diversos autores tales como Jacques Derrida, Andreas Kalyvas, Martin Loughlin y Fernando Atria.

Sustentada sobre el paradigma soberanista desarrollado en obras previas tales como *La Dictadura* (1921) y *Teología Política* (1922), la teoría constitucional schmittiana es de raigambre decisionista. Su poder constituyente es concebido como el ejercicio de la voluntad absoluta de un soberano plenipotenciario, abocado a la creación *exnihilo* de todo el orden normativo de una unidad política, dotado, consecuentemente, de plenos poderes para darle a ésta la forma que estime conveniente, sin frenos ni limitaciones de ningún tipo. Tal significación también repercute en conceptualizaciones soberanistas de otras categorías fundacionales de su teoría constitucional, tales como pueblo y constitución.

Sin embargo, la obra schmittiana no es unitaria, sufriendo alteraciones, giros y resignificaciones a lo largo de los años. En efecto, Schmitt modificó su estructura teórica en la década de 1930, abandonando —al menos parcialmente— el decisionismo y adoptando una aproximación institucionalista, que denominó pensamiento del orden concreto. Influenciado por eminentes pensadores institucionalistas de la época, tales como Maurice Hauriou y Santi Romano, el alemán incorporó lo social a su análisis, proponiendo así un entendimiento de lo político-jurídico que integra de manera equilibrada normas, decisiones y el orden concreto en el que las dos primeras se sustentan, y que otorga preponderancia y primacía a la normalidad por sobre la normatividad.

Tal giro exige revisar su propuesta constitucional. Atendido el cambio estructural adoptado, la teoría constitucional presentada en *Teoría de la Constitución* es incompatible con la conceptualización institucionalista adoptada por Schmitt a partir

de la década de 1930. Al construir sus principales categorías a partir del paradigma soberanista, la fisonomía que adquiere su aparato conceptual deviene irreconciliable con una caracterización de lo jurídico-político que integra como uno de sus elementos constitutivos a lo social y sus instituciones.

Este trabajo pretende exponer la incompatibilidad entre la teoría constitucional schmittiana, tal como ella es configurada en *Teoría de la Constitución*, y el pensamiento del orden concreto, desarrollado en la década de 1930. Para ello, primero presentaré el decisionismo schmittiano, repasando sus principales características. En segundo lugar, explicitaré las inconsistencias y contradicciones de mencionada doctrina, de las cuales Schmitt tomó consciencia, y expondré los pormenores de su propuesta institucionalista. A continuación, demostraré la incompatibilidad de su teoría constitucional con su pensamiento del orden concreto. Finalizaré planteando la necesidad de repensar las categorías constitucionales del alemán, si ellas han de ser integradas dentro de su propuesta institucionalista.

## II. Decisionismo Schmittiano

El decisionismo es una doctrina legal que sostiene que la existencia y vigencia del Derecho depende de una decisión política vacía de contenido normativo (Negretto, 1995, 49). Su vertiente schmittiana, en la cual la autoridad soberana es la fuente absoluta de toda decisión moral, legal y política, es pensada y presentada por el alemán como la antítesis del pensamiento normativista, particularmente el kelseniano, y de su consecuente concepción política basada en el ideal de la discusión racional como principio ordenador y configurador de lo político (Negretto, 1995, 49-51).

Para hacer frente a la hegemonía del pensar normativista, en *Teología Política* Schmitt intenta recuperar para el Derecho y la teoría constitucional moderna el concepto absolutista de soberanía. El concepto de decisión, ya presente en *Romanticismo Político* (1919) y en el cual refería a una actitud personal resuelta, adquiere en *Teología Política* una nueva dimensión, de carácter eminentemente legal y político (Negretto, 1995, 54). Será a través de esta reapropiación y resignificación del concepto de soberanía que Schmitt estructurará su propuesta legal decisionista, concepto que, por tanto, será el eje central de la misma.

El razonamiento schmittiano es el siguiente. Para el alemán, el problema central del Derecho no es la validez de los sistemas jurídicos sino su eficacia (Negretto, 1995, 54). Dicha eficacia, por su parte, depende de la decisión soberana —no de

una norma— sobre la cual todo orden se funda (Schmitt, 2009, 16). El contenido normativo de una disposición legal no puede determinarse por su correspondencia con una norma suprema —*Grundnorm*— ni por criterios normativos extra-políticos, sino por medio de una decisión política. Dicha decisión, por su parte, requiere la existencia de un soberano dotado de potestades suficientes para ejecutar tal existencial acción (Negretto, 1995, 54; Kahn, 2011, 64-65; Barber, 2005, 158-159).

Schmitt llega a esta conclusión por medio de la constatación de los estados de excepción, aquellas situaciones de extremo y concreto peligro para la subsistencia del Estado (Negretto, 1995, 54). Como explica Negretto, mientras el pensamiento constitucionalista liberal pretende obviar el elemento personal de la soberanía bajo la ficción de la objetividad e imparcialidad de la ley, Schmitt sostiene que dicha ilusión se disipa ante la emergencia del estado de excepción, cuya irrupción revela la verdadera voluntad gobernante. Ante el advenimiento de la extrema necesidad queda desnuda la incapacidad del Derecho para prevenir y resolver la situación concreta. En el caso excepcional, justamente en cuanto excepción, se revela el elemento decisional que pervive siempre y sobre el cual se construye lo jurídico, pues en él ninguna norma resulta aplicable. Es en esos momentos excepcionales en que, ante la inoperancia de la norma, el elemento decisional “se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio”, revelándose la centralidad del soberano y su decisión en el fenómeno jurídico-político (Schmitt, 2009, 18; Negretto, 1995, 54-55; Samir, 2006, 130; Vermeule, 2009, 1103-1104).

Así, el Derecho no existe, es vigente ni debe ser obedecido porque es resultado de una determinación racional, en virtud de la justicia de su contenido ni de la adecuación de sus disposiciones a determinadas prácticas e instituciones sociales. El Derecho existe y es obedecido porque ha sido impuesto por el soberano, la voluntad suprema dentro de la comunidad política, quien demanda su observancia para preservar la paz y la seguridad. La existencia —decisión— precede a la esencia —norma— (Kahn, 2011, 64).

Ahora, ¿cuál es la fisionomía de este soberano? Negretto sostiene que la mejor analogía para describir el tipo de autoridad soberana que Schmitt tiene en mente es el Dios Creador (Negretto, 1995, 57). El soberano schmittiano está dotado de omnipotencia, ya que ninguna ley lo vincula ni nada puede limitar el libre ejercicio de su voluntad, pudiendo en cualquier momento ejercer su poder e intervenir el Derecho, ya sea para modificarlo, suspenderlo o derogarlo (Hernando, 2001, 165). Sumado a ello, así como el Dios teológico es un actor permanente en la vida humana,

el soberano es un actor siempre presente en la vida política y legal de la comunidad, perviviendo a su lado y pudiendo intervenir con absoluta libertad y en el pleno ejercicio de sus infinitas potestades (Hernando, 2001, 165; Bodenheimer, 2016, 81). Por ello dirá Schmitt que “el estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología” (Schmitt, 2009, 37). El alemán convierte a su soberano en un Dios secularizado, capaz de crear un orden político-jurídico a partir de la nada. Ello queda en evidencia en su aseveración realizada en *Teología Política*, en la cual sostiene que “normativamente considerada la decisión nace de la nada” (Schmitt, 2009, 32). La decisión del soberano es así análoga a un acto del Dios creador: emana del caos para crear un orden completamente nuevo por medio de la actividad de su voluntad divina (Negretto, 1995, 58).

El decisionismo schmittiano se explica también por lo que no es, incluso más que por lo que pretende ser: es una implacable, absoluta y antitética negación de todos los valores sostenidos por el liberalismo. Es la negación del constitucionalismo positivista y de toda pretensión de fundar lo político sobre el ideal de la discusión racional y la primacía de lo razonable. Mientras el normativismo kelseniano, contrincante declarado de su decisionismo, hace reposar la vigencia y validez del ordenamiento jurídico en una *Grundnorm* que se halla más allá de todo cuestionamiento normativo, en el aparato conceptual schmittiano el orden legal se construye a partir de la decisión de un soberano plenipotenciario, que configura a voluntad el contenido y forma de la estructura jurídica de la comunidad política, sin limitaciones de ningún tipo y sin remisión a lo social y sus instituciones (Negretto, 1995, 69; Hernando, 2001, 166).

Es el propio Schmitt quien sostiene que, para que una decisión política sea efectiva, debe ser autónoma respecto de toda restricción y por tanto enteramente libre para producir el tipo de orden normativo que le plazca (Croce & Salvatore, 2013, 1.4). “La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio” (Schmitt, 2009, 18). Argumenta el alemán que “en toda decisión jurídica concreta hay un margen de indiferencia hacia el contenido, porque la conclusión jurídica no se puede deducir completamente de sus premisas y porque el hecho de que la decisión sea necesaria es ya, por sí sólo, un factor autónomo determinante” (Schmitt, 2009, 31). Por tanto, la decisión schmittiana no responde a criterio alguno. La excepción se instituye a sí misma, definiendo la medida de su propia aplicación y exigibilidad. Ello convierte al decisionismo de Schmitt en una teoría netamente negativa: se funda en la excepción, en el vacío normativo desde el cual una decisión absoluta puede determinar el orden jurídico y político sin la existencia de referentes que per-

mitan evaluar su procedencia y adecuación. Solo a partir de esa decisión absoluta e infundada se constituye la comunidad política y su orden normativo. Tal es la esencia del decisionismo schmittiano (Croce & Salvatore, 2013, 1.4).

