



Carl Schmitt

Análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica

**OSCAR MAURICIO DONATO R.
PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ
(Compiladores)**



**UNIVERSIDAD
LIBRE**

**Facultad de Filosofía
Oficina de Relaciones Interinstitucionales (ORI)**

Donato R. Oscar Mauricio y González Monguí, Pablo Elías (compiladores)

Carl Schmitt. Análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica

1a. ed. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2011.

218 p.

© Universidad Libre de Colombia.

© Donato R. Oscar Mauricio y González Monguí, Pablo Elías (compiladores)

Primera edición: noviembre de 2011.

Todos los derechos reservados y se acoje en un todo a la Ley 23 de 1982, artículo 32.

© Universidad Libre de Colombia

Número de ejemplares: 1000.

ISBN 978-958-

Editor: Universidad Libre de Colombia.

Concepto gráfico y armada digital: Diana Guayara V. - dianaguayara@gmail.com

Producción: Alvi Impresores Ltda. - Tel.: 2501584 - alvimpresores@yahoo.es



UNIVERSIDAD LIBRE

Directivas Universidad Libre

Luis Francisco Sierra Reyes

Presidente

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Rector Nacional

Pablo Emilio Cruz Samboni

Secretario General

Antonio José Lizarazo Ocampo

Censor Nacional

Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas

Presidente Sede Principal

Fernando Dejanón Rodríguez

Rector Seccional

Rubén Alberto Duarte Cuadros

Decano Facultad de Filosofía

Pablo Elías González Monguí

Director Oficina de Relaciones Interinstitucionales (ORI)

Director Cátedra Gerardo Molina

Contenido

	Pág.
Presentación	
OSCAR MAURICIO DONATO R.	19

PRIMERA PARTE

La aplicabilidad en Colombia y América Latina

Sobre los usos de Schmitt: su vigencia y aplicabilidad al caso colombiano	
FERNANDO CUBIDES CIPAGAUTA	31
Democracia Constitucional Autoritaria: modalidades de democracia plena y autoritarismo social	
OSCAR MEJÍA QUINTANA	45
Los conceptos de amigo y enemigo en el derecho penal	
PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ	73

SEGUNDA PARTE

Schmitt, el crítico –atrapado– del liberalismo

Epimeteo Atrapado: la correspondencia Schmitt - Strauss y la crítica al Liberalismo	
OSCAR MAURICIO DONATO R.	121
Carl Schmitt: crítica a las nociones liberales de <i>Legitimidad</i> , <i>Legalidad</i> y <i>Democracia</i>	
HERNÁN MARTÍNEZ FERRO	139

TERCERA PARTE

Derecho, guerra y política. La imagen del Leviathan

	Pág.
Decisión política y decisión judicial en Carl Schmitt ANDRÉS ROSLER	159
El Leviathan de Hobbes en el pensamiento de Carl Schmitt: guerra civil clásica y guerra civil internacional VÍCTOR GUERRERO	179
Algunas consideraciones sobre la concepción hobbesiano-schmittiana de <i>representación</i> JORGE E. DOTTI	197
Los Autores	225

OSCAR
MAURICIO
DONATO R.

Presentación

1. El Simposio: La Universidad Libre y el tema seleccionado

Los días 15 y 16 de septiembre de 2010 la Universidad Libre, por intermedio de la Oficina de Relaciones Internacionales (O.R.I.) y la Facultad de Filosofía, dio apertura al simposio internacional dedicado a Carl Schmitt. Las palabras inaugurales fueron realizadas por parte del Dr. Fernando Dejanón. El Simposio fue denominado: *Carl Schmitt: Análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica*. El enfoque del evento era claro para la universidad. Se trataría de un análisis crítico en el sentido kantiano del término. El objetivo de tal análisis serían dos vertientes de su obra, la filosofía política y la filosofía jurídica. *Pero, ¿por qué la Universidad Libre y por qué Carl Schmitt?*

La universidad parecía interesada en el simposio por razones que se podrían explicar desde distintos ángulos. Si bien en primera instancia generalmente se dice en Colombia el pensamiento de Carl Schmitt es contrario a la ideología de la Universidad Libre, empero, ésta mantiene firme su idea de la Libertad de Cátedra y la pluralidad del discurso. Por otro lado, pero consecuente con sus ideales, la Universidad Libre comprendió pronto los distintos niveles de resurgimiento del pensamiento de C. Schmitt. En efecto, en algunas partes, y no en vano, Schmitt es leído como un autor cercano a círculos del Nacional Socialismo Alemán; sin embargo, gracias a su valía intelectual y profundidad, varias de las más importantes universidades del mundo han empezado a abrir sus cátedras a este pensador polémico. No solo en las universidades importantes de Europa y Estados Unidos, también en las más importantes universidades de Latinoamérica, en todas estas partes las cátedras sobre Schmitt y las publicaciones empezaron a tener espacio. Por tanto, participando del diálogo en distintas partes del mundo sobre el tema, y coherente con la fidelidad a los ideales respecto a la pluralidad de discursos, así como también atendiendo la actualidad del tema, la Universidad Libre asumió la responsabilidad de hacer el simposio.

Pero, ¿por qué Carl Schmitt? No nos adelantaremos a lo que se dice en el artículo acá publicado sobre Schmitt en Colombia, tampoco al primer apartado del texto “Epimeteo atrapado”; ahondaremos sobre el influjo intelectual de este en distintos círculos. Para ello bastará con recordar nombres de distintas tendencias políticas y nacionalidades, que sostuvieron intercambio epistolar con Schmitt. Todos refiriéndose con respeto intelectual a Schmitt. Por ejemplo, la que sostuvo desde Moskú Lukács. Por su parte, se cuenta que Kojève al desviar su visita a China para pasar a Plettemberg con la idea de hablar con Schmitt opinó que lo hacía porque *“Carl Schmitt es el único pensador con el que vale la pena hablar en Alemania”*. Acotemos que R. Aron y J. Freund se dirigían Schmitt como “Maestro”. De modo que si los intelectuales de izquierda de la talla de Kojève y Lukács y personalidades de la resistencia liberal francesa a la ocupación nazi detuvieron su andar para escuchar a Schmitt, quizá, solo quizá, nosotros debemos hacer también una breve pausa.

Concedamos la pausa. Pero, ¿para qué? Algunos de quienes exponemos en esta compilación vemos a Schmitt como un pensador del Orden Concreto (Dotti, Rosler, Donato), para otros integrantes del mismo texto (Mejía Quintana, Martínez Ferro) Schmitt es un pensador próximo al partido Nazi. La pausa servirá al lector de introducción a dicho debate. Por otro lado, todo sociólogo y todo interesado en general en la obra de Weber encontrarán en Schmitt, sin duda alguna, a un discípulo extraño. Continuator y crítico de distintos puntos del gran maestro de la Sociología. No menos importante será este pequeño libro para quien desde el Derecho esté interesado en profundizar en Kelsen y en el positivismo jurídico; en efecto, Schmitt entiende que el Derecho tiene al menos tres aspectos, o formas de pensarse científicamente, entre ellas, el Decisionismo (uno de los ángulos del ataque de Schmitt a Kelsen y al liberalismo). No

menos interesante será para los politólogos y estudiosos de la filosofía política acercarse al problema de la técnica y la relación que de esto se teje entre Schmitt y Heidegger por un lado, pero fundamentalmente, entre Schmitt y Hobbes. Esto, por no mencionar la relación tirante entre Spinoza y Schmitt en torno a un problema fundamental, a saber, la identidad individual y el problema del mando. Todos estos son algunos de los problemas que los distintos textos abarcarán y que creímos el simposio y sus memorias no podrían más que nutrir el debate al interior de las universidades colombianas.

2. Invitados a las conferencias

Dado el enfoque del evento y la particularidad temática, el grupo de invitados ponentes debía ser meticulosamente pensado. Se trataba de buscar lecturas de Schmitt desde distintos ángulos y también sobre distintos enfoques. Es decir, la búsqueda de invitados ponentes debía convocar a críticos del pensador alemán, tanto como a lectores de Schmitt que rescataran su aporte a las ciencias jurídicas y políticas, de igual modo, había un ángulo que cubrir, aquellos que desde Schmitt leerían la coyuntura nacional, o bien para analizarla, o bien para criticarla junto con su marco teórico, el propio Schmitt. Simultáneamente, el grupo de convocados debería ser suficientemente reconocido en el ámbito académico como para que el evento pudiera convocar, en la mayor medida posible, a un auditorio nutrido y plural. Con esto se terminaría de enriquecer el debate.

Debido al reconocimiento de su calidad teórica y académica, a la pluralidad de enfoques y diversidad de lecturas, los nombres nacionales de Oscar Mejía Quintana, Víctor Guerrero, Fernando Cubides y Hernán Martínez Ferro devinieron entonces como la síntesis de los tres ángulos buscados. Los invitados internacionales difícilmente podrían ser mejor solucionados. Los reconocidos profesores Andrés Rosler y Jorge Dotti se presentaron como invitados de honor debido a sus importantes recorridos en el mundo académico en general y en el tema en particular. Sus publicaciones en las más prestigiosas revistas y universidades del mundo así lo confirmarían. De tal modo que contaríamos con la presencia de rigurosos investigadores. No todos los días se puede invitar a casa a profesores que publican para Oxford, o que se dedican a dar las clases del pensamiento alemán en distintos países, incluyendo Alemania. Personalidades que además trabajaron con intelectuales de la talla de J.L. Borges.

3. Estructura de la compilación y sus temas

Según lo antes dicho, el texto resultado del congreso y compilado en estas memorias debe tener una estructura que se presenta así: La primera parte versa

sobre la aplicabilidad de Schmitt en Colombia y el resurgimiento de los totalitarismos en América Latina. La segunda parte se dedica al análisis de la crítica al Liberalismo. La última parte versa sobre la guerra, el Derecho y la política. Fundamentalmente, los últimos dos textos tratan la relación de Schmitt con la figura del Leviathan. Los presentamos a continuación.

3.1 Primera parte: La aplicabilidad en Colombia y América Latina

La primera parte de nuestra compilación la ocupan aquellos textos que tratan el problema de la influencia de Schmitt en Colombia (Cubides) y la relación entre este y las modernas democracias nacional (González, M.) y las democracias autoritarias en América Latina (Mejía Quintana).

El texto del profesor Cubides no es una reseña reconstructiva a propósito de la recepción de Schmitt en los juristas colombianos de la tercera década del siglo pasado. El trabajo del profesor Cubides es un análisis de la aplicabilidad de algunos conceptos de Schmitt a la actualidad del caso colombiano. Dicha pertinencia se traza a propósito de la relación entre la conceptualización de la legitimidad y su relación con la comprensión de la guerra irregular o guerra de guerrillas. Con humor y agudeza, el profesor Cubides resalta que el caso de Schmitt, es decir, el de un jurista que es reconocido por ser *“un jurista que desconfía de la Ley”*, resulta *“particularmente aplicable en un “país de leyes”* pero en donde el concepto de ley se ha desvalorizado, pues persiste y es muy arraigada la creencia de que *“quien hace la ley, hace la trampa”*, la relación entonces entre Schmitt y el caso colombiano, agrega él, *“no debe extrañarnos”*.

Por su parte, el texto del Dr. Mejía Quintana es un fino diagnóstico de lo que él considera el *“resurgimiento”* de formas de autoritarismo en América Latina. Esto es, se trataría de una forma de restricciones que sin salirse del marco constitucional, sin embargo se mantiene excluyente de eticidades enemigas. También son regímenes favorecedores de eticidades amigas. Así las cosas, estos regímenes devienen en democracia constitucional autoritaria. Ante este diagnóstico el profesor Mejía postula una hipótesis descrita bajo los siguientes términos: *“Frente a las nuevas modalidades de autoritarismo que terminaron cooptando la democracia liberal, derivando en una modalidad híbrida de democracia constitucional autoritaria, es necesario explorar las diferentes opciones que, en tanto marcos de interpretación y estrategias políticas, desde la democracia plena puedan constituirse en respuestas efectivas al mismo, allí donde las manifestaciones de intolerancia y exclusión devengan un rasgo estructural del ordenamiento jurídico-político”*.

Las tres posibilidades para desarrollar la Democracia plena que se convierten en dicho marco teórico son las siguientes: *i)* En primera instancia la alternativa expuesta

es la profundización de la propuesta habermasiana de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt. *ii)* La segunda opción analizada es la versión francófila del republicanismo anglosajón; es decir un republicanismo revolucionario post moderno con una diáfana influencia de Negri. Desde acá se propondría una catalización del liberalismo a partir del pos socialismo de la democracia contestataria. *iii)* La última alternativa explorada es el desarrollo que Hardt hace de la propuesta de Negri respecto a la democracia real o absoluta. Esto es, el desarrollo paulatino de la multitud como constitución de un sujeto capaz de emanciparse.

Finalmente, resulta de interés para la coyuntura nacional el texto del Doctor Pablo E. González quien construye una dialéctica propia del amigo-enemigo en el derecho, a partir de una lógica de contrarios: aquellos elementos que sirven para pensar la lógica del enemigo, son leídos en teología negativa, factores de protección de los amigos bajo un mismo marco jurídico.

3.2 Segunda parte: Schmitt, el crítico =atrapado= del liberalismo

El segundo núcleo temático de la compilación está integrado por el análisis de la crítica al liberalismo. El texto que se titula “Epimeteo atrapado”, encabeza la segunda parte porque se presenta como una bisagra entre el primer capítulo y el segundo. En efecto, en su primera parte hace una nota sobre cómo es la recepción de Schmitt en Colombia. Después de ello, analiza la correspondencia entre Schmitt y uno de sus más importantes lectores y críticos: L. Strauss. El objeto del texto es rastrear en qué consiste la crítica que Schmitt hace del liberalismo, para después rastrear la crítica que Strauss hace sobre la postura de Schmitt. De algún modo, dirá Strauss, la crítica al liberalismo que hace Schmitt está aún atrapada dentro de las fronteras del liberalismo. La razón de esto, entendemos, está en que Schmitt le da relevancia a la dicotomía amigo-enemigo, considerando que la estética y la moral, son sub-productos de la política. Empero, Strauss dirá que lo que se rescata acá es la moral del guerrero, y al ser moral, es aun parte de las redes del liberalismo.

Por su parte, el texto del Dr. Martínez Ferro analiza la figura de Carl Schmitt desde otro ángulo. Si bien está en consonancia con el texto titulado “*Epimeteo Atrapado*” en cuanto que la crítica de Schmitt al Liberalismo no puede hacer más que enriquecer el debate, y en que el pensamiento de Schmitt es agudo y se presenta como un fuerte desafío a la democracia liberal; empero, se separan los dos textos por cuanto que el Dr. Martínez Ferro ve en Schmitt a un pensador cercano al régimen y el primero ve a Schmitt como un temprano desencantado y rápido crítico del régimen. Otra diferencia que subyace en los textos es que el primero considera la obra de Schmitt como una unidad sistémica y el segundo la considera asistemática. Sea de esto lo que fuere, el texto del Dr. Martínez Ferro analiza cómo entiende Schmitt los conceptos de Legalidad, Legitimidad y Democracia antes del ascenso de Hitler al poder. El foco de

14 esta discusión es clave para la filosofía política y el Derecho: Quién y cómo fija los límites de aquello que debe ser tolerado.

3.3 Tercera parte: Derecho, guerra y política. La imagen del Leviathan

El documento del Dr. Rosler sin duda tiene muchas cosas que aportar. En primera instancia está rodeado de un estado del arte bastante actualizado. El texto señala que Kelsen no niega que el origen, la justificación y el contenido del Derecho puedan ser políticos, como sostiene Schmitt. Para el Dr. Rosler, es claro que la idea de Kelsen es sostener que la naturaleza del Derecho es independiente de la política.

La tarea ilustradora del documento continúa y se centra en analizar las diferentes tonalidades del Decisionismo Schmittiano. Así, el texto en primera instancia se dedica a analizar la relación entre la política y el Derecho. Para ello ilustra qué es una decisión en Schmitt y por qué esta es considerada como “*Ex nihilo*”. Una vez aclarado el concepto de decisión, el texto se propone analizar los diferentes matices de la misma. Estos matices son significativos para rastrear el contexto de la toma de la decisión, el tipo de conflicto que resuelve la decisión y el sujeto responsable de la toma de tal decisión.

