

**ACERCA DEL CONCEPTO DE CONSTITUCION
EN CARL SCHITT Y HANS KELSEN**

DANTE CRACOGNA
Profesor en la Universidad de Buenos Aires

ACERCA DEL CONCEPTO DE CONSTITUCION EN CARL SCHITT Y HANS KELSEN

INTRODUCCION

SIGNIFICACION DE LAS OBRAS DE SCHMITT Y KELSEN EN LAS CONCEPCIONES JURIDICO POLITICAS ACTUALES

Legaz y Lacambra¹ afirma que los estudiantes de su generación que en las ciencias del Derecho y del Estado sentían el atractivo de la gran cultura alemana, necesariamente tenían que habérselas con estos dos nombres señeros. Sostiene que Kelsen es el teórico que representa típicamente una situación y una filosofía de la crisis, en tanto que Schmitt es el teorizante de esa crisis². Su repercusión e influencia han sido efectivamente —y continúan siendo— de tanta gravitación, que pocos han logrado escapar a ella, aun cuando sean sus confesados opositores. Los tratados y las cátedras universitarias —tanto de Europa Occidental como de América Latina— constituyen elocuente reafirmación de este aserto.

1 Legaz y Lacambra, Luis: Prólogo a El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt, de José Caamaño Martínez, Porto y Cía. Editores, Santiago de Compostela, 1950, p.9.

2 El tema de la crisis en relación con la obra de ambos autores y con particular referencia a la ciencia jurídica está tratando en dos trabajos de títulos curiosamente idénticos, aunque publicados con muchos años de diferencia y con enfoques también distintos: Campay, Arturo: Carlos Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1965, y Calsamiglia, Albert, Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica, Ariel, Barcelona, 1978.

Frente a pensadores de talla poco común en lo que va del siglo se impone —a fin de evitar su aceptación o rechazo a priori— una consideración reflexiva de sus aportes y una rigurosa evaluación crítica. En este trabajo se analizan el concepto de Constitución según ambos autores, tratando de eventar diferencias no sustanciales y de rescatar lo fundamental de sus respectivas posiciones dentro del contexto general de su pensamiento.

Desde Aristóteles³ el tema de la Constitución ha sido motivo de especial y permanente interés para los estudiosos de la Política y el Derecho⁴, si bien cobró renovado vigor a raíz de los movimientos políticos de fines del siglo XVII⁵. La Constitución, acerca de cuyo significado puede consultarse un extenso repertorio de autores y obras⁶, no es una curiosidad ni un mero capítulo del pensamiento de los juristas en cuestión; por el contrario, en su tratamiento radica un aspecto fundamental que es base y a la vez culminación de la arquitectura de sus respectivas concepciones globales del Estado y el Derecho. De allí el interés de su consideración.

-
- 3 Aristóteles sostiene que "la constitución es cierta ordenación de los habitantes de la ciudad" (Política III, 1) y con más precisión que "es una ordenación de todas las magistraturas, y especialmente de la suprema, y es supremo en todas partes el gobierno de la ciudad, y ese gobierno es el régimen" (idem. III, 6). Más adelante se podrá apreciar hasta qué punto mantiene actualidad el concepto aristotélico, aun en autores tan distintos como los que aquí se tratan.
 - 4 Bien puede convenirse con Isócrates (Areópago, 14) cuando llama a la Constitución "el alma del Estado" y de allí que signifique una suerte de poderoso eslabón que enlaza Derecho y Política, convirtiéndose en tema de fundamental e insoslayable interés para los estudiosos de ambas disciplinas.
 - 5 Entonces surge el "constitucionalismo" moderno que, incubado al calor de concretas circunstancias históricas, continúa, sin embargo, ejerciendo significativa influencia hasta el presente.
 - 6 Una referencia amplia puede consultarse en Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, II, Cap. I, p. 3/93.

II. CONCEPTO DE CONSTITUCION EN C. SCHMITT⁷

1. La constitución como un todo unitario (Concepto absoluto).

Carl Schmitt señala que la palabra Constitución reconoce diversos sentidos y que, en general, cualquier hombre, objeto, establecimiento o asociación, se encuentren una Constitución, y todo lo imaginable puede tener una Constitución.

Por eso propone limitar el término a "Constitución del Estado", de la unidad política del pueblo. Pero aún entonces encuentra diversas acepciones de esa expresión.

La primera de ellas es Constitución en sentido absoluto⁸, que su vez reconoce las siguientes significaciones:

a) Situación concreta de la unidad política y ordenación social de un estado. Hace referencia a un determinado Estado en su concreta existencia política individual⁹. El Estado es Constitución y cesaría en su existencia si cesara esa Constitución, esa unidad y ordenación.

b) Manera especial de ordenación política y social. A ella alude la segunda significación. Es la "forma especial de dominio" de un Es-

7 La producción bibliográfica schmittiana es muy abundante y abarca un extenso período a lo largo del cual su pensamiento ha experimentado sensibles cambios, muchas veces en relación con los acontecimientos socio-políticos de la época. Sin embargo, sus obras traducidas al español no son muchas. En la mayor parte de sus escritos fundamentales Schmitt alude a la Constitución, aun cuando no trata específicamente acerca de ella, pero en este trabajo las referencias bibliográficas se circunscriben básicamente al tratado fundamental de la materia: *Teoría de la Constitución*, traducido por Francisco Ayala y publicado en 1934 por la Ed. Revista de Derecho Privado de Madrid. También se mencionan: *Legalidad y legitimidad*, ensayo referido a la Constitución de Weimar, traducido por José Díaz García (Ed. Aguilar, Madrid, 1931) y *Teología política*, traducido por Francisco Javier Conde (en volumen en *Estudios Políticos*, Madrid, 1941). Corresponde señalar que la obra que muchos consideran capital de este autor: *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*, traducida por Francisco J. Conde, (Ed. Haz. Madrid, 1941) fue posteriormente, e superada por otros escritos, a pesar de lo cual sigue constituyendo el núcleo central de su concepción "decisionista" que se sigue en el texto.

8 Schmitt, *Teoría*, p. 3.

9 Schmitt, *Teoría*, pp. 4 y 5.

tado, es decir, su forma de gobierno. En este sentido también el Estado es Constitución, toda vez que es una monarquía, una república, etc¹⁰. La Constitución designa algo existente, un status, no una norma o algo debido.

c) Principio del devenir dinámico de la unidad política. Aquí no se hace ya referencia al Estado como una situación estática, sino como un devenir y renovación constantes, formándose diariamente la unidad política¹¹.

d) Regulación legal fundamntal. Aparece de los significados anteriores de Constitución en sentido absoluto, que atienden a la manera de ser del Estado, ella puede también mentar un "sistema de normas" supremas y últimas.