### **III. Giro institucional: el pensamiento del orden concreto**

#### **A. Introducción**

Contrario a lo que muchos sostienen, y tal como fue anticipado, no es correcto caracterizar toda la obra de Schmitt como decisionista. En oposición a aquella lectura que ve en el alemán a un defensor acérrimo del decisionismo ocasionalista más radical, una lectura pormenorizada de su obra muestra que en ella existen textos que rompen con dicha caracterización. No cabe duda de que el alemán tuvo un período marcadamente decisionista, y sus obras más conocidas y comentadas fueron escritas en dicha época. Sin embargo, el decisionismo fue tan solo una de las propuestas teóricas a través de las cuales Schmitt buscó dar respuesta a la problemática más amplia que inspiró su obra vital: cómo fundar un orden estable y perdurable (Meierhenrich & Simons, 2016, 173). En efecto, el fracaso del Segundo Reich fue el evento existencial central en la vida de Schmitt. Dicha experiencia histórica y la inestabilidad que supuso motivó su búsqueda de un orden armónico y regular, tanto político como jurídico, social y cultural. Así, Meierhenrich sostiene que el pensamiento schmittiano debe entenderse ante todo como una respuesta al caos que en su época imperaba tanto en Alemania como en Europa y el mundo, en la cual Schmitt buscó activamente y en todas las direcciones conceptualizaciones que le permitiesen contrarrestar el desorden y caos hacia el cual parecían conducir las categorías de la modernidad (Meierhenrich & Simons, 2016, 174-175).

Por tanto, el objetivo de Schmitt no era justificar ni defender el decisionismo por sí mismo, como si se tratase de la articulación teórico-política más acabada y en sí deseable, sino solo en cuanto veía en él la posibilidad de garantizar la instauración y mantención de un orden concreto armónico y duradero. Su decisionismo fue, por tanto, tan solo la primera propuesta metodológica por él esbozada para dar respuesta a esa problemática.

Sin embargo, Schmitt se hizo consciente de que su aproximación decisionista era incapaz de garantizar el orden estable que tanto deseaba. Construyó, por tanto, una alternativa institucionalista, para así superar las limitaciones conceptuales de su primera propuesta a través de la inclusión de las prácticas sociales en su análisis so-

bre la configuración de lo normativo, tanto jurídico como político (Croce & Salvatore, 2013, 1.1). Lo relevante no será ya la decisión en cuanto tal, sino la decisión que es adoptada con un propósito específico, a saber, restablecer un orden concreto previamente existente (Samir, 2006, 139). A continuación, presentaré la transición schmittiana desde el decisionismo hacia el institucionalismo.

## **B. Las paradojas del decisionismo**

En su período decisionista Schmitt asevera que la decisión política no encuentra restricción ni limitación legal, siendo así libre para producir el orden concreto que desee, sin que exista criterio alguno para determinar la pertinencia de su contenido. Sin embargo, Croce y Salvatore sostienen que dicha conceptualización constituye un paralogismo, incapaz de explicar lo político-social y de entregar herramientas que permitan la conformación de un orden estable (Croce & Salvatore, 2013, 1.4). Tal insuficiencia se explica por el raciocinio schmittiano, que es como sigue: el criterio para determinar la procedencia de una decisión política es si su intervención es o no exitosa, es decir, si y sólo si es capaz de obtener de los miembros de una comunidad determinada la disposición a morir y matar a otros seres humanos. A su vez, esta disposición puede obtenerse si y sólo si esos miembros perciben realmente al homólogo seleccionado como su enemigo, es decir, como una comunidad que comparte un modo de vida que niega cualquier otro. Así, sostienen estos autores, queda en evidencia que Schmitt parece ignorar las consecuencias lógicas de su argumento: la identificación del enemigo por parte del soberano presupone que los miembros de la comunidad política sean ya conscientes de su propio modo de vida. De lo contrario, el soberano no sería capaz de evaluar si una unidad política externa es o no opuesta a la propia (Croce & Salvatore, 2013, 1.4).

Al mismo tiempo, Schmitt sostiene que existen decisiones adecuadas o correctas, cuya sola posibilidad teórica supone, en consecuencia, la posibilidad de que existan decisiones incorrectas. La distinción entre decisiones correctas e incorrectas solo puede existir en virtud de un criterio de orientación, el cual no puede ser otro que la conformidad u oposición del modo de vida de otra unidad política al modo de vida de la propia, el cual, para que sea siquiera posible la comparación, debe ser conocido al momento de tomar la decisión (Croce & Salvatore, 2013, 1.4).

De esta forma, la estructura conceptual de su decisionismo imposibilita a Schmitt identificar y conceptualizar correctamente la comunidad política específica en la cual se inserta y a la cual remite la decisión. Schmitt ha dicho que la decisión del sobe-



rano “crea” la propia comunidad política a partir de su oposición con otra, pero ¿cómo oponer la propia comunidad a otra sin conocer previamente lo que la distingue y constituye en primer lugar? Al mismo tiempo, aún si se cree posible realizar una determinación puramente negativa de la propia comunidad —en atención a su contraposición a otra—, una regresión al infinito supone que exista a lo menos una primera comunidad “originaria” que se constituya de manera independiente, sin remisión a terceras comunidades. Sin la presuposición de dicha comunidad la propuesta schmittiana deviene incongruente. Sin embargo, en su aparato conceptual la sola remisión a una comunidad originaria no definida por su enfrentamiento existencial a una opuesta es una contradicción. Como he señalado, según Schmitt la existencia política se define en virtud de la decisión del soberano, que determina quién es el enemigo. Pero para que dicha propuesta sea operativa, requiere de la comunidad originaria, la cual, sin embargo, no puede ser explicada desde estas categorías conceptuales. Por tanto, ella se convierte en un verdadero *a priori* sobre el cual se funda todo su decisionismo, cayendo Schmitt en el mismo tipo de reduccionismo que imputa y critica a Kelsen. Mientras Kelsen tiene que recurrir a una mítica norma fundamental infundada —*Grundnorm*— para que su aparato conceptual no se caiga a pedazos, Schmitt necesita recurrir a una comunidad fundamental —*Grundgemeinschaft*— en cuanto realidad generativa que permita la constitución y perpetuación de toda otra comunidad política para que su decisionismo sea operativo (Croce & Salvatore, 2013, 1.4).

Croce y Salvatore sostienen que Schmitt, en un intento por superar tal contradicción y punto ciego en su aparato conceptual, parece argumentar en *El Concepto de lo Político* contra su decisionismo, al reconocer que una comunidad no es capaz de identificar a su enemigo sin definir previamente su propio modo de vida. Sin embargo, al mantener inmutable la fisionomía del soberano y su decisión, entregándole la determinación de dicho modo de vida a su poder demiúrgico —y no, por ejemplo, a las instituciones y prácticas sociales—, quien queda así facultado para señalar a un enemigo a partir de la nada, Schmitt es incapaz de ofrecer la caracterización concreta, contextualizada y existencial de lo político que tanto buscaba. Ella deviene, por tanto, abstracta y desarraigada, asimilándose a aquellas teorías normativas cuyo esquema conceptual no se ve irritado por la realidad y que con tanto ahínco buscaba desmontar y desechar (Croce & Salvatore, 2013, 1.4).

En definitiva, el decisionismo schmittiano, al definir la comunidad política a partir de una decisión absoluta del soberano y en virtud de su radical oposición a una otra antagónica, es incapaz de explicar cuáles son los lazos fundamentales com-

partidos por los miembros de una comunidad política determinada que hacen de ella esa unidad distintiva en primer lugar. Schmitt describe a la comunidad política únicamente en su función polémica, en términos puramente negativos, como aquello que no es la comunidad opuesta, sin identificar los factores que inducen a sus miembros a unirse en torno a una asociación política (Croce & Salvatore, 2013, 1.4). Dicen Croce y Salvatore (2013, 1.4): “sólo sabemos que un enemigo es aquel que niega nuestra propia forma de vida. ¿Pero quiénes son los amigos? ¿Bajo qué condiciones se puede decir que un conjunto de seres humanos comparte un modo de vida común? ¿Cómo puede determinarse algo en comparación con algo indeterminado?”<sup>(1)</sup>

Así, si bien Schmitt presupone la existencia de un pluriverso político, su propia genealogía nos lleva a que la constitución de dicho pluriverso requiere una comunidad originaria cuyo particular modo de existencia no es determinado en términos polémicos sino de manera autónoma, a partir de criterios sustantivos capaces de dar forma, por sí, a la comunidad política (Croce & Salvatore, 2013, 1.4). Y si la comunidad originaria requiere constituirse a partir de criterios positivos, ¿qué obsta a que cualquiera otra lo haga también? Si al menos una comunidad es capaz de constituirse por sí misma, sin remisión a una comunidad antitética ¿por qué hemos de asumir que el resto no lo es?

De esta forma, la lógica de la decisión se desmorona. Ni siquiera queda claro si es la decisión la que crea al enemigo o si simplemente señala y hace visible una contraposición ontológica preexistente. En base a ello, Karl Löwith constata que, en cuanto más precisa y sensible al estatus quo es la decisión —es decir, cuanto más exitosa es su intervención y su señalamiento del enemigo—, menos relevante muestra ser en cuanto fundamento ontológico de la unidad política. Tal parece ser la paradoja de la decisión: mientras más adecuada y precisa su intervención, más innecesaria aparece. Tal paradoja de la irrelevancia es también evidencia de que la existencia de una comunidad política y de su orden concreto se sustentan sobre otros pilares distintos de la decisión soberana (Croce & Salvatore, 2013, 1.4).

Como exponen Croce y Salvatore (2013, 1.4), la constatación y reconocimiento de estos callejones sin salida llevaron a Schmitt a abandonar el decisionismo más radical de sus primeros escritos y a dar un giro institucionalista en la década de 1930.

## C. Cambio de paradigma: del decisionismo al pensamiento del orden concreto

En la década de 1930, Schmitt abandona el enfoque puramente decisionista y adopta una perspectiva institucional de la realidad política, jurídica y social (Croce & Salvatore, 2013, 2.1). Este cambio conceptual, contrario a lo que mayoritariamente se piensa, no es una mera decisión oportunista ligada a las transformaciones políticas que acaecían en la Alemania de la época. Al contrario, y como muestran Croce y Salvatore (2013, 2.1), Schmitt considera que un giro institucional es la solución a ciertos dilemas teóricos a los que no había podido dar satisfactoria respuesta en trabajos anteriores. Por ello dirá en el prefacio a la segunda edición de *Teología Política*, escrito en 1933, que entonces distinguía ya no dos tipos de pensamiento jurídico —normativismo y decisionismo— sino tres —incorporando al pensamiento del orden concreto— (Croce, 2011, 48).