Según lo anterior el texto ilustra tres tipos de decisiones, a saber:

- a) La decisión jurídico política. (La decisión por antonomasia): Es aquella que se toma de modo constituyente en los momentos de excepcionalidad política y existencial. Es aquella que abre camino desde el caos a la normalidad. Al orden concreto.
- b) La decisión de control constitucional: Es aquella que le corresponde al representante del soberano. La función de este tipo de decisión es resolver las querellas posibles entre las diferencias de opinión que genere el primer tipo de decisión. (La decisión jurídico-política).
- c) La decisión judicial normativa: Es aquella que le corresponde a los tribunales. Su labor es resolver los conflictos jurídicos. El sujeto responsable de esta es el juez. El criterio de decisión acá no es el marco de la excepcionalidad sino que está fijado por el contenido de las normas.

Vale agregar que la claridad que se aporta en este documento sobre los matices de la decisión en Schmitt son claves para entender su pensamiento en general, tanto como para entender su postura frente al Régimen Nazi y su artículo “El Führer defiende su derecho”.

El ensayo del Dr. Guerrero evocó no poca polémica el día de su lectura. Creímos pertinente dejarlo en esta posición para que pudiera ser leído en medio de los

textos que lo acompañan (Rosler - Dotti), Este documento analiza a Schmitt y las influencias de los “fundamentadores categoristas” (Bodino y Hobbes) por un lado, y las de “decisionistas conservadores” por otro lado (De Maistre, Cortés). El profesor Guerrero analiza cuándo y por qué Schmitt recurre a una influencia u otra. El texto señala que el aspecto problemático y determinante es el juicio conclusivo sobre el Leviathan, a saber: la constatación de un intento fallido de singular importancia. La lectura del profesor Guerrero indica que Schmitt culparía a Spinoza del fracaso del Leviathan debido a que éste en su *Tratado teológico Político* opone la Libertad del individuo a la Majestuosidad del Leviathan. La reacción de Schmitt ante esto sería, según el profesor Guerrero, la concepción schmittiana del Kat’ echon, entendida como la metáfora política de aquello que resiste la venida del anti-Cristo. Esto es la violencia de los poderes indirectos.

Finalmente nos encontramos con el texto del profesor Jorge Dotti. Su texto versa sobre la noción de representación en Hobbes y Schmitt. El texto se traza el análisis del concepto de “representación”. Tal análisis se realiza en un espectro histórico que cubre el nacimiento del Estado, en Hobbes, y en parte del fenecimiento del mismo, visto por Schmitt. Así las cosas, el texto va señalando la manera en que el acontecer bélico de la modernidad es el fenómeno que otorga vía al proyecto hobbesiano de analizar la estructura que permitiera armonizar la legitimidad con el consenso. Una cosa y otra están unidas por el concepto de “*Representación*”. De tal modo que lo visto por Hobbes, es decir las guerras religiosas, son el marco del surgimiento del Estado. Indica esto *que* tanto para Hobbes como para Schmitt, el objetivo es entender, crear y sostener un esquema institucional que intente neutralizar la guerra. En ninguno de los dos casos se trató jamás de hacer apologías o prescripciones. Tanto Hobbes como Schmitt pensaron el problema de cómo desactivar la guerra, factual o latente. Se trató de postular bajo el marco jurídico respectivo a un sujeto responsable de legislar y ejecutar tales normas.

Evidentemente el fin de dicho espectro histórico fue distinto para Schmitt. Este no ve el nacimiento del Estado, como ocurrió con Hobbes. Schmitt presencié su muerte. En realidad, el Estado nació muerto pero contemplar esto fue posible solo para Schmitt no para Hobbes. La muerte del Estado fue causada —entre otras— por la irrupción de los “poderes indirectos” de distintas etiquetas, a saber: el liberalismo capitalista, el corporativismo fascista y el comunismo. Estos son entendidos como las ejecuciones privadas que afectan lo público sin asumir su responsabilidad. Además esto está trazado en un marco de una sociedad de masas y de elitismo tecnocrático, capaz de borrar las fronteras entre lo privado y lo público, lo público estatal, público societal y lo privado personal.

Empero, pese a esto, Schmitt intentará recomponer al cadáver, incluso a pesar de los totalitarismos que conoció; dicho intento de recomposición buscará asumir la paz al interior del Estado según las pautas del Derecho moderno; esto es, a

16

Schmitt le es legítima la esperanza de que la estatalidad sea capaz de contener el *Ausnahmezustand* (Estado de excepción). El objetivo es sostener la diferencia entre el espacio interior del territorio estatal y el espacio desestatalizado del exterior. Esto debe hacerse bajo una clara premisa: evitar potestades supranacionales, que para Schmitt son supuestas y que se adjudican para sí el derecho de la decisión para intervenir en el interior de los Estados. Esto debe hacerse recordando que el objetivo es desactivar la guerra en sus múltiples presentaciones.

4. Agradecimientos

Según Quillón, la diferencia entre los favores otorgados y los beneficios recibidos es que el primero nunca debe recordarse y el segundo nunca debe ser olvidado. Por esto último queremos expresar en este mármol de papel nuestro agradecimiento profundo a muchas personas.

Nos encontramos altamente agradecidos con todas las directivas de la Universidad Libre, con su Presidente Nacional Dr. Francisco Sierra, con el Rector Nacional, Dr. Nicolás Zuleta, y con el Rector Seccional Fernando Dejanón. De igual modo, es menester decir que todo este proyecto no se abría llevado a cabo sin la iniciativa y absoluto apoyo de la Oficina de Relaciones Internacionales e Inter institucionales (O.R.I.) desde su principal actor y director, Dr. Pablo E. González M. También damos gracias a Flor Mendoza por su paciente y eficaz labor; a los estudiantes que, con júbilo y nobleza, colaboran en la Cátedra Gerardo Molina: Gustavo Quiroga, Oriana Chaparro, Pamela Piñeros, Viviana Niño, Ferlyn Parada, Darío Forero, Adriana Lozano, Shery Howard. Queremos agradecer significativamente a Luis Fernando Mora por su entusiasmo y de la misma manera agradecemos la inesperada y jovial ayuda de Carolina Bejarano. No menos importante fue la motivación de la Dra. Martha Casas y el apoyo recibido de Sandra Ávila. También retribuimos, infinitamente, a Camila Umaña, por su silencioso estímulo y confianza.

No menos agradecidos nos encontramos con la Facultad de Filosofía. Estamos en enorme deuda con su decano Dr. Rubén A. Duarte. Con Marcela Rodríguez. Con los colegas que en la Facultad compartimos espacios. Para esta oportunidad particularmente con Jaime Ángel, Víctor Florián y Héctor Martínez. Expresamos nuestro afecto y agradecimientos a los estudiantes de la Facultad de Filosofía, tanto del programa de pregrado como en la maestría. Ellos, con su asistencia nos dieron apoyo, y con sus preguntas y críticas animaron el debate, ya intenso.

Finalmente, queremos agradecer a todos los ponentes que se tomaron el nada insignificante trabajo de exponer sobre estos temas, en estas fechas y lugares

que tanto lo requieren. Particularmente, agradecemos a Hernán Martínez F., su inteligente amistad, siempre llena de humor y humildad. Al profesor Mejía Quintana, quien de modo particular y desde la distancia enseña tantas cosas a todos los que queremos estar atentos a ellas; mis agradecimientos también a mis maestros, Andrés Rosler y Jorge Dotti. Ellos tan rigurosos, amenos y dispuestos, siempre fueron parte fundamental todo esto.

De igual modo, a todos los asistentes a dicho simposio que quizás ahora lean estas líneas y recuerden la jornada, de la cual fueron sus más importantes pero no inesperados protagonistas.

A todos, en las palabras de Virgilio, dejaré mis agradecimientos “*Mientras el río corra, los montes hagan sombra y en el cielo haya estrellas*”.

PRIMERA PARTE

*La aplicabilidad en Colombia
y América Latina*

FERNANDO
CUBIDES
CIPAGAUTA

Sobre los usos de Schmitt: su vigencia y aplicabilidad al caso colombiano

I. Legalidad, legitimidad y procesos de legitimación

Es posible que dado el interés que siempre manifestó Schmitt por España, y las derivaciones de su incisiva crítica a la Constitución de Weimar hacia el mundo hispanoamericano, hayan conducido a referencias episódicas o fragmentarias entre nosotros. El caso es que en una exploración no exhaustiva, las primeras referencias escritas que se encuentran por parte de colombianos a la obra de Schmitt tienen un valor muy desigual, y en gran medida anecdótico. No darían en nuestro caso para escribir un libro como el escrito por el profesor Dotti. Pero entre nosotros, siendo tan disímiles, quienes hacia mediados del siglo pasado fueron conociendo a Schmitt como autor, concuerdan en valorar el rigor, la precisión y la pertinencia de la obra del pensador alemán. Ese pionero de la investigación económica y social que fue Luis

Eduardo Nieto Arteta, todavía durante la Segunda Guerra Mundial, años 1943 y 1944, llevó a cabo una reseña de los escritos constitucionales y para ello capta muy bien el sentido de la crítica schmittiana al carácter a histórico de la noción al uso de Estado de Derecho¹ Se trata de una reseña juiciosa, con una intención divulgativa más que polémica, y lo notorio es que haya sido emprendida por parte de un autor que se definía como marxista. Otro pionero, en este caso el primer historiador de la novela como género, Antonio Curcio Altamar, en 1952, para entender “*la significación del romanticismo en materia religiosa, filosófica y política*” encuentra necesario apoyarse “*en el equilibrado estudio*” de Carl Schmitt, sobre el Romanticismo político y en su nítida diferenciación de las versiones alemana y francesa del romanticismo, y de sus implicaciones políticas².

Resultan referencias fragmentarias, y al cabo poco significativas si se tiene en cuenta que, al decir de Gerardo Molina, en la mente que quienes llevaron a cabo la Reforma Constitucional de 1936 procuraban incorporar “*las enseñanzas de la Constitución de Weimar de 1919 y de la española de 1931*”³. Y no es el principal interés de esta exposición la investigación erudita, que tiene su propia validez. En nuestro caso el interés no es retrospectivo o arqueológico, es más bien juzgar la pertinencia de Schmitt a la luz de problemas de hoy, en valorar cómo nos ubicamos en esa especie de renacimiento global del interés por esta “*mente peligrosa*”, según lo afirma Jan-Werner Müller en un estudio reciente⁴.

Una obra a la vez multifacética, densa, extensa, algunos de cuyos conceptos fundamentales son de gran pertinencia y aplicabilidad al caso colombiano. Dicha pertinencia la encuentro sobre todo en los desarrollos que hace Schmitt en la conceptualización de la legitimidad y los procesos de legitimación, en su teoría de lo político y en el desarrollo y actualización que lleva a cabo a partir de Clausewitz, y en particular para nuestro caso los aportes de Schmitt a la comprensión de la guerra irregular.

Es decir mi exposición de la obra de C.S., se circunscribe a sus ensayos *Legalidad y legitimidad*, *El concepto de lo político* (con su “nota incidental”: la Teoría del Partisano) además de su ensayo sobre *Clausewitz como pensador político*.

En cuanto al primero de los mencionados, ustedes saben que los sociólogos nos hallamos particularmente sensibilizados para distinguir legalidad de legitimidad, es

¹ La reseña apareció en dos entregas sucesivas de la Revista *Derecho*, N°s 64 y 65, Medellín, agosto/septiembre de 1943, págs. 258-280, y N°s 66 y 67 agosto/septiembre de 1944, págs. 382-396, 5.

² Curcio Altamar, Antonio. *Evolución de la novela en Colombia*. Biblioteca Básica Colombiana, N° 8, Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, 1975, pág. 67.

³ *Las ideas liberales en Colombia*. Quinta edición, Bogotá: Universidad Libre - Cátedra Gerardo Molina, 2006, pág. 565.

⁴ “In the final part of this book, I offer some reflections about Schmitt’s most recent and, one might say, almost global renaissance”: *A Dangerous Mind - Carl Schmitt in Post War European Thought*, Yale University Press, 2003, pág. 9.

nuestro mantra, todo un tic intelectual, eso de establecer siempre la diferencia entre lo formalmente estatuido como legal, y la validez que se le otorgue al orden que dicha legalidad sustenta. Y en su breve y fundamental ensayo Schmitt retoma el problema justamente donde lo había dejado Weber, quien, como se sabe fue su profesor⁵. Al igual de lo que puede afirmarse de muchos textos fundamentales, el origen de ese ensayo de Schmitt es incidental, y su recepción, y su curso posterior, sobrepasan con mucho la intención inicial del autor, quien se hace eco de la recepción múltiple, y sin desvirtuar o modificar el texto, a las sucesivas ediciones fue añadiendo complementos, nuevos prólogos, y, en fin, como anexo, una suerte de indagación arqueológica acerca del origen del término de legitimidad, y las variaciones de su significado. Y una breve e instructiva disquisición semántica y filológica de los diversos significados de lo legal y jurídico en francés y las lenguas romances, y en inglés, es uno de los puntos fuertes de su argumentación. (De cómo y por qué la conocida fórmula que justifica los plebiscitos: “*sortir de la Loi, por rentrer dans le Droit*” y esa diferencia entre lo legal y lo jurídico es sencillamente inexistente en inglés). Conocedor puntual de la historia lexicográfica de los términos jurídicos en las principales lenguas europeas, de dicha historia provienen algunos de sus argumentos. Escrito a propósito de una coyuntura concreta de la historia de Alemania, y de un problema concreto, su régimen constitucional, los atributos y funciones de su rama ejecutiva en la Constitución de Weimar, pero nada menos que en los meses previos al ascenso de Hitler al poder, por la más legal de las vías, al cabo el ensayo viene a significar un desarrollo de la teoría weberiana de legitimidad y de los procesos de legitimación. En síntesis, dicho periodo de la vida política alemana, regida por una Constitución considerada modelo de constituciones liberales (no solo por los liberales colombianos de 1936, sino previamente por muchos de los constituyentes españoles de 1931) parece condensar todos los aspectos de esa problemática relación.

De seguro no se escapa a ustedes, el parangón posible con la situación y la historia jurídica colombiana. Que “*un jurista que desconfía de la ley*” como reza la definición irónica de Schmitt, que el propio Schmitt acoge, tomada de sus críticos, resulte particularmente aplicable en un “*país de leyes*” pero en donde el concepto de ley se ha desvalorizado, pues persiste y es muy arraigada la creencia de que “*quien hace la ley, hace la trampa*” no debe pues extrañarnos. El nuestro es sin duda, y como se ha dicho tantas veces, un país de leyes, con un peso de la tradición jurídica que se puede comprobar, pero en el que a la vez, con la fuerza del prejuicio popular, en la percepción espontánea, se puede constatar se viene dando de modo crónico una subestimación de la ley, su acatamiento es muy relativo. Junto con la

⁵ En alemán y entre alemanes, parece haberse zanjado ya la discusión que se suscitara en el Congreso de Sociología de Heidelberg de 1964 (dedicado a la obra de Weber, a su vigencia), acerca de la relación entre estos dos pensadores: la fórmula de Habermas: Schmitt “hijo natural” de Weber y no la de Lowenstein: “hijo ilegítimo”, con su resonancia en el código civil napoleónico, resume el estado de la cuestión, la opinión que en fin prevaleció: admitir la filiación directa.

24 susodicha tradición jurídica, arrastramos a la vez como lastre una densa subcultura de la ilegalidad, e incluso en el lenguaje coloquial de los bajos fondos “*la ley*” tiende a ser entendida como sinónimo de autoridad arbitraria pero con la que, al cabo, se puede transar. “*Una tierra sin normalidad, y por ello pletórica de normas y de normatividad*”, dijo Schmitt de Alemania, en un rapto de pesimismo, y dejo a ustedes las posibles resonancias, o el parangón posible con nuestro caso.

El desarrollo schmittiano, comienza, claro, citando a Weber: “*la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos*”⁶ subrayando a continuidad el carácter tendencial, no axiomático, del postulado (lo más corriente no quiere decir lo único) de ahí lo imperativo de examinar las situaciones límite, de hacer al menos una estimación gruesa del grado de probabilidad de las desviaciones de la tendencia. Por esa fisura introduce su razonamiento Schmitt: los múltiples intersticios que en las democracias liberales se van presentando entre lo formalmente estatuido, y la validez que espontáneamente se le otorga a dichos órdenes legales.