Según esta acepción, no se trata ya de una forma del "ser" o del devenir sino de un "deber-ser". Es la norma de normas, a la cual tienen que ser referidas todas las demás. El Estado deviene una ordenación jurídica que descansa en la Constitución, la cual designa esa unidad y totalidad. Al contrario de las acepciones antes mencionadas, en las que el Estado es Constitución, aquí la Constitución es el Estado, como sistema de normas, como deber-ser, sin existencia de ser.

Dchmitt señala a la Teoría del Estado de Kelsen como muestra —sin duda la más acabada— de esa concepción, y critica a este autor cuya teoría, dice, se hace inteligible como última derivación de la auténtica teoría del Estado brugués de Derecho, "que trata de hacer del Estado una ordenación jurídica, viendo en esto la esencia del Estado de Derecho"¹².

2. La Constitución como pluralidad de leyes particulares (Concepto relativo).

Este concepto, por oposición al absoluto —Constitución como un todo— sólo atiende a las leyes constitucionales concretas. En este senti-

10 Schmitt, Teoría, pp. 5 y 6.

11 Schmitt, Teoría, pp. 6 y 7.

12 Schmitt, Teoría, pp. 8 y ss. En este párrafo efectúa Schmitt una crítica fulminante al normativismo kelseniano que recientemente había encontrado acabada expresión sistemática en la Teoría General del Derecho (1925). Pretende Schmitt formularle no sólo una crítica "externa" al pensamiento de Kelsen, sino también mostrar su aparente incongruencia entre la derivación normativa y la eficacia del hecho.

do, dichas leyes constitucionales lo son solamente conforme con sus características formales, principalmente: a) inclusión en una Constitución escrita¹³, y b) reforma ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad¹⁴.

La primera condición lleva a perder el concepto de Constitución al sustituirlo por el de la ley constitucional, relativizando la significación objetiva de aquella como unidad total, y la segunda, conduce al absurdo de definir la esencia del objeto reformado mediante el procedimiento de reforma¹⁵.

3. La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política (Concepto positivo).

En este punto se halla definida con claridad la posición schmittiana fundamental el "ditiisionismus". Afirma Schmitt que la Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente: el acto constituyente, que contiene la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye, pues, la forma y el modo de la unidad política, cuya existencia es anterior.

"La Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí mis-

13 Apunta Schmitt que "la Constitución escrita en el Estado legislativo parlamentario tiene que limitarse fundamentalmente a regulaciones orgánicas y de procedimiento" (Legalidad y legitimidad, p. 39), lo cual coincide sustancialmente con el concepto de constitución en sentido material de Kelsen que se verá infra.

14 Este tema se halla tratado en el libro de Schmitt, La defensa de la Constitución. El asunto cobra singular interés en el pensamiento schmittiano por la aparición de lo que este autor llama "el legislador motorizado" con especial referencia a la Constitución Weimar (art. 48). Ello lo lleva a sostener que le asistía razón al famoso alegato del fiscal Kirchman cuando, un siglo antes, cuestionaba la viabilidad científica del conocimiento jurídico (Schmitt, Situación de la ciencia jurídica europea, Revista de Derecho, Universidad Mayor de "San Andrés", La Paz, No. 15, abril-junio 1953, pp. 30 y 32).

15 Schmitt, Teoría, pp. 13 y 23. Un interesante análisis de las ideas fundamentales de Schmitt en relación con la reforma constitucional y el poder constituyente, realiza Cueto Rúa, en El poder constituyente (a propósito de un debate en el seno de la Convención Constituyente de 1949 y de las ideas de Carl Schmitt), La Ley T. 55, pp. 895 y ss.

ma"¹⁶. Esa decisión consciente fija la existencia política en su concreta forma de ser; la unidad de la Constitución no reside en ella misma, sino en la unidad política cuya particular forma de existencia se determina en el acto constituyente.

La Constitución es una decisión. Su esencia no radica en una ley o una norma, pues en el fondo de toda normación se halla una decisión política del titular del poder constituyente, sea éste el pueblo o el monarca. Esa decisión política fundamental afecta al modo y a la forma de la unidad (república, monarquía, federación, etc.)¹⁷.

4. La Constitución en un sentido distintivo y a causa de un cierto contenido (Concepto ideal).

Esta significación guarda cierto parentesco con la concepción idealista-racionalista de Constitución. Alude a aquélla que responde a un cierto ideal político, y que por eso designase como "auténtica" o "verdadera".

En este sentido, pues, pueden existir tantas "constituciones ideales" cuantos sean los principios o convicciones políticas. Sin embargo, el concepto ideal por antonomasia de Constitución ha sido, tradicionalmente, el acuñado en el siglo XVII y que generalizó el constitucionalismo, del siglo XIX. Se reserva para aquellas constituciones escritas que establecen y aseguran las libertades burguesas y que consagran el principio de la división de poderes y la autodeterminación democrática.

16 Es aquí donde se pone más claramente de resalto el típico decisionismo schmittiano, con claras raíces en Hobbes: "Auctoritas non veritas facit legem" (Cf. Schmitt, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Hobbes*). Ver también Schmitt, *Situación de la Ciencia Jurídica europea*, pp. 17 yss., donde sostiene: "Para el positivismo, que desde hace cien años rige la teoría y la práctica de nuestra ciencia jurídica, el objeto de esa ciencia jurídica es solamente la positiva y válida norma jurídica, la misma que está dotada de la necesaria compulsión por la propia legalidad estatal. Los fundamentos formales de validez del derecho positivo son siempre supuestos, detrás de los cuales la voluntad estatal sigue siendo un supuesto, que también pretende asentarse en otros supuestos o premisas". Es evidente que esta dura crítica al normativismo formalista va dirigida contra Kelsen —a quien, sin embargo, no menciona— al mismo tiempo que destaca el papel de la voluntad estatal.

17 Schmitt, *Teoría*, pp. 23 y 41. Resulta clara la influencia de Sieyès, autor que gozó de singular predilección por parte de Schmitt (Cfr. Sieyès, *Emmanuel ¿Qué es el tercer estado?*, traducción de José Godoy, UNAM, México, 1973)

ca del pueblo: es decir, que refiere al concepto ideal de Constitución del Estado de Derecho liberal burgués¹⁸.