El texto más representativo de su giro institucional es *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934) (Croce & Salvatore, 2013, 2.1). En dicha obra Schmitt identifica y distingue tres formas de aproximación al fenómeno jurídico: normativismo, decisionismo y el pensamiento del orden concreto. Los dos primeros, en su opinión, son resultado de una entrega irreflexiva y unilateral a uno de los elementos que tradicionalmente se han entendido constitutivos del Derecho —reglas y decisiones. El normativismo, obcecado con las reglas, desarrolla una aproximación puramente conceptual al Derecho, que comprende lo jurídico como estructura meramente formal. El decisionismo, por su parte, es fruto de un análisis estrictamente fáctico, otorgando desproporcionado énfasis al rol de la decisión soberana (Schmitt, 1996, 5; Croce & Salvatore, 2013, 2.2).

Frente a tales extremos, Schmitt introduce un tercer tipo de pensamiento jurídico: la teoría institucional del Derecho —que él prefiere llamar pensamiento del orden concreto y de la cual se identifica como representante—, que, distanciándose del unilateralismo de las otras dos aproximaciones, integra tanto a las reglas como a las decisiones en cuanto elementos conformadores del orden jurídico (Schmitt, 1996, 66; Croce & Salvatore, 2013, 2.2). A ellas, además, agrega al orden concreto como tercer elemento constitutivo del Derecho. Schmitt está convencido de que, al integrar reglas y decisiones de manera adecuada, equilibrada y armónica en el contexto de un orden concreto determinado, es capaz de construir una propuesta conceptual más sólida y completa que el normativismo y el decisionismo, que no subestima ni sobrestima ninguno de los elementos constitutivos de lo jurídico (Croce & Salvatore, 2013, 2.2).

En *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, el principal objetivo de Schmitt es probar que normas, decisiones e instituciones son igualmente relevantes en la constitución, funcionamiento y preservación de todo orden normativo y que el mismo no puede prescindir de ninguna de ellas. Por ello criticará las aproximaciones que consideran al Derecho sólo como un conjunto de reglas o el producto de una decisión soberana —alejándose así de su decisionismo previo—, para luego afirmar que tanto reglas como decisiones están intrínsecamente relacionadas a la fábrica social de la cual emergen. En base a ello desarrollará una particular propuesta que concibe al Derecho como custodio de la realidad social y condición de posibilidad para que las instituciones subsistan y florezcan (Croce & Salvatore, 2013, 2.2). Tal propuesta será resumida a continuación.

#### **D. El institucionalismo de Schmitt**

En su institucionalismo, Schmitt sostiene que el orden legal no es un mero compendio de normas. Ellas suponen, como ha sido mencionado, la existencia de un orden concreto en el cual se inscriben y de decisiones que las hacen exigibles. Contrario al normativismo, que coloca en el centro de lo jurídico a la norma, Schmitt se centra en la normalidad subyacente (Croce & Salvatore, 2013, 2.3). Las normas emanan de prácticas sociales previas que el orden concreto debe preservar y promover (Croce, 2011, 48). En el pensamiento institucional schmittiano las normas están subordinadas a las instituciones y la normalidad ha de ser el centro del análisis jurídico, en cuanto condición de posibilidad y fuente de toda norma (Tschorne, 2020a, 115).

En *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Schmitt remite en varias ocasiones a la noción de normalidad. Normalidad es la manera en que se desenvuelve la vida social cuando ella opera de manera apropiada. Ninguna norma legal puede capturar de manera fehaciente y definitiva la normalidad en sus descripciones típicas. Las disposiciones legales solo pueden propender a la conservación y prosperidad de tal normalidad que las antecede y de la cual emanan (Croce & Salvatore, 2013, 2.3).

La normalidad se relaciona con las instituciones, si bien no son idénticas. Mientras las instituciones son el soporte de la normalidad, ésta es la condición de posibilidad para que aquellas sobrevivan. La normatividad, por su parte, no es más que la normalidad producida por las instituciones en su desenvolvimiento en el quehacer cotidiano de una determinada comunidad (Croce & Salvatore, 2013, 2.3). Así, las normas legales se construyen a partir de una normalidad previa, la que es por su parte perpetuada por las instituciones. Las normas, por tanto, se limitan a constatar una red

de relaciones sociales preexistentes. Tales relaciones producen regularidades que van configurando un orden interno concreto, compuesto por rutinas y reiteraciones, que han de ser capturadas por las disposiciones legales (Croce & Salvatore, 2013, 2.3).

A pesar de la centralidad de los conceptos normalidad e institución, Schmitt nunca los define, por lo que ellos deben ser conceptualizados a partir de la lectura de su contexto dentro de la teoría institucional schmittiana y la integración de otros autores cuyo pensamiento opera como fuente, siquiera mediata, de su teoría (Croce & Salvatore, 2013, 2.4). Así, para conceptualizar la normalidad a que refiere Schmitt, Croce y Salvatore recurren a Wittgenstein, para quien normalidad no es una mera descripción estadística de la manera en que las cosas operan generalmente, sino un dispositivo normativo que cumple funciones constitutivas. La forma normal de hacer las cosas es un estándar que los miembros de la comunidad usan como referencia para determinar si una acción o inacción es correcta o incorrecta en un contexto determinado (Croce & Salvatore, 2013, 2.3). De esta manera, la reiteración regular constituye el criterio, siempre provisional, que se fija para acciones futuras, lo que va estableciendo parámetros de normalidad que a su vez configuran un orden concreto para la comunidad política.

Bajo este entender, las normas jurídicas están llamadas a proteger y sustentar el orden concreto socialmente configurado, para asegurar su estabilidad y proyección al futuro. La norma está así subordinada a la situación normal, de la cual deriva y a la cual su contenido remite con el objeto de propender a su estabilización. Las normas legales, en definitiva, deben determinar y estabilizar aquello que en un contexto determinado constituye el caso normal, proveyendo a su conservación al hacerlas exigibles aún de manera forzosa (Croce & Salvatore, 2013, 2.3).

Tampoco define Schmitt lo que entiende por institución, limitándose a enumerar algunas de ellas, tales como familia, iglesia o ejército (Schmitt, 1996, 72). Omite a su vez una explicación suficiente sobre qué es lo que convierte a una teoría legal en institucionalista. Croce y Salvatore (2013, 2.4) sostienen que, para Schmitt, institucionalista es aquella teoría que otorga la debida importancia a lo social y su relación con lo jurídico en su configuración conceptual. Al mismo tiempo, afirman que las instituciones son, en el pensamiento schmittiano, el elemento central del fenómeno jurídico. Son productos sociales que se insertan en una forma concreta de existencia política, a partir de las cuales se construye el ordenamiento normativo de la comunidad (Croce & Salvatore, 2013, 2.4).

Para comprender lo que Schmitt entiende por institución, mencionados autores remiten a la antropología filosófica que se desarrollaba en la Alemania de principios de siglo XX, la cual fue muy influyente en la constitución de una teoría socio-antropológica de la institución. Si bien Schmitt fue crítico de dicho institucionalismo, en cuanto sus representantes subvaloraron el rol del Derecho en la vida de las instituciones, Croce y Salvatore consideran que el institucionalismo schmittiano debe mucho a la antropología filosófica de su época (Croce & Salvatore, 2013, 2.4).

Tal tradición sostiene que la capacidad de transmitir información sobre el mundo por medios simbólicos permite a los humanos elaborar patrones de conducta en los que las experiencias pasadas pueden ser reunidas y transmitidas de generación en generación (Croce & Salvatore, 2013, 2.4). Según Arnold Gehlen —uno de los principales representantes de esta corriente— el ser humano no tiene un ecosistema ni entorno específico sino un mundo que debe transformar y determinar por medio de sus capacidades para poder conducirse de manera exitosa en él. Aquello se logra por medio de la cultura, que permite a los humanos estrechar su mundo y neutralizar las incertidumbres propias de su impredecible relación con su entorno natural (Croce, 2011, 49). Así, en cuanto miembro de una comunidad histórica determinada, todo humano recibe un conjunto de conocimientos, tanto prácticos como teóricos, que se convierten en verdadero alivio para su receptor, quien así tiene acceso a la experiencia de generaciones pasadas que ayudaron a construir el mundo social (Croce & Salvatore, 2013, 2.4). Tal conocimiento está compuesto por patrones de conducta institucionalizados, que han sido estabilizados y reforzados por medio de un proceso histórico de institucionalización, generando formas culturalmente producidas que dan coherencia y continuidad a la experiencia humana. De esta manera, para Gehlen las instituciones son soportes externos que potencian la actividad del hombre, dibujando los límites de la comunidad política, en la cual los humanos pueden perseguir metas comunes y moldear sus individualidades a partir de modelos de vida compartidos (Croce & Salvatore, 2013, 2.4).

Por tanto, las instituciones reflejan y estabilizan las normas que subyacen las diversas formas de interacción humana que emergen en un determinado contexto geo-histórico, creando así un orden concreto. Ellas no solo son soportes externos sino elementos constitutivos de la vida humana, moldeando sus percepciones, sentimientos, pensamientos y acciones, para que ésta, sobre dicha base, pueda moldearse a sí misma. Son, en definitiva, la condición de posibilidad de un orden social estable, en cuanto proveen patrones de conducta que orientan el accionar del individuo en un contexto colectivo (Croce, 2011, 49-50; Croce & Salvatore, 2013, 2.4).

De esta forma, las instituciones cumplen dos funciones: una suplementaria y otra constitutiva. Suplementaria, en cuanto alivian los agobios generados por la insuficiencia de la biología humana, construyendo un mundo predecible. Constitutiva, en cuanto producen modelos de conducta que abren espacios de actuación posibles y que convierten a quienes participan establemente en ellos en miembros de la misma comunidad (Croce & Salvatore, 2013, 2.4). Los humanos no pueden experimentar una vida sin modelos ni estándares culturalmente predeterminados. Requieren de una normalidad estable, que genere criterios y provea metas.