Y lo ejemplifica de modo muy claro: a primera vista cuando enunciamos “Estado de Derecho” damos por sentado que se trata de una noción comprensiva, universal, que denota unos rasgos esenciales producto de un acumulado histórico. Al avanzar en la exploración (y podemos acudir a dos autores suficientemente representativos, coetáneos y contradictores ambos de Schmitt: Kelsen, Lowenstein) en las acepciones corrientes, en su divulgación, dicha historicidad se muestra elusiva; si sus respectivas definiciones contienen referencias históricas, lo característico es que con su pretensión de proyectarse hacia el futuro, se van despojando de rasgos históricos, de cualidades empíricamente fundadas. Y al hacerlo, sostiene Schmitt, los juristas incurren en una especie de fetichismo jurídico, tienden a considerar la norma en sí, y a desentenderse del problema de su validez, del modo en que es recibida, aceptada e internalizada⁷.

Y a esta altura sí que es indispensable invocar el otro postulado epistémico caro a Schmitt “*El caso normal no prueba nada. La excepción lo prueba todo: no hace más que confirmar la regla*”. “*En realidad la regla no vive sino por la excepción*” (Teología Política, Cap. I, 1922). “*La excepción piensa lo general con la energía de la pasión*”. Y aún más: “*La situación excepcional tiene para la jurisprudencia, la misma importancia que el milagro para la teología*”, como reafirma en el capítulo

⁶ *Economía y Sociedad*. Tomo I, México: Fondo de Cultura Económica, pág. 30.

⁷ “La expresión «Estado de Derecho» puede tener tantos significados distintos como la propia palabra «Derecho» y como organizaciones a las que se le aplique la palabra «Estado» (...) Es comprensible que propagandistas y abogados de toda clase gusten recurrir a la palabra, con el fin de difamar al adversario, haciéndolo pasar como enemigo del Estado de Derecho”. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971, pág. 23.

II, de la primera versión de su ensayo, con tan incitador título, que ya en su momento le añadió una cierta celebridad. Tal como su comprensión del concepto de soberanía, y en doctrina constitucional, el peso que tienen las facultades de excepción, los atributos extraordinarios, las medidas que se contemplan para tiempos de crisis, son la piedra de toque de una Constitución, y quien las vaya a adoptar es el real detentador de la soberanía. De nuevo la excepción, lo excepcional, como criterio de validez, como “piedra de toque” que solía decirse. Y para un cierto grado de excepcionalidad sí calificamos.

Un corolario del planteamiento es el de que la relación entre legalidad y legitimidad en el mundo moderno es asintótica, se deduce que nunca hay coincidencia plena, y que la legalidad como producto del racionalismo occidental es tan solo una de las formas de legitimidad, “*pero no su absoluto contraste*” como acota el propio Schmitt. De ahí que debamos estar apercebidos para captar los intersticios, las singularidades de cada caso histórico, las alternativas de una cambiante y dinámica relación. No puede menos que notarse que algunos de los historiadores y sociólogos que han procurado una mirada retrospectiva de largo plazo para la historia del siglo XX en nuestro país, hayan captado tal dinámica, y las disociaciones y las disyunciones que le son características⁸.

II. Enemistad, hostilidad absoluta y persistencia de la guerra irregular

Si en un primer momento el concepto de lo político, la distinción amigo-enemigo como su criterio diferenciador, parecen históricamente referidos al caldeado ambiente de la República de Weimar, y no es difícil leer entre líneas algunos de los acontecimientos de ese periodo que lo ilustran o le confieren un sentido específico (de ese texto en el género ensayístico, también podría decirse que en su origen fue un texto incidental, texto elaborado para ser pronunciado como conferencia y suscitar la discusión) el tono es desde el principio más universal, el rango de abstracción en que se mueve, los ejemplos históricos múltiples y de todas las épocas, y las acotaciones y anotaciones de pie de página, así como los sucesivos complementos, las variantes y la “Nota incidental”, denotan una construcción teórica rigurosa, un servirse de la tradición de pensamiento en la que se ubica para abarcar lo más reciente, las dimensiones más actuales del problema del poder y de sus referentes institucionales.

Por su intensidad, por su nitidez, del periodo llamado en colombiano como “La Violencia” así como de varios de los momentos de la historia política del siglo XX en que

⁸ Me refiero a las dicotomías *Orden y violencia - Colombia 1930-1954* (como en el libro de Pécaut con dicho título) *legitimidad y violencia* (como en la compilación de Marco Palacios, *Entre la legitimidad y la violencia-Colombia 1875-1994*) y aún la dicotomía *territorio fragmentado-sociedad dividida* de su obra con Frank Safford, *Colombia. País fragmentado-sociedad dividida*.

se ha llegado a un grado de polarización similar, puede predicarse que significaron una corroboración de la validez del planteamiento schmittiano, y encontramos esa lógica amigo-enemigo en plena vigencia, junto con el corolario según el cual estatalidad y política deben distinguirse analíticamente y el siguiente corolario acerca de cuáles son las alternativas en la relación entre los conceptos de guerra y enemigo, cuál su aplicabilidad para nuestro caso⁹. Aun cuando su diseminación haya sido significado su relativización, la pérdida de su alcance como pauta explicativa, y de los periodos subsiguientes, hasta nuestro presente, no pueda decirse de modo escueto que esa lectura de la política haya podido imponerse, como añade Pécaut.

No obstante la mayor validez y aplicabilidad la podemos hallar en el complemento o nota incidental de 1963, su teoría del partisano. La extensión de su concepto de lo político a un fenómeno moderno recurrente en ciertas periferias, se convierte de un modo singular en un enfoque adecuado para entender nuestro conflicto armado. Nuestro autor lleva a cabo una impecable arqueología del concepto, que le permite captar, y de un modo más nítido de lo que lo hacen los especialistas militares, la evolución del fenómeno guerrillero el su alcance más universal así como en sus manifestaciones más recientes. He ahí por qué es ineludible en cualquier bibliografía especializada, en cualquiera de los estados del arte sobre el problema. De todos los autores dignos de ser tenidos en cuenta, tal vez el único cuyo conocimiento no ha provenido de experiencias en el terreno, el único que no proviene de un medio en el fenómeno se registre, o que no ha sido guerrillero él mismo. De nuevo su teoría es un producto íntegramente teórico, resultado del interés intelectual de aplicar y adaptar sus formulaciones iniciales sobre lo político, a circunstancias no previstas: las guerras por la descolonización, la revolución cubana, la guerra del Vietnam. Mientras que los escritos de los especialistas en estrategia abundan en consideraciones técnicas, en desarrollos tácticos, y suelen prescindir de los interrogantes históricos, el de Schmitt, en pro de ahondar en la esencia del fenómeno, se propone, y consigue, hacer la síntesis del origen y de la evolución histórica de esa modalidad de guerra y de sus presupuestos sociales y políticos, caracterizar al guerrillero como soldado político cuyas características plenas solo emergen en la modernidad¹⁰. Desde la más remota antigüedad, en todas las guerras se presentan elementos que pudieran considerarse partisanos, y múltiples similitudes tácticas, pero lo específico de la modernidad, de sus guerrilleros es el tipo de ejército al cual se oponen, o para decirlo con sus palabras: *“La fuerza y la importancia*

⁹ Una vez más Daniel Pécaut: “En la medida en que el recurso a la violencia es, en un principio el producto de la decisión de actores que se presentan como políticos, su uso pasa por la capacidad que estos tengan de imponer una representación de la política en términos de amigo-enemigo” (*Violencia y política en Colombia - Elementos para una reflexión*. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2003, pág. 20). Y la conclusión de su razonamiento: “La referencia a la división amigo-enemigo, fundadora de la relación política global, se ha convertido, a medida que los fenómenos de la violencia se diversifican, en una manera de caracterizar los litigios más diversos. Sometida a una diseminación permanente esta referencia ha perdido su poder para designar el rasgo más sobresaliente de la sociedad, y por consiguiente para mantener su sentido político” (Ibíd., págs. 20-21).

¹⁰ En tanto que un militar como el israelí Yigael Yadin, basado solamente en los aspectos de táctica militar, se remonta al Antiguo Testamento: *The Art of Warfare in Biblical Lands*. Londres: Weidenfeld and Nicholson, 1963.

de su irregularidad [de la del guerrillero] están determinadas por la fuerza y la importancia de la organización regular a la que combate”.

Y en esa pesquisa río arriba, en busca de los orígenes históricos, nos conduce a la “cepa hispana”, el caso español, como un caso típico y emblemático, y que de un modo especial, nos concierne. Basta recordar que Pablo Morillo, “El Pacificador”, como figura en nuestra historia patria, y quien lleva a cabo de modo tan implacable y cruento la reconquista, al frente de un ejército que en líneas generales practica la guerra regular, obtuvo sus primeros rangos y títulos militares como guerrillero contra Napoleón, y así es exaltado, todavía, en la península con motivo de la conmemoración, en 2008, de lo que en España se llamó, también, “Bicentenario de la Independencia”¹¹. Y de aquello de nuestra guerra de independencia no podría decirse, sin más, que fue una guerra regular. De las batallas decisivas, El Pantano de Vargas, Boyacá, Ayacucho, Junín, puede decirse sin duda, que consistieron en enfrentamientos entre ejércitos regulares. Sin embargo, el recurso reiterado a la “guerra sin cuartel”, y, como ejemplo protuberante de ella, la proclamación de la “guerra a muerte” por Bolívar, están ahí para ilustrarlo. Pudo haberse iniciado entonces un aprendizaje que tenga que ver con la recurrencia, la intermitencia, de la guerra irregular entre nosotros. Pues historiadores han demostrado que en el curso de esos años de guerra contra España por la independencia, la mayor parte de los enfrentamientos no correspondieron a lo que en la época se consideraba una guerra regular, ni predominaron entonces los métodos y tácticas de la guerra convencional. Con lo cual se habría inaugurado una pauta cuyas huellas se pueden rastrear hasta nuestro presente más inmediato.

En entrevistas transmitidas por la radio, hacia el final de su vida, Schmitt hace explícitos y detalla los motivos que en los años 60 del siglo pasado guiaron su interés por el fenómeno guerrillero, todo ello muy consistente con la definición que había dado de sí mismo a los fiscales del Tribunal de Núremberg que lo interrogaron: “*Un aventurero intelectual*”¹², alguien cuya curiosidad intelectual se dirige a los fenómenos más variados y más virulentos, allí donde el contraste con la normalidad es más estridente.

Otro aspecto fundamental para nuestro caso, es que en su escrito del 64, a la vez, Schmitt logra demostrar la inadaptabilidad del derecho internacional humanitario para abarcar, regir, y dirimir todas las acciones que se desarrollen en el curso de un tipo de guerra que por definición es irregular. El recorrido que traza desde las primeras normas surgidas al término de las guerras de religión en Europa,

¹¹ *Los guerrilleros, 1808-1814, La pesadilla española de Napoleón*. Madrid: Andrea Press, pág. 22.

¹² Carl Schmitt und Joachim Schickel. “Gespräch über den Partisanen”, en: *Guerrilleros, Partisanen. Theorie und Praxis*, 1969. La totalidad de la entrevista y su transcripción son consultables en internet.

28 hasta los desarrollos más recientes de ese tipo de Derecho, es aleccionador, y muy aplicable a nuestro caso. No hay que olvidar esa especie de fetichismo jurídico que primó en el debate que a instancias del expresidente López Michelsen se llevó a cabo en los años 1990 y 1991, acerca de la necesidad de que el Estado colombiano suscribiera los protocolos I y II que hasta entonces no había suscrito, y el argumento consiguiente acerca de que tal adhesión constituía la clave de la solución del conflicto armado colombiano. Hubo muchos argumentos, múltiples piezas en el debate, salieron a la luz evidencias contradictorias que no se conocían, y que no dejaban airoso al propio expresidente López, pero en fin, como se sabe, esa medida se adoptó, el gobierno colombiano los suscribió, sin que produjera los resultados inmediatos que sus promotores esperaban. Por cierto que la cuestión esencial de la relativa inadaptabilidad del derecho internacional humanitario para abarcar ese tipo de confrontación, la guerra irregular, desde otro ángulo, y por encima de toda sospecha en cuanto a sus credenciales sobre su interés prevaleciente por las instituciones humanitarias y ese tipo de derecho, ha sido sustentada por el especialista suizo Michel Veuthey¹³. Coincidiendo el autor suizo con cada uno de los aspectos que desde una perspectiva puramente teórica había planteado Schmitt. Como se ve, respecto del derecho internacional humanitario, una vez más, y contra quienes pretenden absolutizar la norma, Schmitt procura establecer las condiciones históricas que hacen posible su aplicación, los factores concretos detrás de su vigencia.

Y en cuanto guerrilla como forma de lucha, al significado de la irregularidad, a lo que podría denominarse sin caer en el patetismo “dialéctica de la irregularidad” a mi juicio uno de los desarrollos más importantes de la conceptualización schmittiana lo podemos hallar, en esbozo apenas, en una entrevista especial que le hiciera su alumno, más que alumno discípulo próximo, Julien Freund, como preámbulo de la edición francesa de *El Concepto de lo político - Teoría del Partisano* como parte de una colección dirigida por Raymond Aron y discurrendo sobre las alternativas de esa relación. Es sin duda una lástima que solo exista en la edición francesa, y se haya quedado en ciernes. Debemos citarla en francés, pero nos concierne en modo sumo, oigamos:

“Il-y-a pourtant une expérience qui nous manque pour faire une théorie plus complète du partisan: celle qui opposerait deux systèmes partisans sur le même territoire. Jusqu'a présent, en effet nous ne connaissons que le combat des partisans contre de gouvernements ou des armées régulières. Que se passera-t-il le jour où deux camps de partisans opposés s'affronteront? La question mérite au moins d'être posée”¹⁴.

¹³ *Guérilla et Droit Humanitaire*, edité par le Comité International de la Croix Rouge, Genève, 1983. En particular el capítulo III: “Inadaptation du droit humanitaire”.

¹⁴ *La notion de politique - Théorie du partisan Calmann-Lévy*, 1972, pág. 33.

Una auténtica idea seminal. Irá a fertilizar los estudios sobre las diversas manifestaciones de la guerra irregular. No se habían registrado aún los casos de Angola, Guinea Ecuatorial, Sierra Leona, Guatemala, Nicaragua y Colombia, en los que esa posibilidad se hizo real: dos, o más organizaciones armadas que practican la guerra irregular, conteniendo en el mismo territorio, un giro de tuerca en la “degradación del conflicto armado”, con consecuencias cada vez más nefastas para la población inerte, según la prognosis que alcanzara a formular Schmitt en aquella ocasión. El que se lo hubiese planteado en ese momento, y en la forma en que lo hizo y lo registra Freund, denota lo incisivo de su argumentación, el poder explicativo y predictivo de sus formulaciones teóricas. Y en el caso colombiano, en la etapa más reciente, la situación ha mostrado lo implacable de ese tipo de confrontaciones. No solo por lo que ha significado en Colombia el paramilitarismo, y las características que han revestido las confrontaciones entre guerrilla y paramilitares. También por lo que se ha visto, y quedó documentado con abundancia de testimonios, en la lucha entre el EPL y las FARC en Urabá, o las ocasionales confrontaciones que se han dado entre el ELN y las FARC en Arauca, en el Cauca, en Nariño y el Putumayo. Los testimonios acerca de los niveles de atrocidad a los que se han llegado en esos casos, abundan. Y las reconstrucciones históricas que dan cuenta del desmantelamiento de las estructuras sociales para las regiones afectadas.

De una manera más intuitiva que teórica, descifrando el intrincado entramado de las contraposiciones y mutaciones que se han venido dando en el conflicto armado colombiano, varios investigadores han llegado a percibir esa dinámica de la irregularidad, de la mimesis y del aprendizaje que se registra entre diversos actores armados, han acudido a la metáfora del “juego de espejos” para ilustrarla. Y es bien probable que hayan leído a Schmitt, y lo estén aplicando sin nombrarlo, de una forma un tanto vergonzante. Pero es presumible que para nuestro caso, una aplicación más metódica de Schmitt, explícita, a ciencia y paciencia de sus supuestos, nos aporte mayores rendimientos explicativos.