Este predominio del concepto de Constitución del Estado de Derecho llevó a descalificar y aun negar el carácter de tal a las constituciones que no consagran los principios enunciados. Se trataría de estados "sin Constitución" o "no constitucionales", por oposición a los que tienen "Constitución y Constitución del Estado de Derecho liberal burgués, ha hecho carrera con singular éxito en la doctrina de los tratadistas, al punto que muchos no conciben otra Constitución —propriadamente tal— que no sea aquélla¹⁹.

Como una consecuencia de este concepto dominante, las constituciones modernas llegan a dar más importancia a la protección contra los abusos del Estado y a la limitación del poder de éste que a su propia organización política, es decir, a la decisión sobre la forma de su existencia. Por ello, estas constituciones¹⁹ contienen dos partes: una, dedicada a la protección de los principios liberal-burgueses frente al Estado y otra que hace a la forma de gobierno propiadamente dicha.

5. Ley fundamental o norma fundamental.

Sostiene Schmitt que, en sentido general, se denominan leyes fundamentales a las que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado, y reseña a continuación²⁰ diversas significaciones que se han atribuido a esta expresión, a saber:

- a) Norma absolutamente inviolable;
- b) Último principio unitario de la unidad política y ordenación de conjunto;
- c) Toda norma relativamente invulnerable;

18 Schmitt, *Teoría*, pp. 41 y 47. Buena parte de la producción schmittiana está dedicada, precisamente a la crítica radical del Estado de Derecho liberal burgués.

18¹ Linares Quintana, *op. cit.* p. 139.

19 Schmitt ejemplifica, críticamente, esta situación en la Constitución de Weimar, señalando la contradicción entre lo que designa como "un Estado jurisdiccional y un Estado legislativo parlamentario" (*Legalidad y legitimidad*, p. 84).

20 Schmitt, *Teoría*, pp. 47 y 50



- d) Cualquier principio particular de la organización estatal (división de poderes, derechos fundamentales, etc.).
- e) Norma última para un sistema de imputaciones normativas;
- f) Toda regulación orgánica de competencia y procedimiento para las actividades, estatales políticamente más importantes;
- g) Toda limitación normada de las facultades o actividades estatales;
- h) Constitución en sentido positivo, cuyo contenido esencial es la decisión política y nuna mera normación legal.

Si bien Schmitt reconoce que tales significaciones se vinculan de distintos modos, según sea el acento que se coloque sobre una u otra, concluye atribuyendo a la norma o ley fundamental, el significado de Constitución en sentido positivo, es decir, de Constitución como decisión política²¹.

III. CONCEPTO DE CONSTITUCION EN H. KELSEN²²

1. El Estado como orden jurídico (Identidad de Estado y Derecho).

El Estado es el orden jurídico o la expresión de su unidad, afirma Kelsen, quien sostiene, para arribar a esa conclusión, que el Estado en la esfera de la existencia sólo posee validez normativa y no eficacia causal. Su unidad específica radica en el reino del deber ser y no en el de la realidad natural, mundos que este autor escinde radicalmente.

21 Esta conclusión mereció dura crítica de Heller, quien: "En el error opuesto incurre C. Schmitt, quien subestima completamente la normatividad exaltando, en oposición a ella, la existencialidad, de modo que viene a concebir a la Constitución no como norma, sino sólo como "decisión"...No existe Constitución política alguna que, cabalmente como status real, no sea, a la vez, un ser formado por normas, es decir, una forma de actividad normada, además de una forma de actividad meramente normal" (Heller, Hermann, Teoría del Estado, Trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, 4a. Ed., México, 1961, pp. 271-271). Apunta Caamaño Martínez por su parte, que este concepto positivo de Constitución es una feliz aportación en cuanto se opone al vacío normativismo kelsiano y brinda la solución de un problema, puesto que se hablaba de Constitución como un todo, como una unidad, pero era evidente que esa unidad de disposiciones múltiples y heterogéneas era una ficción. "Schmitt señaló al pueblo portador del poder constituyente, como fuente de esta unidad, que no es más que la decisión de conjunto sobre la concreta forma de existencia de la unidad política". Agrega que esa teoría tiene un precioso antecedente en la concepción de Sieyès, que veía en la nación al soporte del poder constituyente, y que Schmitt estudia detenidamente. (Caamaño Martínez, El pensamiento jurídico-político. p. 89).

22 La bibliografía de este capítulo se circunscribe —básicamente— a dos de las obras fundamentales de Kelsen: Teoría General del Estado, aparecida

De allí que el Estado sea, por su naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar su unidad. Acusa Kelsen a los que no admiten esa identidad entre Estado y Derecho, de pretender mantener un dualismo de esencia jusnaturalista —Derecho Natural opuesto al Derecho Positivo— incompatible con principios del positivismo que reconocen aún los que consideran que Estado y Derecho son esencias separadas²³.

Ese dualismo es resultado de un error de pensamiento típico en la historia del espíritu, que se explica por cuanto para argumentar más fácilmente se personifica la unidad del sistema y se hipostatiza esa personalización, convirtiendo lo que era mero instrumento auxiliar del pensamiento en objeto autónomo, sobreponiéndolo al objeto primitivo²⁴. Siendo el Estado un orden coactivo normativo de la conducta humana, su evidencia se va perdiendo por cuanto "lo ordenado" desplaza a la ordenación y la sustituye como objeto natural, sensible, frente al puro deber ser normativo. Pero, en suma, el Estado es un orden y toda cuestión acerca de su esencia radica en la forma y contenido de ese orden²⁵.

en alemán en 1925 y traducida por Luis Legaz y Lacambra en 1934 (UNAM México, 1965) y *Teoría General del Derecho y del Estado* publicada en inglés en 1945 y traducida por Eduardo García Máynes en 1948 (UNAM, México, 1979). También se cita la *Teoría Pura del Derecho*, cuya primera edición fue publicada en alemán en 1934 y traducida por Jorge Tejerina (losada, 1941) y del francés (versión de H. Thévenaz, Neuchatel, 1953) por Moisés Nilve (Eudeba, 1960). Sin embargo, son numerosas las obras y artículos de Kelsen en los cuales el tema de la Constitución es tratado; ello ocurre tanto en sus trabajos de *Teoría del Derecho* como en los de *Derecho Internacional Público* y *Sociología Jurídica*. Corresponde aclarar que el pensamiento de Kelsen ha experimentado significativas rectificaciones en la última etapa de su vida, especialmente con posterioridad a la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* publicada en alemán en 1960 y traducida por Roberto J. Vernengo (Universidad Autónoma de México, 1979). Esta evolución se patentiza en distintos artículos, varios de los cuales se hallan recogidos por Ota Weinberger en *Kelsen, Essays in Legal and Moral Philosophy* (D. Reidel, Dordrecht-Boston, 1973) y en la obra póstuma de Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, edición a cargo de K. Ringhofer y R. Walter (Manz-Verlag, 1979). Esta evolución ha sido estudiada con agudeza por Calsamiglia en su obra ya citada *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*.