Croce y Salvatore (2013, 2.4) sostienen que esta es la noción de institución sobre la que Schmitt construye su propuesta. En efecto, en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* el alemán se basa, de manera implícita, en una idea de realidad social muy distinta a aquella presente en sus anteriores trabajos de raigambre decisionista. En dicha obra, Schmitt sostiene que, mientras el normativismo malentiende la naturaleza de las normas, el decisionismo no capta la naturaleza de la realidad social. Los decisionistas, tal como él anteriormente, insisten en que el orden legal emana de la nada, donde la aparición mesiánica de la ley erradica el desorden absoluto preexistente. Schmitt ahora entiende que no existe tal desorden pues toda interacción humana supone la existencia previa de instituciones que guíen la conducta. Por ello, nunca existe tal absoluto vacío que la decisión vendría a resolver (Croce & Salvatore, 2013, 2.5). La sola existencia de un soberano requiere la preexistencia de una comunidad política en la cual él se inserta y de instituciones sociales que permitan la preservación y proyección futura de tal agrupación.

Ante mencionada preexistencia institucional, Schmitt considera que la función del orden jurídico es preservar los patrones del orden concreto institucional, el cual, sostiene, no puede subsistir sin un orden legal que lo estabilice y haga exigible en cuanto conjunto limitado de criterios de normalidad. Así, la noción schmittiana de ley deja de ser la de un dispositivo creativo para pasar a ser, a partir de su giro institucional, uno selectivo, encargado de seleccionar y estabilizar las condiciones de normalidad que hacen a una comunidad esa comunidad (Croce & Salvatore, 2013, 2.5).

De esta forma, en el institucionalismo schmittiano el orden concreto reemplaza el rol de la decisión soberana y se convierte en la clave para la constitución y mantenimiento de un orden legal y político determinado. La comunidad política no es creada por una decisión, sino que se desarrolla desde y a partir de una normalidad que la sostiene y a la cual el Derecho remite, debiendo proteger y promover (Croce & Salvatore, 2013, 3.1). El orden legal no es el producto de una excepción artifi-

cial, sino un conjunto de directrices que deben detectar y proteger la normalidad. Ésta, por su parte, es compuesta por un conjunto de prácticas que definen la identidad de la colectividad y que por ello deben ser preservadas para que ella sobreviva. Por tanto, y para propender a dicha preservación, el Derecho debe proteger esas prácticas sociales en cuanto las instituciones que la producen son incapaces, en opinión de Schmitt, de subsistir por sí solas y de asegurar la reproducción estable de la colectividad. Solo reafirmando y exigiendo esa normalidad el orden legal cumple su rol esencial: garantizar la preservación del orden concreto imperante en una comunidad política determinada (Croce & Salvatore, 2013, 3.5).

Cabe recordar que el institucionalismo schmittiano es un giro y no un quiebre respecto de su decisionismo. A diferencia de otros pensadores institucionalistas, cuyo análisis los lleva hacia la constatación y consagración del pluralismo jurídico y político, Schmitt sigue creyendo, tal como en su época decisionista, que una comunidad sin un centro político sólido y estable está condenada a la ruina producida por su propio pluralismo interno (Croce & Salvatore, 2013, 3.2). En el institucionalismo decisionista de Schmitt resulta fundamental la existencia de un centro político que “filtre” los inputs sociales para asegurar la suficiente coherencia y homogeneidad del orden normativo, tanto respecto de sí mismo como de la identidad de la comunidad. En cuanto el alemán considera que el más grave peligro de una sociedad es la multiplicación descontrolada de instituciones sociales y con ello la proliferación de tendencias centrífugas que pueden atentar contra la preservación de la comunidad, el Derecho debe seleccionar aquellas instituciones y prácticas sociales compatibles con la identidad política colectiva y reprimir las que atentan contra ella (Croce & Salvatore, 2013, 3.2). El Derecho es así el instrumento del que dispone el poder político para preservar el orden concreto de la sociedad.

La estabilidad política y social se logrará, entonces, protegiendo y reforzando algunas instituciones legalmente reconocidas que contribuyen a la estabilidad y continuidad de un orden determinado. Una decisión que emana de la nada no es capaz de proveer tal estabilidad. Solo un conjunto de prácticas estables, reiteradas y socialmente difundidas, seleccionadas y exigidas —aún por la fuerza— por un centro o poder político que asegure la coherencia de estas entre sí y respecto a la identidad de la comunidad, canalizándolos a través de un cúmulo limitado de instituciones cuyas finalidades particulares son compatibles con los objetivos comunes de la colectividad, es capaz de garantizar la vigencia y estabilidad de la comunidad política.



Esta es la esencia del institucionalismo de Schmitt, una aproximación conceptual que le permitió explicar y garantizar la estabilidad de un orden concreto con mayor éxito que en su época decisionista. A continuación, expondré las implicancias que este giro supone para las principales categorías de su obra *Teoría de la Constitución*, fuertemente influenciada por su decisionismo.

## IV. La teoría constitucional schmittiana a la luz de su giro institucional

### A. Introducción

*Teoría de la Constitución* es el trabajo más sistemático de Carl Schmitt. En él ofrece una teoría constitucional que combina profundidad teórica y analítica con un análisis histórico de la experiencia constitucional alemana y europea. No obstante, tal libro fue publicado en 1928, antes de que el alemán diera su giro institucional, lo que hace que su base conceptual sea el decisionismo. Por ello, analizaré los conceptos fundacionales de su propuesta constitucional contenida en dicha obra a la luz de su giro institucional, para evaluar la compatibilidad y procedencia de ellos en este nuevo marco teórico.

El poder constituyente es el eje en torno al cual Schmitt construye toda su teoría constitucional. Es a partir de él y su particular fisionomía que todo otro concepto es tematizado y dotado de sentido. Sin embargo, no se trata de un concepto enteramente nuevo, cuyas propiedades responden únicamente a la elucubración constitucional de Schmitt, sino que se nutre de otras categorías preexistentes en el corpus schmittiano. En efecto, Renato Cristi sostiene que el poder constituyente opera en *Teoría de la Constitución* como sustituto de la soberanía, concepto central en su decisionismo. Si bien en dicha obra el alemán no discute expresamente el tema de la soberanía, él se reencarna en el poder constituyente, al cual transmuta sus prerrogativas, preservando su existencia y rol en la conceptualización de lo político (Cristi, 2008, 17; Cristi & Ruiz-Tagle, 2017, 171). Para Schmitt, que una constitución democrática no otorgue prerrogativas absolutas a una persona en particular no supone la desaparición de la decisión soberana. Solo implica que tal decisión, en democracia, ha de manifestarse a través del ejercicio del poder constituyente del pueblo (cf. Vinx, 2014). Por tanto, no es posible entender el poder constituyente schmittiano sin remisión al concepto de soberanía.

Soberano es quien decide sobre el estado de excepción (Schmitt, 2009, 13). Como ya fue explicado anteriormente, la soberanía se manifiesta a través de una decisión, de manera que, para que su consideración no sea puramente abstracta y

retórica, ella debe materializarse siempre en un sujeto personal capaz de tomar y exigir dicha decisión. Ello explica que, en un primer momento, Schmitt considerase que el sujeto soberano solo pudiese ser un monarca, pues es el único capaz de las acciones que suponen el ejercicio de la soberanía (Cristi, 2008, 20).

De esta forma, *Teoría de la Constitución* presupone la noción de soberanía (Cristi, 2008, 23). Para Schmitt las constituciones no son autogeneradas ni autosuficientes, sino que se fundan sobre decisiones constituyentes, que son soberanas en la medida que crean el sistema jurídico-político a partir de la nada normativa (Cristi, 2008, 23). Si el alemán no trata explícitamente la soberanía en dicha obra es porque busca un compromiso entre los ideales liberales imperantes en el constitucionalismo de la época y los actos de voluntad política necesarios para hacer efectivos esos ideales. Para lograr dicho compromiso Schmitt deja atrás el absolutismo monárquico. Sin embargo, no abandona la idea de soberanía, canalizando su actividad a través del poder constituyente, concepto asociado a la tradición constitucional democrática, e incorporando en él a un nuevo titular absoluto: el pueblo (Cristi & Ruiz-Tagle, 2017, 63; Cristi, 2008, 24-25; Eleftheriadis, 2016, 43).

Así, el concepto de soberanía está presente en *Teoría de la Constitución* a través del poder constituyente, cuyo ejercicio produce la génesis de una constitución. Por ello, y si bien dicha obra parece abrirse a ideas liberales y democráticas, atendidos los conceptos sobre los que se construye, su raigambre sigue siendo soberanista, por lo que sus categorías responden a dicho paradigma. Atendido lo expuesto, demostraré que la teoría constitucional schmittiana, tal como es presentada en *Teoría de la Constitución*, es incompatible con el aparato conceptual institucionalista. Ello lo haré a través del análisis de tres de sus principales categorías: poder constituyente, pueblo y constitución. Sostendré que tal incompatibilidad se explica principalmente por su raíz soberanista, por lo que cualquier propuesta constitucional que pretenda coherencia con los pilares teóricos del institucionalismo schmittiano debe rechazar mencionado paradigma.

## **B. Poder constituyente, pueblo y constitución en *Teoría de la Constitución***

### **i) Poder constituyente**

“Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existen-

cia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (Schmitt, 2011, 123-124). Tal es la conceptualización schmittiana de poder constituyente. Se trata de una voluntad política que, por medio de su actividad, manifestada a través de procedimientos por ella misma fijados, determina la forma de la unidad política (Bohórquez, 2006, 532). En cuanto voluntad, su actividad se revela por medio de decisiones. Por ello dice Schmitt que “el poder constituyente es voluntad política: ser político concreto (...) [por ello] la constitución tiene que ser una decisión, y todo acto del poder constituyente, un mandato”, agregando luego que “el poder constituyente se ejerce mediante el acto de la decisión política fundamental” (Schmitt, 2011, 124-125 y 143). De esta forma, es la voluntad del poder constituyente, manifestada a través de su decisión, la que configura la entera fisonomía de la comunidad política.