III. Guerra y política. De Clausewitz y sus derivaciones

En la bibliografía schmittiana, el breve ensayo dedicado por entero a Clausewitz, publicado en 1967, aparece como un desarrollo lógico de sus corolarios y de la nota incidental –Teoría del Partisano– del *Concepto de lo político*. Tiene por cierto de entrada un tono festivo, humorístico, y podría hacerse un fácil contraste con el sesudo estudio que sobre Clausewitz está adelantando por esos años Raymond Aron, un trabajo denso y erudito, un verdadero tratado (que al momento de ser publicado, Gallimard, 1976, incluye por cierto un reconocimiento de que su interés por el teórico y militar prusiano se originó leyendo a Schmitt y contiene dos apartados –en

el capítulo V, Tomo II— dedicados a él y a su interpretación de Clausewitz, y de Lenin, en la *Teoría del partiano*)¹⁵. Lo humorístico del tono del comienzo está dado por la procacidad de una copla parisina de tiempos de Napoleón, que Schmitt se complace en citar, y por momentos el lector se siente alejado del estilo oracular, denso en la expresión, de los ensayos de 1932. Pero al cotejar el contenido, nos encontramos con que es un complemento, coherente, sutil, una precisión histórica sobre aquel periodo en que los europeos, franceses y alemanes especialmente, se hallaron en “*un laberinto de legitimidades*”. Y el encadenamiento de la problemática, el itinerario de su pensamiento en estos tres escritos, es explícito, si se tiene en cuenta que ya en *La Teoría del Partiano* lo ha enunciado, la conocida, mil veces citada, y no siempre bien comprendida, máxima de Clausewitz sobre la relación entre guerra y política, la fórmula sobre la guerra como continuación de la política, contiene ya en su germen (“*in nuce*”, escribe Schmitt) una teoría sobre el guerrillero como soldado político, cuya lógica será llevada hasta el extremo por Lenin y Mao Ze Dong. Y la paradoja consiguiente: han sido los líderes de la revolución mundial quienes han reinstalado al prusiano Clausewitz en la historia mundial. Schmitt ha mostrado de antes su interés en los “momentos de inflexión”, los “momentos aquerónticos” en que un oficial de carrera abandona las reglas en las que se ha formado, las normas clásicas de la guerra, y, actuando de por sí, definiendo él mismo el objetivo final de la contienda, el enemigo contra el que se ha de luchar, se entrega a una guerra a ultranza, se metamorfosea en político. Y postula la vigencia de Clausewitz, pese a todos los desarrollos tecnológicos y a los nuevos tipos de armas, el arsenal nuclear, etc. No solo lo considera vigente en lo esencial, sino que considera a su teoría la piedra de toque para entender la relación entre la teoría y la práctica de la guerra. Nada menos. Y como ya se probó en la época de Clausewitz, esa teoría es una guía segura para orientarse en la “*jungla inextricable de legitimidades opuestas*”. La coexistencia de diversos tipos de legitimidad es hoy inmanente a una visión del mundo pluralista. Valorando a Clausewitz y definiendo su relación con él, nuestro autor es sensible en particular a aquellas coyunturas históricas en las que la legitimidad se debe usar en plural. Las situaciones límite, lo excepcional que confirma la regla.

En condiciones normales, cuando la validez de la legitimidad del sistema político en cuestión es inobjetable, el precepto clausewitziano acerca de la prevalencia del objetivo político sobre el militar (Libro VIII, capítulos I y II) denota que el organismo militar, las Fuerzas Armadas como un todo, sean un instrumento del poder civil, y sea este quien defina los objetivos políticos de la acción bélica. Eso es ya canónico, y universalmente admitido, como formulación que en su sentido más prístino, clásico, está en Clausewitz, y que haya sido el prusiano quien lo condensó y expresó del modo

¹⁵ Y la siguiente afirmación, significativa de por sí: “Les lecteurs qui connaissent les livres de Carl Schmitt *Der Begriff des Politischen* et la *Theorie des partien*, auront reconnue, dans les pages precedents, des idées proches de les siennes...”. Raymond Aron, *opus cit.*, pág. 210.

más sumario: la planeación militar se deriva de la dirección política, es un postulado de la sabiduría convencional al respecto.

El ensayo de Schmitt conlleva una precisión histórica, al tiempo que escribía su gran libro sobre la guerra, y la dinámica de la confrontación entre ejércitos regulares, Clausewitz jamás perdió el interés en la guerra de guerrillas, siguió compilando y ampliando la documentación sobre el caso español (redacta, en francés, un resumen de los acontecimientos de la península, consigue y hace traducir el *Reglamento de Partidas y Cuadrillas* español, datado el 28 de diciembre de 1808, y no por un interés puramente erudito y la totalidad de esos escritos hace muy poco fueron publicados de manera íntegra para los lectores alemanes), e impartió un curso para oficiales sobre la guerra irregular, cuyas notas se conservan. Como clásico sigue estando ahí, como ruido de fondo, en la mayor parte de las discusiones contemporáneas sobre cuestiones de estrategia, regular e irregular. Y en cuanto a la guerra irregular, su nombre se ha hecho indisoluble del nombre de Schmitt, y una exploración escueta por internet nos muestra cómo son la interpretación y la contextualización hecha por Schmitt, las que prevalecen.

Una buena prueba, contundente si las hay, del interés de los militares colombianos en la obra de Clausewitz, la constituye la traducción íntegra del original alemán de la obra *De la Guerra* hecha por el general José Miguel Silva Plazas y publicada nada menos que en 1942 (1er. Tomo) y 1945 (2° tomo). No se han averiguado las circunstancias en las que esa labor fue propuesta, o asignada, al general Silva Plazas. Pero esa edición (hoy una curiosidad para bibliófilos) está tomada de la quinta edición alemana, edición crítica, y depurada, aunque incluye el prólogo de la primera edición, de 1832, escrito por la viuda de Clausewitz. Más notorio, pues para entonces solo existían en español versiones condensadas o extractos publicados con el mismo nombre. Al comparar la traducción del general Silva Plazas con ediciones posteriores en español (dentro de las cuales se destaca la cubana: Editorial de Ciencias Sociales, 1ª edición - 1969, 2ª edición - 1975, traducción de R.W. Setaro) la traducción del general Silva Plazas revela ciertas imprecisiones, y deja ver la ausencia de un aparato crítico y de notas que guíen al lector, pero nada de eso desvirtúa la significación de haberla acometido, el interés que denota.

Russel Ramsey, un historiador militar norteamericano, se propuso estudiar con la mayor minuciosidad el capítulo de “La Violencia” y lo que significó para el ejército colombiano, para el estamento militar como un todo. Su libro *Guerrilleros y soldados* (Bogotá, Tercer Mundo, 1981) se detiene lo suficiente en esa suerte de dialéctica, en explorar lo que significa para el ejército como organización, para sus jefes, oficiales y suboficiales, ese periodo, y el hecho de que los acontecimientos los vayan convirtiendo en una fuerza armada volcada al mantenimiento del orden público interno, algunos de cuyos estrategas sin una doctrina expresa, de un modo más bien intuitivo, le estén dando forma para esa época a la noción del “enemigo interior”.

32

En una de sus columnas de opinión el general Álvaro Valencia Tovar, prologuista del libro de Ramsey, llamó al colombiano “*el ejército antiguerrillero más efectivo del mundo*”, lo cual no es poco decir. Sopesar ese juicio, corroborarlo o refutarlo, es cuestión de especialistas. Pero de lo que no hay duda es de que de esos años, el ejército salió transformado, que sus metas y prioridades institucionales habían variado. Y que adaptarse a ese tipo de combate no requiere tan solo cambios en el dispositivo, en los requerimientos técnicos, logísticos, etc. Implica ante todo un cambio de mentalidad. “*El enemigo es la figura de tu propia cuestión*” gustaba de citar como aforismo, Schmitt, y citándolo termina la entrevista con su discípulo Freund, tras discurrir por las principales eventualidades prácticas, y las exigencias teóricas de su Concepto de lo Político, de la regularidad y de la irregularidad en la guerra.

Se ha citado muchas veces, casi siempre en circunstancias de tensión o de crisis, el discurso de Alberto Lleras, presidente electo, sobre las Fuerzas Armadas, pronunciado el 9 de mayo de 1958, pues de modo sobrio, impecable, en los inicios del Frente Nacional (cuando acababa de adoptarse ese nombre en vez de Frente Civil, que significaba que se quería apartar a los militares del gobierno) para restablecer la primacía del poder civil, la debida subordinación de los militares a la dirección política. Y para la coyuntura define el balance necesario, lo formula como la mejor ecuación, la solución óptima: “*Las Fuerzas Armadas no deben deliberar, no deben ser deliberantes en política*” (...) “*pero no quiero, en manera alguna, que los políticos decidan cómo se deben manejar las Fuerzas Armadas en su función técnica, en su disciplina, en sus reglamentos, en su personal*”¹⁶. Pero lo que fue una solución adecuada para el momento que se vivía, no puede elevarse a canon inmodificable como se ha tendido a hacer. Ya en ese discurso hay unas cuantas alusiones a las “extralimitaciones”, a lo que se ha producido en la etapa que se quiere clausurar. Entonces, ¿podría suscribirse hoy, tal cual, la segunda parte de la ecuación que Lleras formuló? Lo que pudo ser una tácita solución de compromiso, no se puede erigir en axioma, en formulación para todos los tiempos.

¿Cuántos eventos, cuántos acontecimientos desde entonces no ponen de presente la necesidad de revisar a fondo las alternativas de esa relación entre el poder civil y el poder militar en Colombia? Una catarsis al respecto viene siendo lo indispensable.

En gracia de la discusión podemos admitir que en Colombia tal vez no haya prevalecido la lógica amigo-enemigo como criterio para juzgar a los contrarios en la lucha por el poder. Y admitir que la mayoría de quienes luchan por el poder tienden a considerar a quienes se les oponen adversarios y no enemigos. Pero nadie

16 En: Alberto Lleras Camargo. *Sus mejores páginas*, 2° Festival del Libro Colombiano, s.f., págs. 212 y 213.

podría desconocer que la lógica amigo-enemigo a la vez ha persistido. Durante demasiado tiempo múltiples actores en su lucha por el poder, sobre un mismo territorio, acuden a los métodos de la guerra irregular guiados por un grado de hostilidad absoluta. Y el riesgo de la transitividad, de la reciprocidad, se ha visto incrementado como tendencia.

Una vuelta a Clausewitz, una relectura a profundidad de su obra inconclusa, y de sus desarrollos, una comprensión a fondo de la lógica de la guerra, de los diversos tipos de guerra, es lo que nos parece ahora indispensable. Y el mejor de los guías, quien interprete, aclare, y contextualice ese contenido, no puede ser otro que Schmitt.

Bibliografía

ARON, RAYMOND. *Penser la guerre*, Clausewitz, Gallimard, Bibliothèque de Sciences Humaines, 1976.

CLAUSEWITZ, CARL VON. *De la guerra Estado Mayor de las Fuerzas Militares*, Biblioteca del Oficial, Bogotá, 1942, Versión del General J.M. Silva Plazas.

_____. *De la guerra*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2ª Edición, 1975. Traducción de R.W. Setaro.

CURCIO ALTAMAR, ANTONIO. *Evolución de la novela en Colombia*, Biblioteca Básica Colombiana, N° 8, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1975.

LLERAS CAMARGO, ALBERTO. *Sus mejores páginas*, 2º Festival del Libro Colombiano, s.f.

MÜLLER JAN-WERNER. *A dangerous mind - Carl Schmitt in post-war European thought* Yale University Press, 2003.

NIETO ARTETA, LUIS EDUARDO. "Carl Schmitt y la teoría democrática" en: Revista *Derecho*, N°s 64 y 65, Medellín, agosto/septiembre de 1943, págs. 258-280, y N°s 66 y 67 agosto/septiembre de 1944, págs. 382-396, 5

RAMSEY, RUSSEL W. *Guerrilleros y soldados*, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1981.

SCHMITT, CARL. *La notion du politique-Théorie du Partisan*, Calmann-Lévy, 1972.

_____. *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar de Ediciones, Madrid, 1971.

_____. *Clausewitz como pensador político*, Editorial Struhart y CIA., Bs.As, 1971.

_____. *Théologie politique Traduit de l'allemand et présenté par Jean-Louis Schlegel*, Éditions Gallimard, 1985.

Veuthey Michel. Guérilla et Droit Humanitaire, edité par le Comité International de la Croix Rouge, Genève, 1983.

OSCAR
MEJÍA
QUINTANA

Democracia Constitucional Autoritaria: modalidades de democracia plena y autoritarismo social

La dinámica política reciente en algunos países de América Latina parece advertir el resurgimiento de las formas de autoritarismo, no solo por el tipo de políticas implementado, sino también por las restricciones impuestas a aquellos sectores de la población que encarnan discursos alternativos a los lineamientos de gobierno. Este autoritarismo no adopta las modalidades anteriores que eventualmente desbordaban la democracia liberal sino que, por el contrario, desde la distinción amigo-enemigo schmittiana, utilizan el Estado de Derecho a favor de las “eticidades amigas” en contra de los sectores “enemigos” que confrontan su dominación, acudiendo así a una peculiar modalidad de democracia constitucional autoritaria.

En este contexto, la discusión entre Kelsen y Schmitt adquiere hoy de nuevo una plena vigencia en cuanto a quién puede ser el guardián de la Constitución y el rol

36 de los tribunales constitucionales en las sociedades complejas¹. El pensamiento y la teoría constitucional de Schmitt consiguen así una notabilidad especial, en particular a la luz de los planteamientos de Agamben. El riesgo de que los estados de excepción se constitucionalicen por una decisión política, la distinción amigo-enemigo, que filtre y oriente los procedimientos jurídicos formales, es una opción permanente en el marco de sociedades en conflicto o amenazadas por el terrorismo.

Frente a esta situación se oponen, sin embargo, diferentes modalidades que desarrollan modelos de democracia plena y que se inscriben en ese polisémico espectro que constituye hoy en día lo que el estado del arte registra como “democracia deliberativa”, y que bosquejan posibilidades políticas más complejas para confrontar el autoritarismo actual.

La **primera opción** es la representada por la tercera generación de la Escuela de Frankfurt, que indudablemente profundiza la propuesta habermasiana de una *democracia radical*, bastante sistémica, pese a la significativa crítica que hiciera del abandono de la cuestión democrática por parte de Marx reivindicándola desde el anarquismo. Pero esa carencia de utopía sin duda es rescatada por la tercera generación de la Escuela de Frankfurt (denominación que muchos de ellos rechazarían pero que los distingue en el flujo de una misma tradición marxista, heterodoxa y crítica), sin caer en los proyectos desmedidos de las filosofías de la historia del siglo pasado. Offe, Wellmer, Dubiel, Honneth retoman la bandera de la democracia radical para radicalizarla (valga la redundancia) y mostrar —hasta donde sus propias condiciones históricas y sociales lo permiten— hasta qué punto la cuestión democrática es propia del pensamiento marxista en general, no solo el heterodoxo, y en qué términos la reflexión pos socialista puede asimilarla como propia, sin concesiones al pensamiento burgués liberal.

La **segunda opción** a explorar, a mi modo de ver determinante hoy en día en la comprensión de la teoría política contemporánea e igualmente en la concreción de marcos normativos que permitan proyectar líneas de acción, es la del republicanismo. Más que en su versión anglosajona que ha fungido como muletas del liberalismo, definida por sus críticos franceses como “neo republicanismo”, o en su versión francesa o *pos republicanismo* (si se me permite la expresión, para diferenciarla de la versión anglosajona) que parece constituir lo que Negri ha denominado el “republicanismo revolucionario postmoderno” es imprescindible recabar en la propuesta más universal de Pettit que al fundamentar la modalidad de una democracia disputatoria desarrolla una opción alternativa frente al liberalismo que cataliza la una visión pos socialista de democracia contestataria.

1 Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Técno, 1995.