23 Kelsen, *Teoría General del Estado*, pp. 21-22.

24 Kelsen, *Teoría General del Estado*, pp. 99-100; *Teoría Pura*, 2a. ed., pp. 290-291.

25 Kelsen, *Teoría General del Estado*, pp. 123-124; *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 215 y ss.

Como consecuencia de la identificación de Estado y Derecho, Kelsen reduce todos los problemas del Estado a problemas jurídicos²⁶. Las formas o poderes del Estado son sólo distintas maneras o métodos de producción del Derecho; los elementos tradicionales del Estado aparecen como meros ámbitos de validez del orden jurídico, y así sucesivamente.

2. El Derecho como estructura o sistema de normas.

Es típicamente kelsiana —aunque con raíces en Merkl²⁷ la concepción del Derecho, que en su teoría se identifica con el Estado, como una estructuración jerárquica de normas. A la pregunta ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas?, responde que una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única²⁸.

Esta es la llamada norma básica o fundamental, y es diferente su naturaleza según los sistemas normativos. En la Moral la validez de las normas resulta de su contenido, puesto que el deber que prescriben puede ser referido a —o subsumido en— el contenido de la norma fundamental que tiene, pues, un carácter material y estático. En el Derecho, en cambio, la validez de las normas no resulta de su contenido, puesto que, como afirma Kelsen²⁹ —poniendo de manifiesto su positivismo formalista a ultranza— “el Derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que contenido se halle en oposición con un valor u otro cualquiera”.

La validez de las normas jurídicas resulta de su creación conforme con un procedimiento determinado. En consecuencia, la norma fundamen-

26 Kelsen, *Teoría Pura*, 2a. ed. pp. 291-321; Caamaño Martínez, *El pensamiento jurídico-político*, pp. 51-52.

27 Ebenstein William, *La Teoría Pura del Derecho*, Trad. de J. Malagón y A. Pereña, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1967, pp. 154-155. También lo destaca Calsamiglia, con interesante apoyo bibliográfico (Kelsen y la crisis, pp. 154-156 y notas respectivas.)

28 Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 129; *Teoría Pura* 2a. ed., p. 201.

29 Kelsen, *Teoría Pura*, p. 136.

tal del orden jurídico es la regla según la cual son creadas las normas jurídicas; es el punto de partida de un procedimiento. Su carácter es dinámico formal³⁰.

Siendo que la validez de una norma depende de su creación según un procedimiento determinado, resulta que cada acto de creación normativa debe realizarse conforme con el procedimiento que marca una norma de grada superior, a fin de que la norma inferior creada, "fundada", según el principio de que el Derecho regula su propia creación³¹. A su vez la norma superior fundante es válida en cuanto ha sido creada conforme con el procedimiento fijado por otra norma superior a ella y en la cual se funda, y así sucesivamente, de lo cual resulta que cada acto de creación es al mismo tiempo aplicación del Derecho y viceversa.

3. Constitución en sentido Lógico—Jurídico (Norma fundamental).

La unidad del ordenamiento jurídico descansa en la norma fundamental. Las normas de diversas gradas llevan, en última instancia, a desembocar en ella como fundamento de su validez. Así la sentencia se funda en la ley y ésta, a su vez, en la Constitución —que podría fundarse en otra anterior si ha sido creada conforme con el procedimiento prescrito por ella. Pero, en fin, existe siempre una primera Constitución que no surge de ninguna otra, sino de un acto unipersonal o multitudinario originario³².

¿Cuál es el fundamento de validez de esa primera Constitución? Responde Kelsen que la voluntad del primer constituyente debe considerarse como poseedora de un carácter normativo, y ese es, precisamente el contenido de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico dado³³. La norma fundamental es la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del Derecho; no es norma "puesta", sino "supuesta", y en ella encuentran la fuente de significación normativa todos los hechos que constituyen el orden jurídico.

30 Kelsen, *Teoría Pura*, p. 135-137; *Teoría General del Derecho y del Estado* p. 130.

31 Kelsen, *Teoría General del Estado*, pp. 301 y ss; *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 133, *Teoría Pura*, p. 154; *Teoría Pura*, 2a. ed. pp. 201-202.

32 Kelsen, *The Constitutional Function*, Trad. en *The Basic Norm as Fiction* por Lain Stewart, *Jurídical Review*, Edinburg, Vol 25, 1980, pp. 218-219. *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 205.

33 Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 135.



De manera que al dictarse la primera Constitución se aplica la norma fundamental que confiere poder creador de Derecho al acto del primer constituyente. Se crea y aplica el Derecho a una vez. Pero la norma fundamental no es aplicación de ninguna otra norma superior, es pura creación en cuanto que es un mero supuesto, una hipótesis necesaria. Sin embargo, dicha norma sólo es supuesta si el orden jurídico emanado de la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz (principio de efectividad)³⁴. Sostiene Kelsen que la noción de norma fundamental, como Constitución lógico-jurídica, se hallaba ya, aunque generalmente de manera inconsciente, en los teóricos, desde que responde a una ineludible necesidad teórica: la de partir de un supuesto unitario que fundamenta la unidad del orden jurídico en la multitud de actos estatales y permita comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas de poder. En ese sentido, el concepto de pacto o contrato social ocupaba —por razones ideológicas y políticas— el lugar que como hipótesis básica corresponde a la norma fundamental³⁵. Kelsen descalifica, tachándoles de "jusnaturalistas", a las teorías pactistas y pone en su lugar a la Constitución en sentido lógico-jurídico³⁶, como supuesto fundamental de la unidad del orden jurídico y fundamenta de validez de las normas que lo integran³⁷.