El poder constituyente revela toda su fuerza y su capacidad de configurar el orden social en el evento de la creación constitucional. Es en ese acto en el cual la unidad política adquiere su forma particular (Bohórquez, 2006, 534-535). Dice Schmitt (2011, 124) que una constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez, sino en una decisión surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser, donde la palabra voluntad denuncia lo esencialmente existencial de dicho fundamento. Afirma: “en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente” (Schmitt, 2011, 60). Así, en cuanto fuerza creadora de la constitución, el poder constituyente es previo, ontológica y cronológicamente, a todo pacto o constitución, de manera que su modificación o desaparición no altera la fisonomía del poder constituyente, el cual conserva siempre su carácter absoluto y originario, independiente del devenir de las formas normativas que su actividad ha gestado (Bohórquez, 2006, 535; Cristi & Ruiz-Tagle, 2017, 172).

Schmitt (2011, 58-59) cree que se pueden introducir nuevas formas a la unidad política a través de enmiendas, reformas o cambios constitucionales, pero siempre hay detrás de ellas un sujeto capaz de obrar, cuya voluntad crea dichas configuraciones. La fisonomía de una comunidad política emana y depende de una decisión consciente que el poder constituyente adopta por sí y para sí, y cuya vigencia en el tiempo depende, también, de su propia voluntad. Es sobre la decisión de esta voluntad originaria que todo orden normativo reposa. Por ello sentencia Schmitt que “toda ley (...) necesita para su validez en último término una decisión política previa” (Schmitt, 2011, 59).

Esta conceptualización permite a Schmitt sacar ciertas conclusiones. Primero, el ejercicio de la voluntad constituyente no agota ni suprime al poder constituyente, pues él es solo una de sus posibles e ilimitadas expresiones. Segundo, la constitución no puede suprimir al poder constituyente que le dio origen y que sostiene su vigencia. Tercero, y en cuanto puede adoptar la decisión política fundamental, el poder constituyente es el verdadero soberano en los regímenes democráticos. Él es quien puede resolver la situación más crítica y excepcional de todas, aquella en la cual la subsistencia de la unidad política peligra, por medio de la derogación de la constitución vigente y la creación de otra, vislumbrándose en ese instante su potencial innovador, manifestación de su soberanía (Bohórquez, 2006,535). Resulta evidente, por tanto, que solo una concepción voluntarista y decisionista del poder constituyente permite vincularlo con la noción de soberanía que a través de dicho concepto Schmitt busca perpetuar.

Dicha voluntad originaria encuentra sus raíces en la teología. El propio Schmitt reconoce que, en la concepción medieval, solo Dios tiene *potestas constituens*, la que luego sería parcialmente secularizada por Sieyès, en cuya conceptualización los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía fuertes (Schmitt, 2011, 125-126). Dice el alemán que en Sieyès el *pouvoir constituant*, en su relación con todos los *pouvoirs constitués*, se presenta de manera análoga a la relación que entre la *natura naturans* y la *natura naturata* existe en la doctrina teológica de Spinoza: “una última base no creada de todas las formas, pero no susceptible ella misma de ser encerrada en una forma, produciendo eternamente formas nuevas; formando, aforme, todas las formas” (Schmitt, 2011, 128). Si bien guarda ciertas distancias, es a partir de dicha conceptualización que Schmitt configura la fisonomía y potestades de su poder constituyente. Esto es plenamente coherente con las bases metodológicas sobre las que Schmitt construye no solo su teoría constitucional sino el resto de su obra durante su período decisionista. Basta recordar su famosa declaración realizada en *Teología Política*, por la que sostiene que “todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados” (Schmitt, 2009, 37).

El carácter teológico de su poder constituyente también se ve reflejado en que, tal como el Dios cristiano, que no solo crea el mundo sino que pervive al lado de él, pudiendo intervenir en él en cualquier momento por medio de milagros, el poder constituyente no solo crea los poderes constituidos sino que sobrevive al lado de ellos, pudiendo intervenir en todo momento por medio de decisiones adoptadas en contextos de excepción. Los poderes constituidos, tal como el mundo terrenal en la

teología cristiana, solo existen y sobreviven en el tiempo mientras así lo desee la voluntad constituyente, la que ha de ser renovada constantemente para así propender a su perpetuación (Barshack, 2006, 188). De esta forma, resulta evidente la raíz teológica del poder constituyente schmittiano, lo que determina su fisonomía.

La más clara consecuencia de la raíz divina de la voluntad política es su carácter absoluto. Andrew Arato declara que, en general, las doctrinas políticas de raigambre teológica, entre las que se cuenta el decisionismo de Schmitt, suelen basarse sobre significaciones profundamente autoritarias. Ello no puede ser de otra forma pues, como muestra Eleftheriadis (2010, 538), el concepto de soberanía, basamento del poder constituyente schmittiano, supone la afirmación del absolutismo, del poder ilimitado liberado de toda restricción normativa. La voluntad soberana no conoce límites, es creatividad absoluta, infinita e infalible, capaz de ejecutar sus deseos en el tiempo y forma que mejor le plazca (Arato, 2016, 269-272). Dice Schmitt (2011, 129-130): “la nación puede cambiar sus formas y darse siempre nuevas formas de su existencia política; tiene la entera libertad de autodeterminación política, puede ser ‘lo que, aforme, forma’”. En consecuencia, no existe procedimiento reglado alguno al cual se encuentre vinculada y comprometida la actividad del poder constituyente, regulándose a sí misma —que es lo mismo que decir que no tiene regulación. Su actividad se manifiesta a través de cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política. Afirma Schmitt (2011, 129-132): “su fuerza vital y energía son inagotables, y siempre capaces de encontrar nuevas formas de existencia política (...) corresponde a la inmediatez de esta voluntad popular el poder exteriorizarse con independencia de todo procedimiento prescrito y todo método prescrito”.

Coherente con lo expuesto, Schmitt (2011, 128) sostiene que el poder constituyente, en cuanto no está vinculado a formas ni procedimientos, actúa y pervive siempre en estado de naturaleza. Él es la fuente de todas las facultades y competencias constituidas en la constitución, pero nunca puede constituirse y ser enclaustrado en ella. El poder constituyente sigue siendo siempre el basamento de todo el acontecer político, la fuente de la fuerza que se manifiesta siempre en formas nuevas, no subordinando nunca su existencia política a una formulación definitiva. Esto lo convierte, en los hechos, en una dictadura. En efecto, el propio Schmitt (2011, 103) afirma que “la peculiar situación de una Asamblea Constituyente que se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, puede designarse con la mayor propiedad ‘dictadura soberana’”, pues “todo lo que hace es emanación inmediata de un poder político que inmediatamente se le ha transmitido, no frenado

por ninguna división de poderes o control constitucional”, pudiendo adoptar, por tanto, y “sin otra limitación que aquella que él mismo se imponga, todas las medidas que le parezcan exigibles”.

Así, el poder constituyente schmittiano es plenamente libre para instaurar el orden normativo que desee. En su actividad no encuentra limitaciones internas —que emanen de su fisionomía— ni externas —lo histórico, lo fáctico o lo social. Se trata de una voluntad política soberana que, ejerciendo sus divinas facultades de naturaleza absoluta, puede deponer un orden y crear otro completamente nuevo desde la nada, asignándole las características que estime convenientes, teniendo por único “límite” sus propias fronteras imaginativas.

## ii) Pueblo

“El pueblo es, en la democracia, sujeto del poder constituyente (...) toda constitución, según la concepción democrática, se basa (...) en la decisión política concreta del pueblo dotado de capacidad política. Toda constitución democrática supone un tal pueblo con capacidad” (Schmitt, 2011, 309). Tal es el rol que Schmitt asigna al pueblo en los regímenes democráticos: es el sujeto constituyente, que ocupa el espacio y ejerce las facultades del poder constituyente.

Schmitt distingue diversas significaciones que el concepto pueblo ha adoptado en la moderna teoría constitucional. Distingue entre el pueblo como magnitud no formada y por tanto no regulada por la ley constitucional, y el pueblo como entidad organizada y regulada por la ley, donde la constitución prevé procedimientos de votación a través de los cuales puede determinarse —si bien ficticiamente, dirá el alemán— su voluntad. La significación que interesa a Schmitt es la primera: pueblo como magnitud no formada. En dicha concepción, el pueblo es, a la vez, sujeto del poder constituyente, portador de la opinión pública, sujeto de aclamación y, en los demás casos, constante negatividad, potencia política siempre presente que aglutina a todos quienes no gobiernan ni ostentan puestos de poder (Schmitt, 2011, 323). En cuanto magnitud no formada, el pueblo tiene, no obstante, la capacidad de actuar políticamente, no a través de vías institucionalizadas sino asumiendo el rol de sujeto del poder constituyente y otorgándose una constitución (Bohórquez, 2006, 533). El pueblo es así el principio dinámico del poder democrático, quien constituye y deconstituye la fisionomía normativa de la unidad política (Bohórquez, 2006, 547).

En cuanto sujeto del poder constituyente —cuyas características ya explica-

mos—, el pueblo se encuentra fuera y por encima de toda regulación constitucional (Schmitt, 2011, 313). Dice Schmitt que cuando por ley constitucional se le transfieren competencias, tales como la capacidad de votar, no por ello se agota y acaba su posibilidad de actuar, pues junto a tales formaciones sigue subsistiendo el pueblo como magnitud inmediatamente presente. El pueblo siempre subsiste junto a aquellos espacios constitucionalmente asignados de participación, como una entidad esencialmente no organizada ni estructurada (Schmitt, 2011, 313).