La **tercera opción** la representa la propuesta de Negri, posteriormente desarrollada con Hardt, de una *democracia real* o absoluta. Frente al estudio socio-histórico que representa *Poder Constituyente* mostrando la maduración paulatina que la multitud adquiere como sujeto emancipatorio durante toda la modernidad, *Imperio* pretende diagnosticar el carácter que la sociedad capitalista postmoderna adquiere en tanto sistema imperial y la plausibilidad emancipadora que en ese contexto puede tener la multitud, sin mucho éxito dadas las críticas que tiene específicamente esta última como categoría que da razón de una nueva subjetividad revolucionaria. De ahí el interés de *Multitud* por resolver los vacíos de *Imperio*, desafortunadamente de nuevo, sin lograr definir con precisión, al menos teóricamente, los contornos y proyecciones de este como sujeto revolucionario.

En esa línea de razonamiento, el presente trabajo sostendrá como **hipótesis de trabajo** que:

Frente a las nuevas modalidades de autoritarismo que terminaron cooptando la democracia liberal, derivando en una modalidad híbrida de democracia constitucional autoritaria, es necesario explorar las diferentes opciones que, en tanto marcos de interpretación y estrategias políticas, desde la democracia plena puedan constituirse en respuestas efectivas al mismo, allí donde las manifestaciones de intolerancia y exclusión devengan un rasgo estructural del ordenamiento jurídico-político.

1. Kelsen y la Norma Fundamental

La teoría kelseniana sobre la norma básica tiene su principal expresión en la *Teoría Pura del Derecho*, en cualquiera de sus dos versiones, la de 1934² y la de 1960³. Kelsen intenta superar lo que se llamaría la antinomia jurídica que para él consistía en hacer depender la validez del derecho ya del sustento ético de la norma, ya de la eficacia de la misma. En otras palabras, lo que Kelsen quería superar era, de una u otra manera, tanto la concepción iusnaturalista como la realista sobre la validez del derecho.

En ese propósito, Kelsen retoma la pregunta de su maestro Kant y la aplica al campo del Derecho: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad del conocimiento y la experiencia jurídica? En una estrategia análoga a la kantiana en la *Crítica de la*

² Ver la traducción de la versión francesa de 1953, fiel a la versión original de 1934. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

³ Ver la traducción de la versión de 1960. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa, 1997.

Razón Pura, Kelsen considera dos condiciones *a priori* del conocimiento jurídico: la primera, la existencia de un sistema jurídico de estructura piramidal y, de otra, condición a su vez de la primera, una norma fundamental, fuente de validez de todo el sistema, que Kelsen concibe como condición lógico-epistemológica del sistema. Es decir que, en últimas, la norma fundamental es concebida como una especie de condición vacía que concreta igualmente los dos postulados básicos de la teoría kelseniana: la pureza metódica y la neutralidad axiológica⁴.

Pero ya desde un comienzo la norma fundamental revela sus limitaciones y contradicciones⁵. En efecto, Kelsen la define como una norma hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de voluntad y, por tanto, no tiene contenido material. Pero parte de sus tareas son la de transformar categorías del ser al deber ser jurídico, así como determinar criterios creadores de derecho, además de ser fuente de unidad, completud y coherencia del sistema jurídico en su conjunto⁶. La cuestión que se evidencia es de qué manera una norma sin contenido material puede, efectivamente, cumplir esas tareas que suponen, precisamente, definir con claridad un contenido sustantivo de la misma que posibilite la transformación de normas del ser en deber ser jurídico⁷.

Como lo señala Robert Walter, aquí es donde la teoría de la norma fundamental kelseniana se revela como el “punto arquimédico” del sistema jurídico y donde se presenta la tensión de la naturaleza real de la misma: ¿es la norma fundamental una norma jurídica o es, por el contrario, extrajurídica, es decir, moral o política?⁸ Al ser la norma concebida como condición lógico-epistemológica del sistema jurídico, esta no debe tener congruencia con la eticidad de la ciudadanía cuya conducta pretende regular. Siendo así, de una parte su legitimidad es solamente procedimental y de otra su eficacia solo puede residir en la coacción pues no se requiere ni de la aceptación política de la misma por parte de la ciudadanía ni tiene que ser congruente mínimamente con la identidad de la comunidad que quiere regular⁹.

Como es sabido, el genocidio nazi compele a Kelsen, víctima del régimen nacionalsocialista, a replantear su teoría del Derecho. En 1960 aparece la segunda versión de la *Teoría Pura del Derecho* donde es evidente un giro substancial: a

⁴ Fernández, Eusebio. “Derecho y moral en H. Kelsen” en *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991, págs. 50-63.

⁵ Kelsen, Hans. “La norma fundamental”, en: *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1994, págs. 138 y ss.

⁶ Ver Bobbio, Norberto. “La unidad del ordenamiento jurídico. La teoría kelseniana de la norma fundamental” en: *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Debate, 1993, págs. 202-205.

⁷ Ver Hoerster, Norbert. “Acerca del problema de una validez absoluta de las normas”, en: *Defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 1992, págs. 168-190.

⁸ Ver Walter, Robert. “Origen y desarrollo de la idea de la norma fundamental”, en: *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001, págs. 67-96.

⁹ Ver Häberle, Peter. *Constitución como Cultura*. Bogotá, D.C.: Instituto de Estudios Constitucionales - Universidad Externado de Colombia, 2002.

diferencia de la del 34, el juez aquí aparece como creador de derecho, no solo de normas generales sino particulares, de una parte y, de otra, se modera la vertical afirmación de la inexistencia de lagunas antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en casos de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi, volver a revivir tales crímenes dotando al sistema jurídico de una instancia de corrección —al menos en la figura del juez— que pudiera evitarlo¹⁰.

Pero el giro de Kelsen, al no ir acompañado de un cambio en su doctrina de la norma fundamental que se mantiene anclada a la de ser una condición lógico-epistemológica de validez del sistema jurídico, lanza la teoría del derecho kelseniana en brazos, de una parte del realismo, ya que el juez es ahora concebido como creador de derecho, pero también, indirectamente, del iusnaturalismo en cuanto que el juez tendrá que acudir a su propio espectro de valores para evitar que el sistema jurídico llegue a extremos de máxima injusticia¹¹.

Tal vez sea en buena parte por todas estas inconsistencias de su teoría de la norma fundamental que, en 1962, dos años después de la publicación de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen, en conferencia pronunciada en Salzburgo, decida abjurar de su doctrina y reconocer que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como la fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógico-formal¹².

Y aquí vale la pena retrotraerse a un texto que sirve de base a la primera edición de la teoría pura del Derecho del 34 y que, sin duda, lleva la impronta de la discusión con Pashukanis¹³, el teórico marxista del Derecho¹⁴. Aquí sí, expresamente, Kelsen defiende el contenido material de la norma fundamental que, de mantener así, no solo le hubiera evitado tan radicales giros que, a mi modo de ver, dan al traste con la teoría kelseniana sobre la norma fundamental, sino que desarma a todo sistema jurídico pero, en especial, al positivismo de instrumentos de corrección o, como sabrá verlo Hardt, incluso de la posibilidad de resistencia legítima al Derecho. Imposibilidad que Kelsen había heredado del contractualismo de Kant y su defensa formal y formalista de la obediencia absoluta al Derecho.

¹⁰ Ver Kelsen, Hans. “La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica”, en: *La Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa, 1997, págs. 258-264.

¹¹ Ver “El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica”, en: *ibid.*, págs. 201-231.

¹² Citado en Cracogna, Dante. “La norma básica en el último Kelsen”, en: *Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Derecho*. México: Distribuciones Fontamara, págs. 63 y ss.

¹³ Ver Pashukanis, Eugeni. *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Barcelona: Labor, 1976; así como Conde Salgado, Remigio. *Pashukanis y la Teoría Marxista del Derecho*. Madrid: C.E.C., 1989.

¹⁴ Sobre la polémica entre Kelsen y Pashukanis ver Reich, Norbert. “Hans Kelsen y Eugeny Pashukanis”, en: *Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho*. Bogotá, D.C.: Temis, 1984, págs. 19-49.

2. La Democracia Constitucional Autoritaria

La obra de Carl Schmitt se inscribe en el contexto de dos crisis trascendentales: de un lado, la crisis del positivismo jurídico y, de otro, la crisis del Estado parlamentario burgués en la Alemania de Weimar. Schmitt encara ambas crisis formulando dos modelos jurídico-políticos de afianzamiento de la autoridad estatal para el mantenimiento del orden: la dictadura comisaria y la dictadura plebiscitaria, los cuales corresponden a etapas diferenciadas de la crisis de la República. El elemento común lo constituye el eje antagonismo-autoridad-decisión.

La crítica a la neutralidad del Derecho es extendida por Schmitt al análisis del Estado. Una vez evidencia el carácter antagónico de la sociedad, Schmitt cuestiona la presunción agnóstica del Estado de Derecho liberal presentando las dificultades que tal estatus implica para la morigeración del conflicto social. Tal carácter imparcial, insiste Schmitt, incapacita al Estado paralizándolo y llevándolo a su desgajamiento. A tal situación se suma el carácter siempre inestable de los pactos sociales, que aumenta las posibilidades de enfrentamiento armado y resquebrajamiento del orden social.

En este estado de cosas, el Estado debe garantizar el orden social a través de la violencia¹⁵. Dada la inestabilidad de los pactos “sólo la victoria armada de una de las partes sobre la otra, o bien la represión por el Estado de una de las partes pueden sentar las bases de un orden social relativamente estable”¹⁶. Esta concepción autoritaria de la función estatal se enmarca en la noción fundamentalmente conflictiva del espacio político de Schmitt, para quien la relación amigo-enemigo constituye el criterio de definición de la arena política¹⁷. Las soluciones propuestas por Schmitt pasan por una restricción del acceso al poder político y por la imposición de una voluntad soberana autoritaria, polémica y fáctica que, tras neutralizar a los órganos de decisión y control políticos, entronice la autoridad del ejecutivo como instancia última de decisión, capaz de manipular el derecho y dictar disposiciones con fuerza de ley.

En este punto, la posición de Schmitt muestra toda su proyección teórica. La distinción amigo-enemigo llena de contenido, al menos en momentos de crisis exacerbada, la norma fundamental y, desde este, le confiere unidad, completud y coherencia al ordenamiento jurídico-político que así logra orientarse en momentos de inestabilidad, formal y estratégicamente, desde ese contenido esencialmente político.

¹⁵ Schmitt considera aquí la represión como uso de la violencia física, descartando el empleo de mecanismos ideológicos o jurídicos de persuasión. Para autores como Estévez, esta falta de atención a los mecanismos ideológicos es una de las causas de la pobreza y esquematismo de la dinámica schmittiana de lo político. Véase Estévez Araújo, José. *La crisis del Estado de derecho liberal. Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1989, págs. 258.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 257.

¹⁷ Schmitt, Carl. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, págs. 60.

2.1 El modelo de dictadura comisarial

41

El modelo de dictadura comisarial busca fortalecer al Estado para encarar la amenaza revolucionaria. En este sentido tiene por objeto el reforzamiento de las atribuciones del jefe del ejecutivo (presidente del Reich) a partir de una reformulación del concepto de soberanía y un fuerte cuestionamiento a los intentos del derecho liberal para hacer calculable y previsible toda acción estatal.

Schmitt retoma la noción bodiniana de la soberanía orientada al caso de excepción, esto es, al caso en que el príncipe debe faltar a las promesas hechas al pueblo o a los estamentos en virtud de un estado de extrema necesidad o urgencia, que lo faculte para violar el derecho vigente (Jean Bodin, “Seis libros sobre la República”). La situación excepcional como situación de extrema necesidad, de peligro para la existencia del Estado o de vacío constitucional, es presentada por Schmitt como una situación en la que se plantea el problema de quién es competente cuando no hay prevista competencia alguna, de a quién corresponde la presunción del poder ilimitado y de a quién corresponde la toma de decisiones en última instancia. Y será esta misma situación de excepcionalidad la que defina el concepto de soberanía schmittiano: “Soberano es quien decide sobre la situación excepcional”¹⁸. En estas condiciones, la noción de soberanía se define en términos de la actuación estatal en ausencia o en contra de la norma.

Schmitt expone una segunda forma de caracterizar la soberanía, esta vez como decisión con valor jurídico autónomo que se constituye en el fundamento último de validez del ordenamiento jurídico. El argumento de Schmitt se dirige aquí a demostrar que las decisiones de los órganos estatales sobre casos concretos, tienen un valor jurídico propio que no procede de su remisión a normas generales y abstractas, dado que el presupuesto y el contenido de la competencia del soberano son ilimitados.

Una tercera dimensión de la soberanía es derivada por Schmitt de la capacidad para crear y garantizar el orden. En su *Teología Política*, Schmitt afirmará esta tercera esfera aunándola a la capacidad de la autoridad para crear el derecho sin necesidad de atender al orden jurídico preestablecido. En otras palabras, es la capacidad de crear y garantizar un orden, lo que dota de legitimidad al soberano y confiere validez jurídica a sus decisiones. Ahora bien, no se trata de un orden objetivo, muy al contrario, se trata de un orden subjetivo determinado por el soberano, quien define en qué consiste el orden y el desorden. De esta suerte, el orden consiste en que haya una instancia que decida en último extremo y que sea capaz de imponer sus decisiones.

18 Schmitt, Carl. “Teología Política”, en: *Escritos Políticos*. Madrid: Editorial Doncel, 1995.

42

Si la soberanía descansa en una decisión autoritaria, en el ámbito interno la principal función del Estado residirá en la *declaración de hostis*, esto es, en la definición del enemigo interno, su expulsión de la comunidad de paz y la definición de medidas para su enfrentamiento, a fin de lograr la pacificación del territorio y el mantenimiento de la paz, la seguridad y el “orden”. La declaración de enemistad alcanza mayores dimensiones si se tiene en cuenta que es justamente la relación amigo-enemigo la que define el ámbito de lo político. Desde este punto de vista, el soberano tiene la facultad de decidir qué asuntos tienen relevancia política y cuál debe ser su tratamiento.

La teoría de la soberanía expuesta hasta aquí, se sumará a una crítica del Estado de sitio liberal, para justificar el modelo de dictadura comisarial schmittiano. Según el autor, el Estado de sitio se erige como una situación regulada de hecho que no precisa declaración alguna por parte de la autoridad pero que además impone limitaciones a las atribuciones del soberano en situaciones de extrema necesidad. Esta regulación se contrapone a la dictadura para acabar sin contemplaciones con el enemigo interno. La dictadura según Schmitt, es un instrumento al que el Estado no puede renunciar si desea mantener el poder, mientras que el Estado de sitio, artificio del derecho liberal, convierte la actuación estatal en un ejercicio limitado y previsible.

La línea argumentativa de Schmitt se extiende desde aquí hacia la configuración de un modelo de dictadura comisarial como aquel que, a partir de la Constitución de Weimar, permite al presidente del Reich “adoptar cuantas medidas considere necesarias para el restablecimiento del orden y de la seguridad públicos, aunque estas medidas constituyan una violación de otras disposiciones constitucionales distintas de las enumeradas en el mismo artículo”¹⁹. La lectura de Schmitt sugiere que el apoderamiento del presidente le faculta no solo para adoptar las medidas necesarias para restablecer el orden sino también para suspender determinados artículos de la Constitución. Con esto, Schmitt justifica al presidente como un dictador comisario en circunstancias de crisis.

No obstante las atribuciones desorbitadas del presidente, la dictadura comisarial se reserva algunos límites. La dictadura comisarial limitaría la acción presidencial al mantenimiento del *statu quo*. Un matiz importante es introducido por Schmitt al restar al presidente las potestades legislativas y judiciales. En este orden de ideas, “el presidente no puede crear derecho ni en la forma de normas generales y abstractas que deroguen las leyes promulgadas por el parlamento, ni en la forma de decisiones sobre los casos concretos”²⁰. Así las cosas, en la dictadura comisarial el presidente puede violar el derecho pero no crearlo.

¹⁹ Schmitt, Carl. Intervención el Congreso de Jena de 1924, incluida en su obra *La Dictadura*, Berlín: Duncker & Humboldt, 1978.

²⁰ *Ibid.* págs. 247-249.