Puesto que la norma fundante, básica no es una norma querida ni tampoco una norma querida por la ciencia del Derecho, sino solamente una norma pensada, la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la

34 Kelsen, *Teoría Pura*, pp. 138 y ss. y 144; *Teoría Pura*, 2a. ed. p. 209; *The Constitutional Function*, p. 220. Apunta Caamaño Martínez, que es la norma fundamental un medio para enlazar el mundo del ser con el del deber ser, los cuales se hallan separados radicalmente en la teoría kelsiana; postula un mínimo de coincidencia entre ambos. La acotación puede ser admitida —limitadamente— en cuanto el principio de efectividad es contenido de la norma fundamental (*El pensamiento jurídico-político*, p. 54-55). Coincide Sampay cuando sostiene que así le ocurre al normativista Jellinek con su teoría de la "fuerza normativa de lo fáctico", simple combinación de palabras para designar —embozadamente—, el hecho decisionista creador de una normatividad (Carl Schmitt, p. 22).

35 Kelsen, *Teoría General del Derecho*, p. 237; *Teoría Pura*, 2a. ed., p. 211-214

36 García Máynez llega a sostener que "la teoría de la norma básica es el velo que oculta el jusnaturalismo kelsiano" (*Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978, p. 164). A su vez Calsamiglia hace interesantes consideraciones acerca del jusnaturalismo de la norma básica (Kelsen y la crisis p. 141 y ss.).

37 Kelsen, *The Constitutional Function*, p. 221.

norma básica, una autoridad normadora “sostiene Kelsen³⁸, con lo cual parecería despojar a la norma fundamental de toda connotación voluntarista —pese a referirse siempre a la primera constitución impuesta por la fuerza de alguien³⁹—. Sin embargo, en otra parte sostiene que toda norma es el significado de un acto de voluntad⁴⁰. “Se puede válidamente objetar que una norma sólo puede ser el significado de un acto de voluntad y no de un acto de pensamiento, que hay una muy importante correlación entre “deber” y “querer” afirma Kelsen y luego continúa: “Sólo puede responderse a esa objeción concediendo que junto con la supuesta norma básica debe suponerse básica como su significado”⁴¹. De esa manera llega Kelsen a afirmar que la norma básica es una “norma ficticia”, rechazando su tesis de varias décadas de que se trataba de una hipótesis. Acude para fundar esta novedosa posición dentro de su teoría a la filosofía del “como si” de Vaihinger⁴².

Este viraje en la posición de Kelsen se convierte en un aspecto de singular importancia dentro de su teoría y aporta elementos de juicio de gran interés para el tema en consideración toda vez que la norma básica —Constitución en sentido lógico trascendental— viene a tener relación con la voluntad de una autoridad —es decir con un hecho— que antes no surgía con la evidencia ahora puesta de manifiesto. No al-

38 Kelsenm Teoría Pura, 2a. ed, p. 212.

39 Kelsen, Teoría Pura, 2a. ed., pp. 208-209.

40 Kelsen, On the Concept of Norm, Essays in Legal and Moral Philosophy, pp. 217-218.

41 Kelsen, The Constitutional Function, p. 221.

42 La obra de Vaihinger, según afirma Stewart, era conocida por Kelsen desde mucho tiempo atrás como lo acredita su trabajo “Zur Theorie der juristischen Fiktionen Mit besorender Berücksichtigung von Vaihinger's Philosophie des Als-Ob” publicado en *Annalen der Philosophie* en 1919 (Stewart, The basic norm as fiction, p. 207 nota 51). Este filósofo neokantiano no era extraño a la Escuela de Viena de la Teoría Pura del Derecho como lo atestigua Ebenstein cuando afirma con respecto a Merkl “...que sigue la filosofía del Als-Ob de Hans Vaihinger” (La Teoría Pura del Derecho, p. 149). No obstante, su influencia en Kelsen se hace manifiesta en sus últimas obras, con particular referencia a la norma básica, como cuando afirma que ésta “representa la habilitación de una autoridad moral p jurídica máxima partiendo de una autoridad que si bien es ficticia, está por encima de la misma” y precisa “según Vaihinger, Die Philosophie des Als-Ob, 7a. y 8a. eds., Leipzig, 1922, una ficción es un recurso del pensamiento que se utiliza cuando el material dado no se logra alcanzar el fin del pensamiento (pág. 19)” (Allgemeine Theorie der Normen, p. 207).

canza a desvirtuar esta conclusión la declaración de Kelsen en el sentido de que "una ficción propiamente dicha en el sentido de la filosofía del "como si" de Vaihinger se caracteriza no sólo por contradecir la realidad sino por ser contradictoria en sí misma"⁴³. Esta afirmación se funda en que tal norma no existe en la realidad y en que, además, es el pretendido sentido de un acto de voluntad que, se sabe, tampoco puede existir⁴⁴. Las consecuencias de esta teoría de la ficción aplicada a la norma fundamental resultan obviamente catastróficas sobre la cual está construida la teoría del orden jurídico. Empero, sin entrar en su análisis, a los efectos de este trabajo es suficiente resaltar la contradicción en que el normativismo kelsiano queda atrapado cuando se ve forzado a reconocer la existencia de una voluntad como condición de la norma básica. El recurso a la teoría de la ficción resulta insuficiente para resolver el problema, pese a constituir un sorprendente avance de Kelsen hacia la admisión de la presencia fáctica en el Derecho. Entraña a la vez un retroceso de su rígido normativismo, ampliamente contradictorio con su anterior línea de pensamiento⁴⁵. Concluye afirmando que la "constitución" en cuanto hecho de constituir un orden jurídico estatal fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, es decir, la Constitución en sentido lógico-jurídico⁴⁶.

4. Constitución en sentido Jurídico—Positivo.

Ascendiendo las distintas gradas que conforman el orden jurídico estatal y que fundamentan la validez de sus normas dándoles unidad sistemática, se llega a la Constitución —en cuanto primera Constitución—

43 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 206. Más adelante explicita que "cabe tener en cuenta que la norma básica en el sentido de la filosofía del "como si" de Vaihinger no es una hipótesis —yo mismo la llamé así circunstancialmente— sino una ficción que se diferencia de una hipótesis porque la acompaña la conciencia de que no corresponde a la realidad, o por lo menos debe ir acompañada de esa conciencia" (*Ibidem*, p. 207).

44 Stewart, *The Basic Norm as Fiction*, p. 208.

45 Calsamiglia, *Kelsen y la crisis*, p. 149-152.

46 Kelsen, *Teoría General del Estado*, pp. 325-329, *The Constitutional Function*, p. 220. Vilanova hace un esclarecedor análisis del tema de la norma fundamental estableciendo la diferencia entre la "norma fundamental en abstracto" que prescribe obedecer al legislador originario y la "norma fundamental en concreto" que actualiza la noción abstracta de legislador originario para un determinado orden jurídico (Vilanova, José, *Vigencia y validez en el Derecho*, en *El Hecho del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956, p. 147.

que es la grada inmediata inferior a la norma fundamental (o Constitución en sentido lógico-jurídico), y que se designa como Constitución en sentido jurídico-positivo.