Sin embargo, el pueblo no es el único sujeto del poder constituyente. Schmitt también considera como tal al monarca —además de ciertas minorías, que al ejercer el poder constituyente dan al Estado la forma de aristocracia u oligarquía. En efecto, sostiene el alemán que por virtud del principio monárquico el rey se convierte en sujeto del poder constituyente y permanece en él la plenitud del poder del Estado. Su actividad constituyente se regula a sí misma, la cual manifiesta emitiendo, desde la plenitud de su poder, una constitución otorgada por acto unilateral. Así, según impere en una comunidad política el principio democrático o monárquico el titular del poder constituyente ha de ser el pueblo o el monarca (Schmitt, 2011, 129-131).

Resulta relevante señalar que la consagración del pueblo como figura central y soberana es una inclusión tardía en la obra de Schmitt. Como señala Renato Cristi (2008, 28), en trabajos anteriores el soberano schmittiano adoptaba la forma de un dictador, cuyas prerrogativas eran equivalentes a las del monarca absoluto. En dicha época no consideraba que el pueblo pudiese ser soberano, pues creía que era incapaz de decidir. Fue solo a partir del compromiso ya mencionado realizado en *Teoría de la Constitución* entre los ideales liberales y los actos de voluntad política necesarios para hacerlos efectivos que el alemán incorporaría al pueblo como potencial sujeto del poder constituyente (Loughlin, 2013, 10). Sin embargo, si bien en dicho ejercicio abandonó el absolutismo monárquico, no abandonó la estructura soberana. La transferencia de autoridad desde el monarca al pueblo significó un cambio simbólico en la naturaleza de la representación mas no una reconfiguración de sus dinámicas (Loughlin, 2013, 13). Schmitt sólo incorporó un nuevo sujeto, el pueblo, el cual ha de configurarse de manera tal que pueda acoplarse a su estructura política soberanista, que mantuvo intacta. De esta forma, Cristi (2008, 25) sostiene que el alemán logra reunir monarquía y democracia bajo una denominación genérica, donde ambos regímenes políticos se construyen de manera tal que permiten la manifestación del soberano.

Por tanto, la fisionomía de pueblo en cuanto sujeto constituyente emula las características del monarca absoluto. Él ha de ser capaz de ejercer la soberanía, para

lo cual requiere disponer de una voluntad absoluta capaz de decidir la excepción y crear, de así estimarlo, un nuevo orden a partir de la nada. Las características del poder constituyente ya mencionadas corroboran dicha afirmación.

Así, cuando Schmitt incorpora a la democracia como régimen apto para la manifestación de la soberanía y al pueblo como titular del poder constituyente, lo hace bajo condición de que ellos sean capaces de adaptarse a las exigencias de un poder constituyente esencialmente soberano. El poder constituyente es voluntarista, divino y absoluto, lo que no varía según su titular sea el monarca o el pueblo. Es en virtud de estas características que el pueblo, en cuanto sujeto constituyente, ha de asimilarse a un monarca o dictador, independientemente que su régimen sea, en teoría, democrático. El pueblo schmittiano es, por tanto, configurado a imagen y semejanza del monarca absoluto, en cuanto voluntad creativa plenipotenciaria.

### iii) Constitución

Constitución en sentido positivo es la decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política (Schmitt, 2011, 57). Si bien Schmitt también conceptualiza la constitución en sentido absoluto —como un todo unitario y la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente— y relativo —como una pluralidad de leyes particulares—, es el concepto positivo de constitución aquel que remite a ella como fruto de un acto del poder constituyente (Schmitt, 2011, 35-36, 45 y 58). En efecto, el acto constituyente, por un único momento de decisión, despliega la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia, la cual es contenida en la constitución positiva (en adelante “constitución”). Dice Schmitt (2011, 58): “la constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”.

En cuanto forma, la constitución se puede cambiar. Pueden introducirse nuevas formas sin que la unidad política cese. Pero para que ello ocurra es necesario que siempre exista un sujeto constituyente capaz de obrar, cuya voluntad otorgue una constitución. Por tanto, sostiene Schmitt (2011, 58), la constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma.

Así, el alemán afirma que las constituciones no son cosa absoluta pues no surgen de sí mismas, sino que son fruto de la voluntad de un sujeto constituyente que las antecede y de la cual sus determinaciones existenciales y contenido dependen, siendo



por ella libremente fijados y perviviendo mientras el soberano lo estimen conveniente. En ese sentido, dice Schmitt (2011, 59) que “la constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de formación jurídica, y también la formación constitucional, presupone una tal voluntad existente”.

La producción constitucional es, asimismo, un acontecimiento. En efecto, la voluntad constituyente “determina en una decisión única la globalidad de la unidad política” (Schmitt, 2011, 152). La constitución es fruto de la decisión ocasional del sujeto constituyente, quien por un acto de su voluntad define, en un momento histórico concreto, el modo y forma de existencia de la unidad política. La voluntad emana de la nada en cuanto acontecimiento y produce, en ese acto, la entera configuración de la unidad política, la cual queda entonces establecida con significativa rigidez.

De esta forma, la constitución schmittiana solo existe y es válida en virtud de la decisión política del sujeto constituyente, quien manifiesta su voluntad absoluta en un momento concreto para resolver la situación excepcional, fijándose por esa manifestación su contenido y subsistiendo solo mientras el soberano considere procedente perpetuar su vigencia (Bohórquez, 2006, 536).

### **C. Incompatibilidad conceptual de la teoría constitucional schmittiana con el pensamiento del orden concreto**

#### **i) Poder constituyente**

Como se ha señalado, el poder constituyente schmittiano es voluntarista, teológico y absoluto. Su voluntarismo es irreconciliable con el pensamiento del orden concreto. En éste, los contenidos de la normatividad no son producidos por la voluntad de un soberano sino por la acción sostenida en el tiempo del pueblo, el que, a través de su actividad, va configurando las instituciones que producen y estabilizan las prácticas sociales que han de convertirse en Derecho. Es cierto que en el institucionalismo schmittiano el poder político cumple un rol importante, en cuanto debe identificar y seleccionar aquellas prácticas sociales que, por su correspondencia con la identidad de la comunidad política, ha de consagrar como normas jurídicas y revestir de exigibilidad aún forzosa para así propender a la estabilidad y perpetuación del orden concreto. Sin embargo, no corresponde a él determinar el contenido de esas prácticas y consecuentemente del Derecho. Su rol es de identificación y selección, no de creación volitiva, de manera que su actividad se encuentra condicionada por los inputs sociales que recibe.

Así, mientras en *Teoría de la Constitución* el contenido de la constitución y con ella de todo el ordenamiento normativo es fruto de la voluntad del poder constituyente, en el institucionalismo lo normativo es fruto de la actividad del pueblo, no entendido como sujeto unitario sino como el conjunto de los miembros de la comunidad política, quienes por medio de sus acciones producen y reproducen en el tiempo las prácticas que configuran la normalidad compartida. La actividad del pueblo es más o menos consciente, tratándose a veces de prácticas aparentemente privadas, sin pretensión de producir normas institucionales ni menos de influir en la estructura normativa de la unidad política, pero que configuran patrones de conducta estables —como, por ejemplo, la configuración de diversas aristas del derecho de contratos— y otras de producción institucional consciente. En ambos es la actividad de los integrantes del pueblo, no la voluntad del poder político, la que genera el material a partir del cual ha de ser construido el Derecho.

Tampoco es compatible con el institucionalismo el aspecto teológico del poder constituyente schmittiano. El institucionalismo se construye sobre lo social, que opera como causa eficiente y final de lo político y jurídico. En cuanto lo normativo emana de lo social y a ello remite, el espectro de posibilidades de lo jurídico se ve restringido por la fisonomía de las instituciones sociales realmente existentes. Tal estructura es incompatible con potestades derivadas de la teología. Como sostiene Barshack (2006, 185), soberanía y poder constituyente en Schmitt reproducen argumentos teológicos, lo que obliga a leerlos a través de lentes teológicos. El poder constituyente schmittiano es análogo al Dios creador, dotado de potestades ilimitadas para crear el orden normativo de la unidad política en el tiempo y forma que estime conveniente. Tal caracterización no considera ni puede considerar lo social, pues él mismo pertenece a otro reino. Mientras el institucionalismo está anclado en lo real, en lo terrenal, en las dinámicas sociales particulares y constitutivas de una comunidad política determinada, el poder constituyente pertenece a lo extraterrenal, en cuanto no constreñido por las condiciones y limitaciones de este mundo. Ese desarraigo, producto de su fuente teológica, hace irreconciliable al poder constituyente con una teoría en la que lo normativo es fruto de la actividad concreta y situada, tanto espacial como temporalmente, de los miembros de una unidad política determinada.

Finalmente, el carácter absoluto del poder constituyente schmittiano es también incompatible con su institucionalismo. En *Teoría de la Constitución* lo jurídico-político es entendido en términos decisionistas, donde la libre expresión de la voluntad soberana no encuentra freno ni contrapeso alguno: todo es posible. Un poder constituyente que aforme, forma, que es la fuente absoluta de toda estructuración

normativa, no tiene cabida en un entendimiento institucional. Como fue mencionado, en el pensamiento del orden concreto las decisiones de la autoridad política son relevantes y cumplen un rol significativo, pero ellas no son absolutas ni menos hegemónicas, sino que se integran en un contexto donde las reglas y sobre todo el orden concreto juegan también un papel en la configuración normativa de la comunidad. Las posibilidades de la decisión se ven así reducidas por la resistencia que las instituciones ejercen contra ella. En cuanto existen ordenaciones normativas que perviven con relativa independencia de las decisiones políticas, éstas, para ser efectivas —entendiendo por efectiva, según el criterio establecido por el propio Schmitt, aquella intervención que propende a la estabilidad y no a la disrupción del orden concreto—, deben atender a dichas directrices, guiarse y determinar su contenido a partir de ellas, lo que limita de manera severa su marco de acción.

En el pensamiento del orden concreto el poder constituyente no puede gozar de ese carácter absoluto, tan propio de su raigambre soberana, sino que sus atribuciones deben ser considerablemente más discretas. Como ha sido mencionado, no solo la potencia y fertilidad de su decisión ha de ser menor, en cuanto entran en escena el orden concreto y sus instituciones como contrapesos a su expresión, sino también su contenido ha de construirse y definirse a partir de éstos, lo que relativiza de manera significativa sus potestades, alcances y posibilidades performativas.