2.2 El modelo de dictadura plebiscitaria

Continuando con su idea de reconstrucción autoritaria de la unidad estatal, Schmitt plantea un modelo alternativo al parlamentarismo burgués de la Constitución de Weimar. Este no se erige exclusivamente en situaciones de excepción y crisis como la dictadura comisarial, sino que constituye un tipo de Estado diferente que habrá de adquirir un carácter permanente. El modelo conocido como dictadura plebiscitaria del presidente del Reich, se nutre de unas concepciones particulares de la democracia, la Constitución y el pueblo, tendientes a fundamentar las atribuciones ilimitadas del presidente en los órdenes ejecutivo y legislativo además del control constitucional.

El modelo de dictadura plebiscitaria representa un giro democrático en la teoría de Schmitt, aunque desde una perspectiva autoritaria de la democracia. Aquí, Schmitt centra su atención en el papel del pueblo concebido como “una entidad integrada por individuos sustancialmente homogéneos”²¹. Rescata el principio de la igualdad, pero no en el sentido democrático-liberal, sino en su versión tradicional: cómo el hecho de que todos los individuos que componen el pueblo tienen en común un determinado tipo de cualidades. No se trata pues de la noción de igualdad universal o jurídico-formal de los hombres, sino de un tipo de identidad que homogeniza a unos hombres permitiéndoles distinguirse de un enemigo externo, una igualdad que es sustancial dentro de un círculo de iguales, pero que presupone y permite la desigualdad frente a los desiguales.

Adicionalmente, Schmitt se aparta de adoptar el principio de la libertad como valor democrático, con lo que abona el terreno para una homogenización autoritaria de la sociedad encaminada a fundamentar la distinción amigo-enemigo²². Así las cosas, la configuración autoritaria de la homogeneidad no se contradice con la noción schmittiana de la democracia. Por extensión, democracia y dictadura no son incompatibles: “ante la democracia inmediata, no solo en sentido técnico sino también en sentido vital, el Parlamento del pensamiento liberal aparece como un mecanismo artificial, mientras que los métodos dictatoriales y cesarísticos (...) pueden ser expresiones inmediatas de la substancia y fuerza democráticas”²³.

Siendo el parlamento, y en general las formas liberales de representación, obstáculos para la relación entre gobernantes y gobernados, la propuesta de Schmitt se encaminará a eliminar la distancia entre el soberano y el pueblo. En *Teoría de la Constitución* intenta combinar las ideas de identidad y representación como

²¹ Estévez, José A. *La Crisis del Estado de derecho liberal*. Barcelona: Ariel, 1989, págs. 208.

²² Schmitt, Carl. *La Situación Histórico-Espiritual del Parlamentarismo Contemporáneo*. Berlín: Duncker & Humboldt, citado por Estévez. *Op. cit.*, pág. 210.

²³ *Ibid.*, pág. 211.

44 principios fundamentales de la organización política y de todas las formas de Estado²⁴. Se da una relación inversamente proporcional entre identidad y representación: a mayor identidad menor representación y viceversa²⁵.

Si la voluntad popular no adquiere vida sino por medio del representante, la concepción schmittiana adquiere un carácter perverso cuando se produce una escisión entre el representante y la voluntad representada, de suerte que este adquiere una vida propia independiente de aquello que representa. La idea de encarnación de los valores, ideales y voluntad del pueblo en un líder conducen a la personalización de la política, fenómeno que permite al *führer* desplazar al parlamento y a los partidos para erigirse en líder plebiscitario, jefe de las fuerzas armadas y presidente del Reich, simultáneamente.

Hasta este punto el objetivo de la democracia plebiscitaria es claro: desplazar el centro de decisión del *Staat al Reich*, de los órganos representativos a la cabeza del presidente, concentrando las funciones ejecutivas y legislativas. La legitimidad también sufre un serio desplazamiento: deja de residir en el procedimiento democrático del sufragio para manifestarse en la aclamación popular. Pero esta no supone la iniciativa de los ciudadanos en la política, bien al contrario, la participación popular es constreñida a la mera refrendación de la decisión autoritaria: al sí o al no, pero nunca al contenido de las propuestas. Se produce así una identificación vertical entre el pueblo y el presidente del Reich, donde este último no solo representa una identidad, sino que interpreta y decide sobre esta.

El círculo autoritario del modelo de democracia plebiscitaria se cierra con la función presidencial de *Guardián de la Constitución*. Si bien en un comienzo Schmitt afirma que la validez y la legitimidad de la Constitución derivan del hecho de ser una decisión del pueblo y que la Constitución debe ser interpretada como si fuera la decisión de una voluntad unitaria y coherente que permita que el Estado adopte decisiones firmes y unívocas, la crítica al tribunal constitucional y el traslado de las funciones del parlamento al presidente del Reich, terminan por delegar a este último como Guardián de la Constitución.

Schmitt es cuidadoso al distinguir la función del Tribunal Constitucional como órgano encargado de velar por la adecuación de las leyes ordinarias a la Constitución (control de constitucionalidad) de la función del guardián de la Constitución como instancia encargada de contrarrestar los efectos paralizadores y disgregadores de la combinación de sociedad pluralista y Estado parlamentario²⁶. En este sentido el guardián

²⁴ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

²⁵ Estévez. *Op. cit.*, pág. 213.

²⁶ Estévez. *Op. cit.*, págs. 231-232.

de la Constitución es considerado un tercero imparcial con suficiente independencia respecto al parlamento y con tal grado de vinculación con el pueblo que le permitan a partir de una decisión manifestar la voluntad de un pueblo homogéneo y políticamente unido, que es en últimas lo que le da fundamento a la Constitución, dotando al Estado de una voluntad clara cuando el Parlamento en medio de la división tiende a paralizar y entorpecer la acción de gobierno. *Legalidad y legitimidad* condensa la propuesta autoritaria de Schmitt, donde se abandona el componente simbólico-carismático del presidente para exhortar su carácter arbitrario, parcial y excluyente²⁷.

3. Estado de Excepción Constitucionalizado

3.1 Agamben: estado de excepción

En el marco de sus reflexiones sobre el *Homo Sacer*, Agamben²⁸ aborda lo que a su modo de ver determina el paradigma político de la sociedad contemporánea: el estado de excepción. Con este propósito reinterpreta la relación que Schmitt estableció entre estado de excepción y soberanía y su correspondiente calificación del “soberano como el que decide sobre el estado de excepción”²⁹. A partir de este presupuesto, Agamben acoge las nociones de Estado de Derecho y estado de excepción como las estructuras jurídicas de los respectivos estados de normalidad y anormalidad de la vida, que cohabitan genéticamente adjuntos y contrapuestos uno del otro en la dirección de su mutuo reconocimiento y correspondencia.

Agamben observa que el estado de excepción es el instrumento original que posee el Derecho para referirse a la vida y poder incluirla en el Estado de Derecho, sometida al estado de su propia excepción en el estado de suspensión de sí misma. Y de qué manera en el último siglo los Estados de Derecho y de excepción vienen experimentando la transmutación de sus polaridades de contraposición funcional y competencias establecidas, trastrocando las objetividades de normalidad y anormalidad de la vida. Por obra de ciertas técnicas deliberadas de gobierno, se asiste hoy a la normalización de la excepción en los escenarios mundiales, consolidándolo como paradigma imperante de la política contemporánea.

Lo último expresa la intención de Agamben de calibrar con la mayor certeza la legitimidad de la decisión del estado de excepción respecto a la norma de derecho

²⁷ Schmitt, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

²⁸ Agamben, Giorgio. “El Estado de Excepción como Paradigma de Gobierno”, en: *Estado de Excepción*. Homo Sacer II, 1, Valencia (Esp.): Pre-Textos, 2004, págs. 9-50.

²⁹ *Ibid.*, pág. 9.

46 y del poder que lo decide pues sólo en el umbral de la legitimidad sería posible mantener en pie cualquier teoría del estado de excepción. Relacionar el problema del extravío del viviente y la suspensión de la política con la legitimidad de la excepción, demandan develar la naturaleza misma de la excepción.

La tensión anterior focaliza la indefinición propia de la excepción que Agamben busca resolver. Si ubicar su identidad es un asunto propio del Derecho resulta que la misma definición jurídica de estado de excepción se pierde en el laberinto de su situación, justo en el cruce de las directrices del Derecho y la política. Por otra parte, apartar la excepción del terreno jurídico hacia el político-constitucional, razonando que su estado responde a un periodo de crisis política, conduce al sin sentido de tener que vérselas con “procedimientos jurídicos que no pueden comprenderse en el ámbito del Derecho mientras el Estado de excepción se presenta como la forma legal de lo que no tiene forma legal”³⁰. En ese marco, Agamben descubre que la excepción misma es el instrumento que manipula el derecho para atraer a la vida y poder integrarla en un estado de excepción de sí misma.

A su vez, la excepción se nutre de la anormalidad que suscitan los fenómenos de **guerra civil, insurrección y resistencia** a los cuales responde por el derecho y para restablecer el orden en el Estado. Pero que la excepción tenga este tipo de relaciones tampoco la define porque ella se debe limpiamente al Derecho y no a cierto poder involucrado en estos eventos de la política y la violencia en la vida. Y, sin embargo, si la excepción es lo contrapuesto a la normalidad, y lo opuesto a esta es la guerra civil, entonces, fuera de lo que está claro para el Derecho, ¿qué tiene que ver la excepción con el opuesto de su contrapuesto?

La denuncia de Agamben apunta a señalar la consolidación del estado de excepción como paradigma imperante de la política contemporánea, en una descompensación que horada el Estado de Derecho, resignado por la presencia ya casi permanente de la excepción en la normalidad política global, desbordando el límite de su legitimidad dependiente de la normalidad política, y en un grado tal que la geopolítica total se inunda de un influjo incontrolado de excepción conquistando la normalidad del derecho.

En el lapso del último siglo un creciente totalitarismo moderno viene ejecutándose en la forma de una **guerra civil mundial** como práctica deliberada de los Estados contemporáneos, incluso los llamados democráticos, so pretexto de proteger las instituciones y a la población del caos que le generan sus demandas. La excepción como técnica de gobierno “permite no solo la eliminación física

30 *Ibid.*, pág. 10.

de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón no sean integrables en los sistemas políticos”³¹. La conversión deliberada de medidas provisionales en permanentes, amenaza transformar “las estructuras y sentido de las distinciones tradicionales de las formas de constitución”³². Y en su elevación paradigmática es ya estatuto y cimiento del umbral entre democracia y totalitarismo.

3.2 Zizek: el desierto de lo real

Para Zizek, mediante la excusa de eliminar la amenaza terrorista concretada en el 11S, el *absolutismo liberal* creó el ardid de ofender su intervencionismo militar a la compostura democrática de los pueblos sin derechos humanos víctimas del “totalitarismo religioso”. Con esta técnica demagógica han globalizado la tiranía igualitarista de los derechos humanos, consolidando a escala mundial la potestad del fundamentalismo ateo-económico y tiránico-democrático. Zizek diagnostica el peligro autodestructivo al que se expone la democracia liberal: en su cruzada antirreligiosa de liquidar el terrorismo musulmán, “acabarán eliminando la libertad y la democracia mismas, sacrificando así aquello que pretendían defender”³³ y extendiendo para el mundo entero la condición de *homo sacer* descrita por Agamben.

Esta situación genera “una suerte de *epoche* ética [que] se moviliza cuando nos vemos abocados a tratar al otro como un *homo sacer*”³⁴. Suceda en la forma de un acoso suave o de una agresión física, la diferencia entre estas conductas es todo lo que para Zizek queda de la disimilitud entre civilización y barbarie: este *acoso suave* que desvía la atención ignorando al *homo sacer* e intentando que sea aceptado como un hecho común de la vecindad humana, es peor que el ataque violento, por los sutiles alcances ideológicos con que de esa manera se lo deja confinado a la *nuda vida*. Esta ignorancia del ciudadano y su correspondiente inercia política constituyen la *nuda legitimación* ciudadana del Nuevo Orden geopolítico mundial donde el vecino puede ser potencialmente despojado de sus derechos humanos y su propia ciudadanía convirtiéndolo en *homo sacer* a través de una *micropolítica* sistemática de dominación y sometimiento diario.

Frente a esto y partiendo de la expresión “tal y como lo aprendimos del cristianismo... a veces, la violencia es la única prueba de amor”, Zizek³⁵ fundamenta su propuesta de una **violencia redentora** si bien es imperativo en precisar que

³¹ *Ibíd.*, pág. 11.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*, pág. 70.

³⁴ Zizek, Slavoj. “Del Homo Sacer al vecino”, en: *Bienvenidos al Desierto de lo Real*. Madrid: Akal, 2005 (2002), págs. 91-106.

³⁵ Zizek, Slavoj. “Violencia redentora”, en: *Repetir Lenin*. Madrid: Akal, 2004 (2002), págs. 69-90.

48 no es lo mismo la violencia fascista que la violencia revolucionaria. La violencia que se vuelve solo hacia el exterior culmina en terrorismo. Deleuze vio claro que la violencia es un ingrediente necesario de cualquier acción política revolucionaria. El único criterio para una acción política en sentido estricto sería la *utopía en acto*. La verdadera ruptura revolucionaria es una suspensión única de la temporalidad: actuar como *si* el futuro utópico estuviera listo para ser aferrado. La revolución no significa miseria en el presente para la felicidad y la libertad futuras. En la revolución ya somos libres mientras luchamos por la libertad y somos felices mientras luchamos por la felicidad.

Resulta muy puntual la diferenciación que subrayara Hannah Arendt³⁶: “El poder debe sostenerse siempre en una marea obscena de violencia, el espacio político nunca es puro sino que presupone cierta disposición de confianza en la violencia prepolítica”³⁷. Esta aceptación de la violencia prepolítica sustenta la **suspensión política de la ética**. Es decir, la violencia no solo es instrumento necesario del poder, sino que en las raíces de toda relación violenta supuestamente no política está siempre presente un poder político. La **violencia prepolítica** es un ejercicio cotidiano socialmente aceptado en las relaciones directas de subordinación al interior de las formas sociales no políticas.

En este contexto, la política humanitaria de los derechos humanos es la ideología aparentemente despolitizada del intervencionismo militar, que mientras oculta intereses económicos y geopolíticos exclusivos, públicamente pretende la defensa pura de los inocentes de la maquinaria del poder despótico del Estado, la cultura, el conflicto étnico, entre otros. Esta manipulación política de los derechos humanos sanciona la oposición entre los derechos humanos prepolíticos y los derechos formalmente políticos del ciudadano. Con ello se obtiene la noción de un hombre suspendido de su propia esencialidad que finalmente deviene el *homo sacer* de Agamben, “como un ser humano reducido a la nuda vida en una paradójica dialéctica hegeliana entre lo universal y lo particular”³⁸.

El punto es que si se pierde de vista a la propia política, los derechos humanos serán los que decidan la **negociación pos política**. Los derechos humanos de todos terminan convertidos en los derechos humanos concedidos a los que no tienen derechos, los derechos del *homo sacer* reducido a la “nuda vida”. Este proceso de despolitización coincide con la concepción biopolítica de Foucault o Agamben, que expresan paradójicamente el pináculo de la racionalización occidental.

³⁶ Zizek, Slavoj. “La violencia como síntoma”, en: *La Suspensión Política de la Ética*. Buenos Aires: 2005, págs. 169-217.

³⁷ *Ibid.* pág. 193.

³⁸ *Ibid.*

4. Estado Autoritario y Liberalismo

49

4.1 El Estado Autoritario

El Estado Autoritario fue una de las preocupaciones centrales que tuvo la primera Teoría Crítica, encabezada entonces por Max Horkheimer³⁹. Sus análisis sobre el nacionalsocialismo y el fascismo en general pueden ser considerados como una herramienta excepcional para el estudio de realidades sociales análogas, como hoy ocurre con la colombiana.

Horkheimer pretende demostrar que las premisas sobre las que se edifica esta forma de Estado se refieren menos a sus manifestaciones externas (el fascismo en general) que a la lógica misma de la sociedad capitalista. El Estado Autoritario surge en un contexto de crisis y se presenta como la vía para superar una situación de anarquía y desorden. Su principal estrategia de legitimación inicial no es el uso y abuso de la fuerza (que posteriormente adopta de manera abierta) sino el generalizado consentimiento del conglomerado social que busca gobernar.