No se trata ya de un mero supuesto, hipótesis científica necesaria o ficción, sino de una Constitución efectivamente "puesta" y que consiste en la aplicación de la norma fundamental —fundante— a la vez que en la creación de una nueva norma de grada inferior. Es históricamente verificable y positiva; es el grado superior del Derecho positivo. Su función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de normas generales y fijar el procedimiento que ellos deben seguir, aunque también puede determinar el contenido de ciertas leyes, sea prescribiendo o prohibiendo⁴⁷. Esto último, generalmente ocurre en las constituciones liberales en cuanto a ciertos derechos o garantías (parte dogmática).

La Constitución en sentido jurídico-positivo, surge como grado inmediato inferior a la norma fundamental (Constitución lógico-jurídica) en el momento en que el constituyente instituido por ésta como órgano creador de Derecho establece normas que regulan la legislación misma⁴⁸.

Dentro de la estructura jerárquica del orden jurídico y del principio de que el Derecho regula su propia creación conforme una derivación dinámico-formal —característica del Derecho— la Constitución aparece como la última grada o norma superior del Derecho positivo de un Estado. Por encima de ella —dentro de la estructura jurídica piramidal— se halla solamente la Constitución lógico-jurídica o norma fundamental, de la que es aplicación y de la cual deriva su validez⁴⁹. A su vez, por debajo de ella están todas las restantes normas del ordenamiento jurídico, en primer lugar las leyes o normas generales, a las cuales sirve de fundamento. En suma, la función constitucional, sostiene Kelsen, consiste en el otorgamiento de validez⁵⁰.

47 Kelsen, *Teoría Pura*, pp. 147 y ss. En la "autorización a determinadas personas para crear normas legales reposa la función esencial de la constitución". sostiene Kelsen (*The Constitutional Function*, p. 218).

48 Kelsen, *Teoría General del Estado*, p. 325.

49 Kelsen, *Teoría General del Estado*, p. 325; *Teoría Pura*, p. 36 y ss.; *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 146 y ss.

50 Kelsen, *The Constitutional Function*, p. 224.

5. Constitución en sentido formal.

La Constitución en sentido formal es un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante ciertos procedimientos especiales, distintos de los de creación de leyes ordinarias y cuyo objeto es, precisamente, dificultar dicha modificación. Generalmente esas normas se hallan contenidas en un documento o código especial llamado "Constitución"⁵¹.

Kelsen atribuye a una confusión —también a raíz jusnaturalista— entre Constitución lógico-jurídica y Constitución jurídico-positiva, el concepto de Constitución en sentido formal en cuanto necesidad de dificultad la reforma constitucional, de donde emerge la distinción entre función legislativa ordinaria y función legislativa constitucional. Las dificultades impuestas a esta última derivan del propósito de proteger ciertos intereses políticos consagrados por los catálogos de derechos constitucionales; de allí la exigencia de un órgano especial o cierta mayoría o determinado quórum, etc. (poder constituyente). La ideología pactista llevó a la promulgación solemne de documentos constitucionales escritos, rígidos, acabados y no reformables⁵².

6. Constitución en sentido material.

Las normas jurídicas relativas a los supremos órganos creadores del Derecho y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal constituyen la Constitución en sentido material⁵³. Distingue aquí Kelsen entre el concepto de Constitución en la Teoría General del Derecho (Constitución en sentido material) y el concepto político de Constitución⁵⁴.

La Constitución en sentido material refiere fundamentalmente a aquellos preceptos atinentes a los órganos superiores y al procedimiento para la creación de normas generales (Constitución en sentido estricto), que es el contenido esencial de la Constitución jurídico-positiva. Pero

51 Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*; p. 147; *Teoría Pura*, 2a. ed. p. 233; *The Constitutional Function*, p. 218.

52 Kelsen, *Teoría General del Estado*, p. 329-332.

53 Con más precisión afirma Kelsen que "la Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de las normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes" (*Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 167); *Teoría Pura*, 2a. ed., p. 234).

54 Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 306.

también —especialmente en las constituciones modernas— además de órganos y procedimientos— contenidos de prescripción o prohibición de ciertas leyes, particularmente relacionadas con derechos o garantías “fundamentales”.

La Constitución en sentido formal y la Constitución en sentido material no siempre coinciden, principalmente porque la primera incorpora normas que no forman parte estricta de la segunda, a la vez que no contiene algunas que sí integran ésta⁵⁵. En general, las constituciones modernas —producto del llamado “constitucionalismo”— responden al tipo formal de Constitución escrita y no flexible con partes “dogmática” y “orgánica”⁵⁶.

IV. CONCLUSION

APRECIACION CRITICA DE LAS CONCEPCIONES DE SCHMITT Y KELSEN

Sostiene Legaz y Lacambra⁵⁷ que Schmitt y Kelsen son dos nombres representativos de corrientes espirituales antitéticas, “expresión de la profunda crisis con que se inicia la vida del hombre europeo del siglo XX”. Por una parte, los apóstoles de la de en la razón, absolutamente relativizada en el formalismo y, por otra, quienes profesan su fe en los poderes irracionales de la vida y la relativización de las situaciones histórico-culturales concretas. Kelsen busca en el formalismo el refugio de posibles verdades jurídicas a priori, en tanto Schmitt va en pos de lo concreto y frente a la “ratio” y al “nomos” impersonal, afirma el carácter personalista de la decisión.

Tanto Schmitt como Kelsen han alcanzado no sólo notable difusión sino también considerable influencia en el pensamiento jurídico político de este siglo⁵⁸. Ello resulta comprensible por cuanto las con-

55 Kelsen, *Teoría General del Estado*, p. 331; *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 308-310.

56 Kelsen, *Teoría Pura*, 2a. ed., pp. 233-234. Linares Quintana, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

57 Legaz y Lacambra, *Prólogo*, p. 9.

58 Sostiene que los juristas de su generación cuando quisieron trabajar con el pensamiento contemporáneamente vigente “...tuvimos ante la vista, y debimos decidirnos a transitarlos —como quien tiene una montaña cubriéndole el horizonte—, a Hans Kelsen y Carl Schmitt” (Carl Schmitt, p. 9).

cepciones que representan —si bien reconocen antecedentes, tanto remotos como inmediatos— son típicamente expresión de la época que les tocó vivir y, como cables y destacados exponentes de esa época, sus ideas han cuajado en muchos de sus contemporáneos. En efecto, mal podría interpretarse a estos pensadores desvinculados de los precedentes que filian su origen y del contexto histórico cultural en que sus obras surgen. A su vez, eso brindará pautas para comprender la repercusión que han alcanzado y el predicamento de que gozan. Son, en cierta manera, producto de una época de crisis⁵⁹ y en función de esa crisis se hace necesaria su inteligencia.