## ii) Pueblo

Debido a lo expuesto en el capítulo anterior, es posible afirmar que la conceptualización de pueblo presentada en *Teoría de la Constitución* es voluntarista, teológica, unitaria y pasiva. Su voluntarismo y su raigambre teológica son incompatibles con el institucionalismo. En cuanto el poder constituyente es voluntarista y teológico, su sujeto también ha de serlo. Schmitt configura al pueblo de manera que sea capaz de acoplarse a dicha estructura, emulando, como fue mencionado, al monarca absoluto. Así, el pueblo, en cuanto sujeto constituyente, es caracterizado como una entidad cuya voluntad es capaz de crear el orden normativo a partir de la nada, lo que, como ya dijimos —y nos remitimos a ello— es irreconciliable con su institucionalismo.

Tampoco es compatible con el institucionalismo su caracterización unitaria. En efecto, y para convertirse en sujeto con voluntad política capaz de ejercer el poder constituyente, Schmitt emprende una encarnación unitaria del pueblo —que responde, también, a su raigambre teológica. El pueblo es entendido como un único

cuerpo, conformado por la suma de todos aquellos que no son gobernantes, quienes en un momento determinado alzan la voz y, manifestando su unificada voluntad, ejercen el poder constituyente. Tal concepción no es sostenible en el institucionalismo, donde el pueblo actúa y participa en la creación normativa a través de las acciones disgregadas de sus miembros, las cuales producen y reproducen las instituciones sociales imperantes en una comunidad política concreta.

Finalmente, tampoco es reconciliable con su institucionalismo la concepción esencialmente pasiva de pueblo presente en *Teoría de la Constitución*. En dicha obra surge la paradoja del pueblo constituyente: mientras más atribuciones se entregan al poder constituyente, menos incidencia tiene el pueblo en la creación normativa. Esto se debe a que el incremento progresivo de las facultades otorgadas a dicho poder requiere, análoga y consecuentemente, de un sujeto personalizado, dotado de una voluntad distinguible que le permita adoptar la decisión en los momentos de excepción. Dicha incapacidad hace que el pueblo deba ser necesariamente representado por un sujeto que se apropia del ejercicio de dichas potestades y que goza del poder fáctico suficiente para imponerlas, privándole de cualquier tipo de participación en la creación de las normas estatales (Arato, 2016, 273). Por ello dice Loughlin que, en *Teoría de la Constitución*, el concepto de pueblo adopta una significación esencialmente representativa. El pueblo schmittiano es incapaz de deliberar, decidir, gobernar y ejecutar, pudiendo únicamente actuar por medio de mecanismos plebiscitarios, respondiendo sí o no a una pregunta específica que le es por otro impuesta (Loughlin, 2013, 10; Arato, 2016, 5 y 25). Esa pasividad y reactividad no tienen cabida en su institucionalismo, donde el pueblo participa, si bien indirectamente, en la creación normativa, generando los inputs sociales que el poder político debe seleccionar e imponer como Derecho, procurando preservar la normalidad a la cual las mismas deben remitir y, por tanto, respetar, estabilizar y conservar.

La paradoja es tal que, si las potestades otorgadas al poder constituyente son más acotadas, aumenta la posibilidad de participación del pueblo, pues se trata de facultades que éste puede asumir y desempeñar. No obstante, para que ello sea posible es necesario abandonar la noción soberanista de pueblo y de poder constituyente.

### iii) Constitución

Tal como en los casos anteriores, la conceptualización de constitución en *Teoría de la Constitución* es incompatible con su propuesta institucionalista. En mencionada obra, la constitución positiva es el fruto de una voluntad absoluta, está subordinada al poder constituyente, emana de un acontecimiento y reviste una fisonomía

organicista. Que es fruto de una voluntad suprema queda en evidencia por todo lo hasta aquí expuesto: ella es el producto de la voluntad del soberano, manifestada a través de una decisión adoptada en un momento determinado. Lo explicita Schmitt (2011, 58): “la constitución surge siempre mediante el acto de la voluntad constituyente”. Ello no es compatible con el institucionalismo, en el cual la constitución, en cuanto norma suprema, es producida y reproducida en el tiempo por la actividad difusa de los miembros del pueblo, plasmada en sus instituciones.

La constitución schmittiana está también totalmente subordinada al poder constituyente. Ella, en cuanto poder constituido, es por Schmitt interiorizada en la actividad del poder constituyente, siendo relegada a mero subproducto de un proceso expansivo y perpetuo (Simonetti, 2019, 16). Dice Schmitt (2011, 125):

Una ley constitucional es, por su contenido, la formación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad (...) Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una constitución agotar, absorber y consumir el poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido (...) Al lado y por encima de la constitución, sigue subsistiendo esa voluntad.

Esta subyugación de la constitución se debe a la absolutización que Schmitt hace del poder constituyente, lo que le impide reconocer el carácter absoluto de la resistencia recíproca entre poderes constituidos —la constitución entre ellos— y poder constituyente. El alemán cree que sólo el poder constituyente se resiste a las formas normativas a las que ha dado nacimiento, pudiendo transgredirlas, suspenderlas y derogarlas en cualquier momento con plena libertad. Sin embargo, no es capaz de percibir que la estructura normativa, una vez creada, dispone de cierta autonomía respecto del poder constituyente, resistiéndose a su aparición disruptiva con el objeto de asegurar su subsistencia (Simonetti, 2019, 17). Como sostiene Hannah Arendt (2019, 384), el poder constituido busca prohibir la proliferación de nuevos inicios, de nuevos momentos constituyentes que atenten contra su vigencia. Así, el sistema jurídico-político deviene en la negación permanente del acto revolucionario (Vatter, 2012, 57-58). Las disposiciones normativas producidas por el poder constituyente se insertan en lo social, integrándose a las normas que desde ahí emanan y produciendo así un entramado jurídico que dispone de —cierta— autonomía y permanencia en el tiempo con —relativa— independencia de la voluntad

del poder político. La caracterización absoluta del poder constituyente por parte de Schmitt deriva en una conceptualización en exceso débil de la constitución, subordinada completamente a la voluntad política, lo que resulta improcedente en un institucionalismo que enarbola la autonomía —si bien parcial— y permanencia de lo jurídico, en virtud del rol constitutivo asignado a lo social en su producción y mantenimiento.

La constitución schmittiana es a su vez acontecimiento. Es el producto de la manifestación de una voluntad soberana que, en un único momento histórico, adopta la decisión de modo y forma de la comunidad. Dice Schmitt (2011, 150) que el acto constituyente “determina en una decisión única la globalidad de la unidad política”. Tal caracterización es improcedente en el institucionalismo, en el cual, como ya fue mencionado, lo normativo es fruto de la actividad dilatada en el tiempo del pueblo, que se va desarrollando a través de —y plasmando en— sus instituciones. Lo jurídico no queda enquistado en un único momento. No es acontecimiento sino proceso histórico.

En estrecha relación con lo anterior, la constitución schmittiana es también organicista. En cuanto acontecimiento, es fruto de un único acto en el cual queda petrificada la forma de la unidad política, al menos hasta la próxima disrupción del poder constituyente (Loughlin, 2013, 9). Debido a ello, su contenido ha de ser armónico, unitario y homogéneo, toda vez que emana de una única voluntad ejercida en un determinado momento histórico —lo que justifica también la existencia de estrictos límites a su enmienda (cf. Vinx, 2020; Schmitt, 2011, 157-168). Ello es irreconciliable con un paradigma institucionalista, en el que lo normativo —incluida la constitución—, en cuanto fruto de procesos históricos de producción, reproducción, enmienda y supresión, contiene un conjunto de normas, muchas de ellas en tensión entre sí. En el pensamiento del orden concreto, la constitución no es ni puede ser un organismo armónico producido por una voluntad unificada, sino un cúmulo de disposiciones constitutivas que, emanando de lo social, son reconocidas e incorporadas en distintos momentos por medio de enmiendas que distan de guardar perfecta coherencia entre sí. Por ello no es concebible una constitución organicista en el entramado institucional schmittiano. No es compatible, en definitiva, la constitución de *Teoría de la Constitución* con el pensamiento del orden concreto.

#### **D. ¿Es incompatible la categoría de poder constituyente con el institucionalismo schmittiano?**

En virtud de lo expuesto, resulta evidente que las categorías poder constituyente, pueblo y constitución, tal como están configuradas en *Teoría de la Constitución*,

son improcedentes en el pensamiento del orden concreto. Sin embargo, ¿supone ello el abandono de mencionadas categorías, particularmente la de poder constituyente? ¿No existe espacio alguno para ellas en una propuesta institucionalista? A primera vista podría pensarse que un concepto como el de poder constituyente no es factible en el entramado institucionalista propuesto por el alemán. Una categoría performativa, que supone que la política es capaz, al menos parcialmente, de crear realidades y producir nuevos espacios de interacción dentro de la comunidad política no parece tener lugar en él. Al sostener que el rol del poder político es actuar como filtro de los inputs sociales, debiendo seleccionar e imponer aquellas prácticas institucionales que son coherentes con la identidad de la comunidad y desechando aquellas que son disruptivas para con ella, devendría impropia cualquier performatividad de un poder político cuyo rol sería meramente pasivo y receptivo. Así lo entienden Croce y Salvatore (2013, 10.5), quienes critican al institucionalismo schmittiano su sobre estimación del carácter seleccionador de la ley en desmedro de otros aspectos, tales como su faz performativa. Le replican que el Derecho no es solo el custodio del orden concreto, sino que cumple también un rol fundamental en la materialización de cambios en la estructura social, lo que no sería posible en una propuesta en que el poder político cumple un rol meramente selectivo. Por ello, dirá Croce (2011, 47) que la fuerza crítica de las conclusiones de Schmitt se ven socavadas por sus premisas reaccionarias y contrarrevolucionarias, impidiendo así que su teoría ofrezca soluciones viables para los problemas más apremiantes de la actualidad.