Este apoyo social logra unificar a una sociedad fragmentada después de crisis estructurales prolongadas, en torno a un propósito común: la superación de las causas, políticas y económicas, que la han generado. El Estado Autoritario achaca el surgimiento de las crisis a los periodos de amplia autonomía que las precedieron y de ahí que la limitación del marco legal que las permitió se evidencie como la medida más urgente para superarla. Bajo ese supuesto se procede a recortar libertades y estrechar el estado de derecho, enarbolando el símbolo de la autoridad a través del trabajo, la disciplina y el orden como valores supremos del ordenamiento.

Horkheimer entiende el Estado Autoritario como un fenómeno histórico sociológico, que no surge de la nada sino que tiene su origen en una situación histórica clara. El Estado Autoritario surge de la anarquía, el desorden, de la *crisis*, en esta situación se presenta como una vía para la superación de los problemas existentes. Irónicamente, la principal estrategia de legitimación de dicha forma de Estado no se encuentra en el uso y abuso de la fuerza, el principal pilar de soporte con el que cuenta es el consentimiento de aquellas personas con las que debe gobernar, este consentimiento se muestra en el apoyo que de forma explícita se manifiesta hacia el Estado, baste recordar las multitudinarias marchas que acompañaron el fascismo europeo de la década del 40.

39 Horkheimer, Max. *El Estado Autoritario*. Bogotá: Argumentos, 1983.

El Estado Autoritario logra lo que en principio parecía imposible, unificar a toda una sociedad, fragmentada después de una larga crisis, en torno a la consecución de una idea: la construcción de un futuro en donde se logre superar las causas que generaron la crisis. En la búsqueda de este objetivo, el estado autoritario achaca el surgimiento de la crisis a los periodos de amplia autonomía que lo precedieron, por eso propone la limitación de la autonomía como una medida para superar la crisis, justificado en esta premisa se procede a recortar libertades y derecho; porque frente al libertinaje y la inmoralidad, debe hacerse frente con *Autoridad*, y la única solución posible está dada por la implementación del *Trabajo*, la *Disciplina* y el *Orden* como valores supremos.

La fase final del autoritarismo se da cuando este sistema de gobierno opta por determinar y dirigir la forma de construcción del individuo y del ciudadano, argumentando que los individuos todavía son inmaduros y necesitan de la guía del Estado para su formación personal, social y política, entonces se le comienza a decir a los individuos qué es lo que pueden conocer o hacer, para garantizar el correcto desarrollo político del ciudadano. Por medio del procedimiento y el proceso descritos en los párrafos anteriores el Estado Autoritario logra la viabilidad y legitimidad que requiere su propuesta.

Hasta aquí puede verse claramente cómo el Estado Autoritario se construye y desarrolla alrededor de una serie de presupuestos y fundamentos del actuar político, no teniendo relación con el tipo de propuesta que defiendan, es decir, el autoritarismo se entiende como una forma de actuar político, que busca la consecución del poder y no depende del contenido político que posea, ni de la orientación que se dé a sus propuestas. Solo comprendiendo dicho fenómeno de la manera aquí sugerida tiene sentido la clasificación que se hace del Nazismo y del Estalinismo como sistemas de gobierno autoritarios, pese a las diferencias presentes entre una y otra propuesta⁴⁰.

4.2 Liberalismo y autoritarismo

Dentro de la Primera Teoría Crítica también se destacan dos pensadores: Neumann y Kirchheimer, que desde un estudio del Derecho logran desarrollar una teoría acerca del Autoritarismo en el Estado Liberal⁴¹. Al igual que para Horkheimer el fenómeno principal a explicar se constituyó en el ascenso y posterior hegemonía fascista en diversos Estados europeos a mediados del siglo XX, pues “*la experiencia del fascismo*

⁴⁰ Véase Arendt, Hannah. *Los Orígenes del Totalitarismo*. Tomo 3: Totalitarismo, Madrid: Alianza editorial, 2000.

⁴¹ También puede ser útil revisar los siguientes textos: Wellmer, Albrecht. *Teoría Crítica de la Sociedad y Positivismo*. Barcelona: Ariel. 1979; Rodríguez, José E. *El Sueño de la Razón, la Modernidad y sus Paradojas a la Luz de la Teoría Social*. Madrid: Taurus. 1982; Rodríguez, José E. *Teoría Crítica y Sociología*. Madrid: Siglo XXI. 1978; Castellet, J. M. *Lectura de Marcuse*. Barcelona: Seix Barral. 1971.

*supuso, de hecho una involución en la lógica histórica tal y como venía siendo concebida desde el siglo XVIII*⁴²; de la misma manera, este fenómeno constituyó uno de los contrasentidos y debilidades más claras de las modernas democracias “*en los años treinta, la democracia liberal se vio privada ideológicamente de su hegemonía para convertirse en víctima de sus más acérrimos enemigos*”⁴³.

Neumann comienza su investigación, indagando sobre las teorías del contrato social y las repercusiones que estas pueden tener en las formas de construcción de los Estados, especialmente los Estados liberales, que son los que surgen del contrato social, la principal conclusión que el autor obtiene de este estudio, sostiene que el Liberalismo, en sus tres versiones clásicas (el Leviathan hobbesiano, el Estado mínimo de Locke y la democracia radical de Rousseau) tiene en su interior un germen autoritario, que aparece representado en la existencia de un componente irracional dentro del contrato original, que no logra ser superado ni explicado, esto es: *el monopolio de la violencia por parte del Estado*.

En este punto resulta claro el mensaje hobbesiano, como recuerda Crossman, cuando se afirma que “*en un Estado moderno no existen derechos que puedan ser resguardados satisfactoriamente por medios constitucionales; todos los Estados modernos son un leviatán, el monstruo que puede destruirnos en un momento dado, o un instrumento utilizable por cualquier grupo para conculcar los derechos de los demás*”⁴⁴. Todos los pensadores liberales tienen que hacer frente a esta situación y anomalía, pero ninguno de ellos ha logrado salir satisfactoriamente de dicha aporía, que llega incluso hasta el pensamiento de Hans Kelsen, quien en su planteamiento del positivismo jurídico se encuentra con el problema de cómo dirigir la acción política, problema que nunca puede resolver⁴⁵, lo que pone a los positivistas ante el problema de la justificación de la soberanía.

Para Neumann, el culpable del surgimiento y dominio del fascismo es el liberalismo, puesto que generó un amplio grado de formalización y expulsó cualquier tipo de componente valorativo al interior de su sistema, produciendo una racionalidad formal, representada en un ansía de juridización, que llegó a colonizar todos los aspectos del actuar social y político, que resultó ser completamente ciega y carente de mecanismos capaces de corregir su proceso de producción de reglas y normas; lo más grave de este proceso de formalización fue que resultó inapropiado para responder a la pregunta “cómo puede orientarse el actuar político”. Aquí es

⁴² Colom, Francisco. *Las caras del Leviatán*. Barcelona: Anthropos, 1992.

⁴³ *Ibíd.*, pág. 122.

⁴⁴ Crossman, R.H.S. *Biografía del Estado moderno*. Citado en *Ibíd.*, pág. 122.

⁴⁵ Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. También resulta de utilidad revisar la polémica que Kelsen sostiene con el teórico fascista Carl Schmitt, sobre quién es el intérprete de la Constitución.

52 donde toma relevancia el núcleo autoritario del Estado Liberal, que sí es capaz de dar respuesta a tal cuestión, sosteniendo que la figura del soberano viene a reemplazar la del Dios omnipotente, estando en el primero la potestad de determinar en qué momento se ha roto la normalidad política y a quién puede achacarse esta situación, determinando de esta manera quién es el enemigo y quién el amigo.

Este diagnóstico permite al autor hacer una desmitificación del liberalismo: El Estado Moderno no surge de un contrato, surge de un acuerdo entre grupos de intereses, el Derecho es identificado con la moral y pierde su capacidad ética mínima, la racionalidad es reemplazada por una técnica de dominación, con lo que se establece una noción totalitaria y organizativa de la sociedad como un correlato ideológico del proceso de monopolización económica del capitalismo. Al final de este proceso el capitalismo logra imponer su modelo económico al interior de lo social y apoyado por los ambiguos supuestos del liberalismo logra cambiar por completo el significado original de la política, en adelante la política debe entenderse como *“lucha por el poder, no jurisprudencia. Por ello resulta imposible disolver las relaciones de poder en relaciones jurídicas”*⁴⁶, de esta manera se concluye que las relaciones sociales demuestran estar regidas por componentes enteramente irracionales, con lo que se corrobora el fracaso del proyecto del positivismo jurídico⁴⁷.

Contemporáneo de Neumann y con una serie de trabajos adelantados en la misma dirección aparece el pensamiento de Kirchheimer, cuyo pensamiento constituye un esfuerzo por entender las nuevas formas de legitimación política presentes en el capitalismo tardío, que se manifiestan a mediados de los años 50 y comienzos de los 60; este análisis complementa el de Neumann y busca comprender los nuevos medios de los que hace uso el capitalismo para neutralizar el potencial revolucionario de los actores políticos.

Lo primero que descubre este autor es que en las actuales sociedades existe una metamorfosis en la forma de hacer política, es decir, se han redefinido la manera en que se desarrolla la actividad política, la primera preocupación del autor es precisamente comprender cómo se da este cambio y cuáles son las consecuencias que este acarrea para la organización social. Para Kirchheimer la política en la actualidad no puede ser interpretada como la concebían los clásicos, como una actividad inherente al ciudadano, que tenía el derecho y la obligación de participar en la toma de decisiones que afectarían el destino de la comunidad, en las sociedades modernas, esto resulta completamente imposible debido a dos factores, por un lado la reivindicación moderna del individuo como sujeto libre y autónomo, frente a la

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 163.

⁴⁷ Véase como complemento: Neumann, Franz. *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*. Buenos Aires: Paidós. 1968.

comunidad; por otro lado, las nuevas necesidades que el sistema capitalista impone a ese sujeto, que se desarrollan en el ámbito individual, sin ningún tipo de relevancia para el grupo o la comunidad.

En la actualidad la política se entiende de una forma más restringida, ya no hace parte de todo el conglomerado social, sino que pertenece a un grupo restringido dentro de la sociedad, debido a un cambio de estatutos presentes en su interior. Kirchheimer denomina este cambio como *La Profesionalización de la Política*, puesto que en el análisis que hace se obtiene como conclusión que la política opera de manera análoga a todas las profesiones, esta pasa a ser un campo de especialización más, donde solo pueden tener participación un cierto grupo de personas que manejan una serie de presupuesto, principios y métodos que permiten a consecución del objetivo primordial de la política, esto es, dirigir el actuar de las masas a través de toda una serie de estrategias de convencimiento y sugestión.

Este cambio en la concepción que se tiene de política trae aparejado un cambio en la opinión que se tiene de quien ejerce dicha profesión, *el Político*, quien pasa a ser visto como un maestro de la sugestión, que pretende dirigir e influenciar la voluntad de las masas para recibir de ellas el apoyo necesario con miras a obtener sus objetivos particulares. Acorde con la dinámica de profesionalización, la política experimenta aun un cambio más radical, este consiste en la ascensión de un nuevo sujeto que ejerce la política y desplaza la figura del político a un segundo plano, pues, el político, entendido este como el personaje particular que postula su nombre para una elección o un cargo público, sólo es el elemento visible de la nueva forma de hacer política, pero no el sujeto que ejerce la política en la actualidad.

Para Kirchheimer, el verdadero sujeto de acción en esta nueva forma de hacer política lo constituyen los *Partidos Políticos*, entendidos como conglomerados unidos en torno a la búsqueda de un determinado tipo de intereses, que generalmente solo pueden realizarse por medio de la obtención de cargos y posiciones en la estructura social; en síntesis, los partidos políticos no se diferencian de los grandes consorcios de comercio y publicidad.

Debido a esta nueva situación los partidos políticos deben entrar también a determinar e implementar una serie de estrategias que le permitan conseguir el mayor número posible de simpatizantes, buscando con esto, poseer una base popular que sirva de respaldo a sus propuestas y proyectos, esta base popular es lo que da fuerza al partido dentro del ámbito de la lucha política y permite garantizar la realización de los intereses de los miembros del partido⁴⁸.

⁴⁸ Colom, F. *Op. cit.*, págs. 169-170.

Otro de los descubrimientos importantes de este autor reside en la forma en que se configuran los idearios y propuestas partidistas, debido a la necesidad de ganar adeptos, los partidos políticos comienzan a perder el grueso de sus propuestas ideológicas, las que son matizadas y acomodadas de manera permanente, para poder garantizar la conformación de esa base popular que les es necesaria; a consecuencia de este proceso, los partidos políticos aparecen como los portadores de un discurso menos definido, sin una línea ideológica clara, que puede variar dependiendo de la situación, buscando dar cabida a la mayor cantidad de intereses posibles, Kirchheimer denomina esto como la dinámica del *Catch-all party* o partido atrápalo todo⁴⁹. Con este fenómeno desvirtúa el campo político, que queda reducido a una lucha de estrategias de reclutamiento de masas, que por principio no pertenecen a lo político.

Esta dinámica se respalda y complementa con el surgimiento de nuevos tipos de actores sociales, que intervienen en el campo de lo político y permiten que se dé ese desarrollo; dentro de estos nuevos actores sociales, se rescata de manera primordial, el papel que están asumiendo los medios de comunicación, la prensa, la radio, la televisión, en las nuevas sociedades; con estos desarrollos el debate y los mecanismos de influencia que desarrollan los partidos políticos aumentan su cobertura, pues tienen la capacidad de llegar a todos los espacios de la sociedad; por otro lado, también la prensa se encarga de poner todo el acervo cultural de la sociedad al alcance de cualquiera y tiene la nefasta capacidad de mercantilizarla por medio de todo su aparato de publicidad y propaganda.

Basado en este análisis el autor concluye que el uso que los grupos de interés realizan de los medios de comunicación es uno de los nuevos mecanismos de legitimación utilizados en la sociedad del capitalismo tardío para perpetuar el esquema de dominación, manteniendo a los sujetos políticos, en el sentido emancipatorio del término, en un letargo permanente que imposibilita el surgimiento de cualquier propuesta crítica⁵⁰. En su análisis complementario, Kirchheimer sugiere la existencia de otro mecanismo de legitimación, el *Estado de Bienestar*, que es entendido como “*un régimen capitalista de intervención estatal destinado a asegurar la continuidad del ciclo económico y una cierta redistribución social de los recursos*”⁵¹. Desafortunadamente Kirchheimer no logra profundizar mucho en este aspecto de su análisis.

Más de una década después, Hannah Arendt escribe *Los Orígenes del Totalitarismo*, cuya tercera parte está dedicada al tema, mostrando que el antisemitismo y el

49 *Ibid.*, pág. 171.

50 *Ibid.*, pág. 174.

51 *Ibid.*, pág. 168.

imperialismo tienen un sujeto social bien definido: el Estado Totalitario que rompe la distancia establecida por la modernidad entre sociedad y Estado y se apodera paulatinamente de aquella a través de la propaganda, la organización estatal de la sociedad civil y la vigilancia omniabarcante de la policía secreta. La elite encuentra con él su instrumento de dominación hegemónica⁵².

5. Autoritarismo y Democracia Plena

En la obra de Marx podemos advertir una secuencia hilvanada donde el concepto de alienación va sufriendo una interesante metamorfosis del joven Marx al Marx maduro, llevándolo a un nivel de conceptualización más profundo e integral que el hegeliano. La reconstrucción de Paul Ricoeur, en *Ideología y Utopía*, muestra cómo en los *Manuscritos Económico-filosóficos del 44* Marx distingue en el concepto de alienación, entre el de objetivación, como fenómeno proactivo ante la realidad humana, y el de enajenación del trabajo, como fenómeno patológico propio del capitalismo. Pero ya entonces se empiezan a desarrollar, junto al de trabajo enajenado, los conceptos de **democracia plena** y **hombre total** en cuanto la superación de la alienación constituye la verdadera emancipación del ser humano y la sociedad y estas connotan la realización plena de las potencialidades humanas en un contexto político que lo posibilite.