A pesar de las notorias divergencias existentes entre ambos autores —muchas veces puestas explícitamente de manifiesto por ellos mismos⁶⁰— hay, sin embargo, un trasfondo común que permite identificarlos más allá de esas diferencias: la afirmación del Derecho positivo —establecido por una autoridad dotada de fuerza— como único Derecho⁶¹. Este positivismo es herencia de las concepciones del siglo pasado y constituye la impronta que signa la mayor parte del pensamiento jurídico actual, a la que no han escapado estos autores.

La coincidencia fundamental entre Schmitt y Kelsen se da en cuanto el segundo, haciendo gala de una lógica impecable en su concepción normativista, desemboca, sin embargo, en una norma fundamental supuesta —primero hipotética y luego ficticia— de la que el Derecho positivo deriva su validez' "Pareciera —dice Sampay— que Kelsen logra que el normativismo y el positivismo jurídicos se cerraran en sí mismos, se hicieran autárquicos y escaparan al decisionismo, esa mala sombra que los persegue"⁶². Pero queda en pie —si el Derecho pertenece al mundo de los valores— determinar a qué concepción valiosa atiende el legislador para crear las normas y es allí donde Kelsen deja abierto un resquicio en su construcción en cuanto afirma que el legis-

59 El tema de la "crisis" respecto de ambos autores es tratado con frecuencia. A lo que espresa Legaz y Lacambra respecto de Kelsen (ver nota 1), deben agregarse, respecto de Schmitt, los primeros párrafos del ensayo de Smith Ricardo, *Una nueva, antigua incitación totalitaria. Las bases teológico-políticas del Estado en Karl Schmitt*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1943.

60 Cfr. Kelsen, *Teoría General del Estado*, pp. 453 y 526 y Schmitt, *Teoría*, p. 8.

61 Sampay, *Carl Schmitt*, p. 9.

62 Sampay, *Carl Schmitt*, p. 23; Calsamiglia, *Kelsen y la crisis*, pp. 142 y ss.

lador es movido por una "ideología política" no racional⁶³. Entonces se cuela el decisionismo que, de esta suerte, se amalgama con el normativismo.

Calsamiglia cita un trabajo publicado casi al final de la vida de Kelsen, en el cual éste confiesa su abandono de la teoría de la norma fundamental como hipótesis del pensamiento y reconoce: "La he abandonado al comprobar que una norma debe ser el correlato de una voluntad. Mi norma básica es una norma jurídica basada en un acto de voluntad ficticia"⁶⁴. El expediente de la ficción no resuelve el punto crucial de que toda norma es la expresión de una voluntad, según el propio Kelsen lo reconoce. Y ello es así aún para la norma que consiste en la Constitución en sentido lógico trascendental.

En la teoría de Kelsen —asentada sobre una gnoseología idealista de raíz kantiana— el Estado queda reducido a un mero conjunto de normas, de relaciones, a un centro de imputación, a un objeto puramente ideal, sin existencia real en el mundo de imputación, a un objeto puramente ideal, sin existencia real en el mundo del ser⁶⁵. Empero, como certeramente apunta Recaséns Siches refiriéndose a la norma fundamental "es preciso sacar de ello la consecuencia que Kelsen se empeña en no ver: la primera constitución o norma fundamental de un sistema jurídico no puede ser concebida como puro jalón lógico, antes bien, por el contrario, ha de ser entendida con una dimensión de voluntad social"⁶⁶. Vale decir que se enlazan norma y hecho, pues, la norma fundamental sólo puede ser supuesta cuando la primera Constitución emana un orden eficaz en su conjunto.

63 Afirma Heller que "el experimento kelseniano vino a conducir, por modo paradójico, a una Teoría del Estado sin Estado, ciertamente, pero no a una Teoría del Estado totalmente emancipada de la política" (Heller, Teoría p. 71).

64 Calsamiglia, Kelsen y la crisis, p. 123 donde la cita a Kelsen, Die Grundlage der Naturrechtslehre. Das Naturrechts in der Politischen Theorie, Springer Verlag, Wien, 1963, pp. 119 y ss.

65 Legaz y Lacambra, Estudio crítico de la Teoría Pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena, Clarascó, Barcelona, p. 195.

66 Recaséns Siches, Luis, Estudio preliminar sobre la Teoría Pura del Derecho y del Estado, en Compendio de Teoría General del Estado de H. Kelsen, Editora Nacional, México, 1974, p. 83. Cabe señalar que en este trabajo Recaséns pareciera confundir primera Constitución y norma fundamental —mencionados con disyunción— sino claro que una es norma positiva (Constitución jurídico-positiva) y la otra es supuesto o hipótesis de trabajo (Constitución lógico-jurídica) (Ver Cap. III, supra).

Por otra parte, Kelsen pretende que su sistema no está vinculado a doctrina política alguna. Sin embargo, se ha señalado que responde cabalmente al tipo ideal del Estado de Derecho liberal burgués, como corresponde a su herencia racionalista⁶⁷ que se alimenta en la finalidad estatal de crear y salvaguardar un legalismo formal, ya que el contenido de afirmaciones culturales pertenecería a un originario dominio de la Sociedad. De allí que Heller llamara a Kelsen el apóstol "de la seguridad burguesa"⁶⁸.