Sin embargo, considero que la estructura de la propuesta conceptual schmittiana —si bien no lo explicita Schmitt— sí deja espacio a la performatividad, pues al seleccionar, prohibir y posibilitar determinadas prácticas sociales, el poder político interviene en lo social y produce realidades antes inexistentes dentro del entramado institucional vigente. En la dimensión correctiva de su actuar, el poder político, al prohibir determinadas conductas y prácticas, performa la realidad social —sobre todo en su faz simbólica. En la dimensión impositiva, por su parte, crea realidad al otorgar un nuevo estatus de exigibilidad a una conducta que antes no era legalmente exigible. La sola consagración y exigencia estatal de la misma otorga una nueva connotación a dichas prácticas, cambiando su naturaleza y creando así relaciones sociales que, desde un prisma cualitativo, eran hasta entonces inexistentes. Sumado a ello, la facultad de exigir determinadas conductas abre un espacio para que, al exigir las, el poder político incorpore elementos que, siendo coherentes con la identidad de la comunidad, hagan aún más probable su estabilidad. Sería absurdo pensar que un poder político cuya misión es asegurar la permanencia de la comunidad política solo esté facultado para prohibir ciertas prácticas y permitir otras, sin espa-

cio para introducir variaciones que, por pequeñas que sean, hagan más probable la preservación del orden y la continuidad en el tiempo de la comunidad ante circunstancias siempre cambiantes. La misión que Schmitt asigna al poder político —garantizar la preservación del orden concreto—, no solo en su período institucionalista sino a lo largo de toda su obra, así lo exige. Sin duda es una performatividad situada y limitada —que además Schmitt no está dispuesto a verbalizar—, pero es, no obstante, una natural consecuencia de su teoría. Por ello, si bien de manera más acotada que en su decisionismo, en el pensamiento del orden concreto existe espacio para la performatividad de lo político.

Ahora, ¿cuál estructura conceptual es compatible con el institucionalismo schmittiano? Excede el objeto de este trabajo indagar en detalle en la fisionomía específica de la misma, y evaluar si ella ha de construirse desde la categoría de poder constituyente o si requiere, en cambio, su abandono. Solo mencionaré que, en cuanto la incompatibilidad del poder constituyente y el institucionalismo radica en el carácter soberano del primero, resulta lógico especular que una alternativa post-soberana pueda ser compatible con el institucionalismo schmittiano. La tradicional forma de entender esta categoría, tal como lo hace Schmitt, es conocida como concepción “soberana”, “revolucionaria” o “fuerte”, a la que se oponen concepciones “post-soberanas” o “débiles”, exploradas por autores como Andrew Arato (Tschorne, 2020b, 89-90; Vinx, 2019, 35). Si bien es probable que no se las pueda transponer directamente, es relevante explorar estas conceptualizaciones alternativas de poder constituyente para evaluar su compatibilidad con el aparato institucional presentado por el alemán. Será objeto de un futuro estudio indagar en ello.

## V. Conclusiones

1. No es correcto caracterizar toda la obra de Schmitt como decisionista. Si bien tuvo un período marcado por la decisión, dicha aproximación teórica sólo fue una de las distintas alternativas que el alemán exploró para dar respuesta a la problemática que inspiró todo su quehacer académico: la fundación y preservación de un orden estable. En la década de 1930, y habiendo tomado conocimiento de las limitaciones, tensiones y contradicciones de dicha propuesta, Schmitt configuró una peculiar doctrina institucionalista que denominó pensamiento del orden concreto, plasmada de manera más acabada en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*.

2. En *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* Schmitt identifica y distingue tres formas de aproximación al fenómeno jurídico: normativismo, deci-



sionismo y pensamiento del orden concreto. Mientras el primero se entrega irreflexivamente a la predominancia de las reglas y el segundo a la de las decisiones, el pensamiento del orden concreto integra adecuadamente tanto normas como decisiones, insertándolas en el orden concreto sobre el cual ellas existen y al cual remiten como fuente de validez y sentido. De esta manera, el orden jurídico no es mero compendio idílico de reglas ni terreno dominado por decisiones fácticas, sino ante todo el producto de un orden concreto socialmente configurado, cuyas instituciones son la fuente de las normas y el límite y parámetro de las decisiones. La integración constitutiva de lo social en el análisis normativo supondrá para Schmitt un quiebre con su decisionismo desarraigado antes defendido y proveerá una manera novedosa de comprender la producción y reproducción de lo jurídico-político.

3. La conceptualización institucionalista de Schmitt es incompatible con su teoría constitucional, tal como ella es presentada en *Teoría de la Constitución*, atendido su marcado raigambre decisionista. En efecto, al construirse a partir de una concepción soberana del poder constituyente, con sus repercusiones en otras categorías constitucionales tales como pueblo y constitución, la fisionomía que adquiere su aparato conceptual no es compatible con una caracterización de lo jurídico-político que integra como uno de sus elementos constitutivos a lo social y sus instituciones. Ello exige repensar una teoría constitucional que se inserte de manera armónica en las estructuras del institucionalismo schmittiano. Supone, en definitiva, abandonar el paradigma soberanista que inspira la propuesta constitucional del alemán presentada en *Teoría de la Constitución*.

4. Esta tensión dentro del corpus schmittiano es de gran relevancia para los debates actuales relativos al concepto de poder constituyente. Que el propio Schmitt, uno de los principales artífices de la conceptualización soberanista del poder constituyente, sea quien, tomando conocimiento de sus contradicciones y limitaciones estructurales, adopte un cambio de paradigma que supone su —parcial— negación, es un relevante antecedente a tener en consideración en futuras investigaciones relativas a dicho concepto. Con independencia de si se comparten o no los pilares del pensamiento del orden concreto —que fue, dentro de un universo de posibilidades, la alternativa elegida por el alemán para intentar superar las carencias del decisionismo—, la lectura de Schmitt contra Schmitt aquí desarrollada invita a emular la reflexión del alemán respecto a las limitaciones del decisionismo y, consecuentemente, a abandonar la conceptualización soberanista del poder constituyente.

## Referencias

- Arato, A. (2016). *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*. Oxford.
- Arendt, H. (2019). *Sobre la revolución*. Madrid.
- Barber, N.W. (2005). Professor Loughlin's Idea of Public Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(1), 157-167.
- Barshack, L. (2006). Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *The University of Toronto Law Journal*, 56(3), 185-222.
- Bodenheimer, E. (2016). *Teoría del Derecho*. México.
- Bohórquez, J. (2006). El poder constituyente, fundamento de la democracia: Carl Schmitt. *Papel Político*, 11(2), 525-555.
- Cristi, R. (2008). La lección de Schmitt: Poder Constituyente, Soberanía y Principio Monárquico. *Revista de Ciencia Política*, 28(2), 17-31.
- Cristi, R. y Ruiz-Tagle, P. (2017). *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago.
- Croce, M. (2011). Does legal institutionalism rule out legal pluralism? Schmitt's institutional theory and the problem of the concrete order. *Utrecht Law Review*, 7(2), 42-59.
- Croce, M. (2014). Is law a special domain? On the boundary between the legal and the social, en *Concepts of Law. Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*, Routledge, Londres.
- Croce, M. y Salvatore, A. (2013). *The Legal Theory of Carl Schmitt*. Routledge, Abingdon.
- Eleftheriadis, P. (2010). Law and Sovereignty, *Law and Philosophy*, 29, 535-569.
- Eleftheriadis, P. (2016). Power and Principle in Constitutional Law, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 45(2), 37-56.

- Hernando, E. (2001). Entre la excepción y la regla. El decisionismo jurídico frente a la escuela de Frankfurt. *Isonomía*, (14), 159-177.
- Kahn, P. (2011). *Political Theology. Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*. Nueva York.
- Loughlin, M. (2013). The Concept of Constituent Power, *Critical Analysis of Law Workshop. University of Toronto*.
- Meierhenrich, J. y Simons, O. (2016). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford.
- Negretto, G. (1995). ¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 40(161), 49-74.
- Restrepo, J. (2013). La teología política de Carl Schmitt. Una lectura desde su debate con Hans Kelsen. *Revista Derecho del Estado*, (31), 259-296.
- Samir, F. (2006). Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt. *Argumentos*, (19)52, 125-145.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid.
- Schmitt, C. (2009). *Teología Política*. Madrid.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Madrid.
- Simonetti, L. (2019). Comprensión jurídica y poder constituyente. Estado y revolución como polos de la comprensión. *Revista de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas, Universidad San Sebastián*, (25), 1-20.
- Tschorne, S. (2020a). What is in a word? The *Legal Order* and the turn from ‘norms’ to ‘institutions’ in legal thought. *Jurisprudence*, 11(1), 114-130.
- Tschorne, S. (2020b). Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: poder constituyente, legitimidad de la constitución y cambio constitucional. *Estudios Públicos*, (160), 81-117.

- Vatter, M. (2008). The Idea of Public Reason and the Reason of State: Schmitt and Rawls on the Political. *Political Theory*, 36(2), 239-271.
- Vatter, M. (2012). *Constitución y Resistencia. Ensayos de teoría democrática radical*. Santiago.
- Vermeule, A. (2009). Our Schmittian Administrative Law, *Harvard Law Review*, 122, 1095-1149.
- Vinx, L. (2014). Carl Schmitt. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Vinx, L. (2019). Ernst-Wolfgang Böckenförde and the Politics of Constituent Power. *Jurisprudence* 10(1), 15-38.
- Vinx, L. (2020). Are There Inherent Limits to Constitutional Amendment? An Analysis of Carl Schmitt's Argument. En M. Arvidsson, L. Brännström, P. Minkinen, *Constituent Power: Law, Popular Rule, and Politics* (61-76), Edinburgh University Press.

## Notas

---

<sup>1</sup> Traducción propia. Cita en idioma original: “We only know that an enemy is whoever negates our own way of life. But who are the friends? Under what conditions can an ensemble of human being be said to share a common way of life? How can something be determined by comparison with something undetermined?”