Schmitt distingue tres formas o maneras como puede pensarse científicamente el Derecho: como norma, como decisión y como orden concreto. La primera, el normativismo, reduce el Derecho a meras reglas estructuradas en un sistema; la segunda concibe al Derecho como conjunto de decisiones concretas, de actos de voluntas personales⁶⁹; la tercera lo concibe como un orden concreto, designando con esa expresión a aquellos sectores que tienen una sustancia jurídica propia que

67 Caamaño Martínez, El pensamiento jurídico-político, p. 56. La defensa que Kelsen hace del parlamentarismo frente a la impugnación del "vacuo aparato, que vive gracias a una inercia puramente mecánica" formulada por Schmitt, ratifica este aserto (Teoría General del Estado, p. 453). A pesar de la manifestaciones del propio Kelsen en el prólogo a la primera edición alemana de la Teoría Pura del Derecho (1934) acerca de que "no hay ninguna tendencia política de que no haya sido acusada la Teoría Pura del Derecho" (Teoría Pura, p. 13), parecería no existir duda en cuanto a su profesión liberal como lo atestiguan otras obras suyas (Ver Kelsen, Esencia y valor de la democracia, traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934; precisamente una de las primeras obras editadas en español). Puede afirmarse que radica justamente en este punto más que en cualquier otra cuestión teórica quizás —la controversia que enfrentó por década a ambos juristas toda vez que Schmitt criticó dura y radicalmente el Estado de Derecho liberal burgués y se convirtió en su oponente más caracterizado en un momento histórico de profunda crisis y transformaciones políticas en Europa. Kelsen, por su parte, fue el teórico defensor del sistema liberal como expresión política de una posición filosófica relativista, rotundamente opuesta a todo absolutismo voluntarista. Resulta sintomático, por otra, el predicamento de que gozó Schmitt en España durante varias décadas cuando el pensamiento de Kelsen sólo era conocido a través de las tempranas traducciones de Recaséns Siches y Legaz Lacambra. (Ver Legaz y Lacambra, Prólogo, passim).

68 Cit. por Sampay, Arturo, Introducción a la Teoría del Estado, Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 141; Schmitt, Teoría, p. 8 Cfr. Heller, Teoría, pp. 71-72.

69 Así, pues, el positivismo resulta una suerte de combinación del normativismo y el decisionismo.

rebasar la imposición normativa externa, puesto que se hallan institucionalmente configurados⁷⁰.

El decisionismo, primera fase del pensamiento schmittiano, funda la última razón de validez jurídica en un proceso de voluntad. Esta concepción tiene un valioso antecedente en Hobbes⁷¹, autor que goza de especial predilección de parte de Schmitt. Si se engasta esta concepción jurídica en el marco de una visión antropológica como la del autor del *Leviathan* —esencialmente pesimista—, surge coherentemente la decisión como principio absoluto, llamado a poner orden en el caos natural de la existencia humana. La decisión —que presupone el desorden— viene a ser la causa del orden⁷². Por eso “en toda percepción jurídica se encuentra esa decisión en el más amplio sentido de la palabra. En efecto, todo pensamiento jurídico transfiere la idea del Derecho, que jamás se torna realidad en toda su pureza, a un estado de agregación diferente y le añade además, un elemento que no se desprende de una norma jurídica general cuando de su aplicación se trata... No se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa: sólo desde un centro de imputación se puede determinar qué es una norma y en qué consiste la regularidad normativa”⁷³.

70 Caamaño Martínez, *El pensamiento jurídico-político*, p. 130-134; Sampay, Carl Schmitt, pp. 13-40. La consideración del Derecho como orden concreto puede emparentarse con la teoría de la institución de Hauriou, quien comienza sosteniendo que “las instituciones representan en el derecho, como en la historia, la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real; la operación de su fundación constituye el fundamento jurídico de la sociedad y del Estado”. Agrega, más adelante, que “las instituciones son fundadas gracias al poder” y admite que “coactus volui, sed volui”, lo cual está significativamente cerca de algunas posiciones schmittianas (Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, traducción de Arturo E. Sampay, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. p. 31).

71 Cfr. Schmitt, *El Leviathan*, *passim*.

72 Samper. Carlos Schmitt, p. 19 y 20.

73 Schmitt, *Teología Política*, pp. 66-68.

La posición de Schmitt fue tenazmente opuesta a la de Kelsen y la Escuela de Viena; y demoledoramente crítica de la concepción del Estado de Derecho liberal burgués. La actitud política del primero durante el período nacional-socialista de Alemania le granjeó numerosos detractores—más allá de supersonal posición filosófica política. En la segunda etapa de su pensamiento, se inclinó a la concepción del Derecho como orden concreto, tratando de superar el puro decisionismo anterior⁷⁴.

Sin embargo, aun en esta teoría de la concreta ordenación y estructuración—que tanto Caamaño Martínez como Sampay coinciden en vincular con la teoría de la institución de Hauriou—⁷⁵ vuelve a dar cabida a la decisión como "principio dinámico que pone en movimiento la estática del orden concreto"⁷⁶. La decisión del soberano constituye supremo fundamento de toda validez en el sistema schmittiano.

Es evidente la influencia que en el pensamiento de Schmitt tuvieron—además del recordado Hobbes— los filósofos políticos conservadores del siglo pasado: Bonald, De Maistre y, principalmente, Donoso Cortés⁷⁷. Incluso llega a afirmarse que Schmitt es un doctrinario de la acción política⁷⁸, lo cual no constituye motivo de asombro si se tiene en cuenta que el decisionismo es, básicamente, una teoría voluntarista del Derecho.

En suma, Kelsen llega a admitir la presencia del elemento fáctico en el Derecho una vez que su tesis puramente formalista agota las posibilidades lógicas del esquema estructural normativo. Se ve forzado a afirmar que la Constitución (primera Constitución o Constitución en sentido jurídico-positivo) es válida sólo porque es eficaz, es decir, porque

74 Caamaño Martínez, *El pensamiento jurídico-político*, p. 134. Sampay, *Carl Schmitt*, p. 41.

75 Conde, *Francisco Javier, Introducción al Derecho Político actual*, Madrid, 1942, pp. 203-204, cit. por Sampay, *Carl Schmitt*, p. 42.

76 Schmitt, *Teoría*, p. 6

77 Cfr. Schmitt, *Una nueva, antigua incitación*, pp. 20 y ss.; Legaz y Lacambra, *Prólogo*, p. 11. Sobre la influencia de Donoso Cortés pueden verse Schmitt *Carl, Donoso Cortés, su posición en la historia de la filosofía del Estado*, Centro Cultural Germano Español, Madrid, 1934 y *Teoría, 1934 y Teoría Política*, pp. 92 y ss.

78 Conde, *Introducción*, p. 191.

de ella emana un orden jurídico que es acatado. Es la necesaria convalidación de lo fáctico que afirma Jellinek.

Por su parte Schmitt arranca directamente de la afirmación de una voluntad suprema creadora de Derecho. Sostiene que soberano es quien decide en un estado de excepción y a partir de esa decisión surge el orden jurídico político del Estado. Por eso la Constitución es, esencialmente, en su sentido positivo, una decisión política fundamental (una voluntad, un hecho que se traduce en norma).