La categoría de emancipación no puede por tanto entenderse en Marx sino estructuralmente relacionada con la superación de la alienación y esta con la de hombre total y democracia plena. Aquella, la alienación, se mantiene y se reformula en términos explícitamente marxistas en *La Ideología Alemana* donde, para Ricoeur, se metamorfosea en tanto división del trabajo, enriqueciendo la categoría más adelante con las nociones de auto actividad, con lo que se consagra el paso de esta problemática del joven Marx al Marx maduro, objetando así la consideración althusseriana.

Y aunque en su etapa intermedia Marx no desarrolla la categoría de democracia plena, la retoma explícitamente en la *Crítica al Programa de Gotha*, donde la propuesta de una **democracia radical proletaria** surge ya enriquecida por la experiencia histórica de la Comuna de París. Veremos en lo inmediato de qué manera se retoma el concepto de democracia radical en dos versiones adicionales del marxismo heterodoxo, la de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt y el marxismo revolucionario de Negri y Hardt, así como en la versión más radical del republicanismo contemporáneo, y la relación de todas estas con la desobediencia civil.

52 Arendt, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harvest Book, 1973.

56 5.1 Democracia radical

La Tercera Escuela de Frankfurt (Dubiel, particularmente) intenta radicalizar el planteamiento habermasiano concibiendo la desobediencia civil como **dispositivo simbólico** de la democracia que por su intermedio procura garantizar tanto la actualización permanente del texto constitucional como la incorporación de las formas de vida alternativas y los actores políticos disidentes, en el contexto de un proyecto democrático abierto a refrendación y reformulación constantes. En este sentido, su legitimidad proviene de una remisión normativa a los principios de la república democrática al denotar la ausencia de puntos finales y mantener en funcionamiento la divergencia de las opiniones y la alternancia de mayoría y minoría⁵³.

Al obligar a los actores políticos y al público en general a reflexionar sobre los límites actuales de la democracia, la desobediencia civil llama la atención sobre el hecho de que no existen obligaciones supremas, a la manera de un derecho metafísico, que determinen la cuestión democrática, e invita a mostrar la falibilidad de la ley y la posibilidad de su interpretación permanente. Con esto, el ciudadano recupera su papel de escrutador de las normas, superando su condición silenciosa y sometida e impulsa la revisión constante de las decisiones políticas, legales y judiciales. Este ciudadano contestatario, vigilante del sentido de justicia, activa la noción de república democrática como proyecto inacabado. Advierte así sobre el hecho de que el proceso democrático se halla siempre en construcción y que el “destino” de la democracia es también una cuestión abierta⁵⁴. Desde la concepción descrita, la desobediencia civil aparece como un mecanismo legítimo de participación en la formación de opinión pública, por lo tanto debe ser aceptada y respetada por las instituciones⁵⁵.

La desobediencia civil es así un dispositivo simbólico que produce dos efectos fundamentales. De un lado, plantea demandas democráticas a los actores políticos (autoridades, parlamento, tribunales de justicia) y al público en general en situaciones caracterizadas por el predominio de proyectos elitistas y abusos del poder. De otro, crea un espacio público para la formación de opinión y voluntad ciudadanas de cara a un proceso de autolegislación democrática. Con esto, la desobediencia civil no es una mera demanda, una mera inquisición, sino que es también una oferta, una respuesta⁵⁶.

Detrás de la desobediencia civil, por lo general se esconde la exigencia de legitimación de una Constitución democrática. Una Constitución democrática no

⁵³ Dubiel, Helmut; Frankenberg, Günter y Rödel, Ulrich. “Replanteamiento de la cuestión democrática: la desobediencia civil como praxis simbólica”, en: *La Cuestión Democrática*. Madrid: Huerga y Fierro Editores, 1997, pág. 60.

⁵⁴ Estévez, José Antonio. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*. Madrid: Trotta, 1994.

⁵⁵ Dubiel, H. (et. ál). *Op. cit.*, pág. 60.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 60.

ordena obediencia para que reine la calma, sino que espera que los ciudadanos se sientan obligados a defenderla, basada en la noción de democracia como autogobierno: pero quien practica la desobediencia civil también está llamado a ello. Lo anterior pone de presente la ambigüedad que se plantea entre la legalidad y la legitimidad, entre el derecho positivo que obliga a su cumplimiento, y la idea de democracia como autogobierno.

En adición, los autores reflexionan sobre si el derecho a la libertad de expresión, incluso el derecho a la protesta pacífica, incorporan el reconocimiento del derecho a la desobediencia civil, para responder que, a la luz del Derecho Constitucional, esta significaría el exceso del ejercicio de los derechos fundamentales, pero finalmente reconoce la construcción de un derecho fundamental que legitime la infracción pública no violenta de normas jurídicas cuando la protesta se dirija de forma proporcionada contra una injusticia grave y no sea posible otro remedio, configurándose así el hermano menor del derecho de oposición. Es quizás allí donde encaja el derecho a la protesta pacífica antes mencionado, de tal suerte que lo más importante no es la justicia o injusticia de la desobediencia civil, sino su existencia como derecho.

Pero la desobediencia civil puede incluso recurrir a lo que Dubiel, Frankenberg y Rödel denominan **violencia como praxis simbólica**. Reconociendo el límite cercano entre la desobediencia civil y la violencia ponen de presente que, en efecto, aquella tendría una tendencia interna hacia la violencia por cuanto cuestiona las barreras internas de la ciudadanía para respetar la autoridad y obediencia del derecho. Según esta perspectiva, la desobediencia civil puede desembocar, en el corto o largo plazo, en expresiones de desobediencia violencia, principalmente por dos razones: el carácter intrínsecamente confrontador que tendría la desobediencia civil y el mandato superior que tienen las fuerzas del orden de exigir la obediencia, dado que el Estado no acepta una aceptación selectiva del Derecho. Esta tensión parece insalvable en la defensa de la desobediencia civil pese a manifestaciones como las de Gandhi y Martin Luther King que siempre fueron partidarios de la protesta no violenta.

5.2 Democracia contestataria

El concepto de democracia disputatoria, en una de sus más completas formulaciones, tiene lugar en la obra de Philip Pettit, *Republicanismo*⁵⁷. Para el autor, que se ubica en el debate de la libertad en sentido positivo (o de los antiguos) y negativo (o de los modernos), resulta fundamental distinguir un tercer tipo de

57 Pettit, Philip. *Republicanismo*. Barcelona - Buenos Aires - México: Paidós, 1999.

libertad, a saber: la libertad como no dominación, la cual es entendida ya no en términos de autodominio o ausencia de interferencia, como lo hiciesen las anteriores nociones, sino en términos de ausencia de servidumbre⁵⁸.

Dentro de las estrategias para conseguir la no dominación, Pettit identifica la necesidad de un gobierno que satisfaga condiciones constitucionales tales como imperio de la ley, división de poderes y protección contramayoritaria. En adición, se hace necesaria la promoción de un tipo disputatorio de democracia. Tal necesidad parte del reconocimiento de una posible falibilidad de las condiciones constitucionales. De esta suerte, para excluir la toma arbitraria de decisiones por parte de los legisladores y los jueces, fundadas en sus intereses o interpretaciones personales, se hace imperativo garantizar que la toma pública de decisiones atienda a los intereses y las interpretaciones de los ciudadanos por ella afectados. La garantía de ello no se encuentra en la apelación a consensos como en el criterio de disputabilidad, pues solo en la medida en que el ciudadano es capaz de disputar y criticar cualquier interferencia que no corresponda a sus propios intereses e interpretaciones, puede decirse que la interferencia del legislador no es arbitraria, y que por lo mismo no es dominador.

Con esto, Pettit subvierte el modo tradicional de legitimación de las decisiones fundado en el consentimiento, para definirlo en clave de contestación o apelación efectiva⁵⁹. A fin de que la toma pública de decisiones sea disputable, Pettit señala al menos tres precondiciones que deben quedar satisfechas. En primer lugar, que la toma de decisiones se conduzca de modo tal que haya *una base potencial para la disputa*. Esta forma se corresponde más con el tipo de toma propio del debate que con el inherente a la negociación. Las disputas surgidas por el debate deben estar abiertas a todos los que consigan argüir plausiblemente en contra de las decisiones públicas, sin requerir de un gran peso o poder para el logro de una decisión razonada⁶⁰.

En segundo lugar, de haya también un *canal o una voz* por cuyo cauce pueda discurrir la disputa. Se trata en últimas de asegurar la existencia de medios a través de los cuales los ciudadanos puedan responder en defensa de sus intereses e interpretaciones. Esto implica que la democracia, para ser realmente disputatoria, debe ser incluyente y deliberatoria. Más allá de la representación, la inclusión implica la posibilidad de que todos los grupos puedan ejercer la protesta ante los

58 *Ibid.*, pág. 96.

59 *Ibid.*, pág. 266.

60 En este punto, Pettit parece coincidir con otros teóricos de la democracia deliberativa como Cass Sunstein y Quentin Skinner. Al respecto véanse Skinner, Q. *The Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge: C. U. P., 1978 y *Liberty before Liberalism*. Cambridge: C.U.P., 1998; *Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno*. México: F.C.E., 1986; *Machiavelli*. Oxford: O. U.P., 1981, así como Sunstein, Cass. *Republica.com: Internet, Democracia y Libertad*. Barcelona: Paidós, 2003; *After the Rights Revolution Reconciling the Regulatory State*. London: Harvard University Press, 1993; *Designing Democracy: what Constitutions Do*. Oxford: O.U.P., 2001.

cuerpos estatales, manifestando sus quejas y solicitando su compensación. La tercera precondition es que exista un *foro* adecuado en el cual hacer audibles las disputas⁶¹. Para que sirva a los propósitos republicanos este foro debe ser capaz de dar audiencia a alianzas y compromisos y estar abierto a transformaciones profundas y de largo alcance. Además, deben existir procedimientos a fin de asegurar que las instancias a las cuales se apela no harán caso omiso de las impugnaciones de que son objeto.

Si bien esta democracia disputatoria no parece concebir, en una primera reflexión, más que la desobediencia civil en términos más enfáticos por el carácter mismo que la disputación entraña y puede adquirir en la práctica, sin duda la apelación a la contestación ciudadana abre las puertas a expresiones de desobediencia ciudadana más radicales y extremas, exponencialmente proporcionales a la no satisfacción de las condiciones institucionales de disputabilidad enunciadas. Si estas condiciones no son cumplidas para una disputación institucional de la ciudadanía, se dan por contraposición las condiciones para una contestación ciudadana más radical en aras de garantizar el contrapeso fáctico de la legalidad desbordada.

5.3 Democracia real

La democracia radical tiene tres momentos en la obra de Negri. *Poder Constituyente*⁶² desarrolla histórica y estructuralmente el eje que se presenta entre revolución-democracia-multitud a lo largo de la modernidad mostrando las respectivas revoluciones que expresan grados de proyección del poder constituyente, siempre canalizados por el poder constituido. Negri reivindica varios momentos de clímax político en este largo proceso, momentos donde la democracia real o absoluta, como la denomina en la línea de Spinoza, alcanza sus expresiones más plenas y radicales, pese a terminar prisioneras del poder constituido respectivo. La revolución francesa y la revolución rusa sin duda representan los puntos más altos del poder constituyente de la multitud donde, sin embargo, la democracia burguesa e incluso la estalinización de los soviets terminan coartando la potencialidad constituyente de la multitud. Pero el punto de máxima ruptura es, para Negri, la Revolución de Mayo del 68 donde la multitud parecería eclosionar en un espectro de nuevas subjetividades que aunque no concretan una revolución social constituyen lo que podría denominarse la socialización de la revolución.

Un segundo momento lo representa *Imperio*⁶³, escrito conjuntamente con Hardt, que da razón de una etapa última del capitalismo donde pasamos definitivamente de

61 Pettit. *Op. cit.*, pág. 254.

62 Negri, Antoni. *El Poder Constituyente*. Madrid: Libertarias, 1994.

63 Negri, Antoni y Hardt, Michael. *Imperio*. Bogotá, D.C.: Editorial Los de Abajo, 2001.

un régimen de acumulación capitalista de carácter fordista basado en la industria y el estado de bienestar a un régimen postfordista basado en el sistema financiero y un estado mínimo neoliberal. La pregunta que se hacen Negri y Hardt en este contexto es ¿de dónde proviene la resistencia en una sociedad donde el capital todo lo invade? La respuesta reside en la noción de multitud. El concepto de multitud quiere afrontar la cuestión del nuevo sujeto de la política. La multitud no es ni los individuos ni la clase, sino un conjunto amplio de subjetividades que no actúan ni de manera contractual ni por toma de conciencia. La acción que Hardt y Negri plantean como alternativa a la guerra globalizada es la construcción de una democracia radical sin poder constituido.

La multitud es el sujeto político en el contexto del imperio. Se trata de una potencia autónoma que debe a sí misma su existencia y que tiene como dirección la inversión del orden imperial. N&H definen la multitud como el nuevo proletariado del capitalismo global que reúne a todos aquellos cuyo trabajo es explotado por el capital y no una nueva clase trabajadora industrial, distinguiéndose del pueblo, la nación y la clase y poseyendo una naturaleza revolucionaria.

Se torna política cuando comienza a afrontar las acciones represivas del imperio, no permitiéndoles restablecer el orden y cruzando y rompiendo los límites y segmentaciones que se imponen a la nueva fuerza laboral colectiva, así como unificando experiencias de resistencia y esgrimiéndolas contra el comando imperial. Su proyecto político se articula con demandas de ciudadanía global, derecho a un salario social y derecho a la reapropiación de los medios de producción. De esta forma, la multitud empieza a constituir la sociedad sin clases ni estado bajo el imperio, esto es una democracia sin soberanía.

N&H reivindican la tradición republicana radical como el paradigma más apropiado para este pasaje entre la modernidad a la posmodernidad desde el cual afrontar al imperio. Esta versión de republicanismo posmoderno se construye en medio de las experiencias de la multitud global. Su característica principal es, como lo enfatizan, de la manera más básica y elemental, la voluntad de estar en contra, la desobediencia a la autoridad como uno de los actos más naturales del ser humano. Y que frente al imperio global se manifiestan hoy en día en la desertión y el éxodo como formas de lucha contra y dentro de la posmodernidad imperial, pese al nivel de espontaneidad con que se muestran.

Por su parte, *Multitud*⁶⁴ intenta responder a las críticas suscitadas por *Imperio* puntualmente sobre el carácter y proyección de la multitud como sujeto

64 Negri, Antoni y Hardt, Michael. *Multitud*. Barcelona: Debate, 2004.

revolucionario. No deja de ser sintomática la división triádica del texto que recuerda las dialécticas triadas hegelianas donde el tercer término constituye el momento de la subsunción y superación de los anteriores. En ese orden de razonamiento, el libro expondría inicialmente el momento de la guerra, en segundo lugar, como momento negativo, la multitud, uno de los polos de la misma en tanto sujeto emancipador, y en tercer lugar la democracia como último momento de conciliación y concreción de una nueva realidad.

“Guerra”⁶⁵, en efecto, busca dar razón del estado de conflicto global que se viene dando desde la Segunda Guerra Mundial, las diversas formas de contrainsurgencia que se han ido concibiendo e implementando por el capitalismo imperial y las expresiones de resistencia que se han venido oponiendo de forma correspondiente. Básicamente, N&H abordan la dialéctica militar entre el poder imperial del capitalismo y el contrapoder de la resistencia, la naturaleza biopolítica que adopta este conflicto mundial y las diversas expresiones de dominación militar y de resistencia global que se contraponen a su dinámica, incluyendo manifestaciones novedosas como puede ser la resistencia virtual.

La segunda parte, “Multitud”⁶⁶, muestra primero el cambio profundo que el postfordismo ha provocado en la vida social, la conversión que ello genera en el trabajo productivo y el ocaso para el mundo campesino que esto ha generado, de manera definitiva. La multitud que el postfordismo lleva a su máxima expresión la entroniza sistémicamente con el capital global mismo. En este contexto se ha impuesto la coordinación que las elites económicas, políticas y jurídicas han generado para garantizar el orden capitalista global que, después del 11/S, acentúa un estado de excepción permanente. La multitud se revela dualmente como sujeto productivo y potencial sujeto emancipador, el único capaz, como antaño el proletariado en el capitalismo industrial, de hacer saltar el capitalismo financiero postfordista por medio de lo que N&H denominan la “movilización de lo común”.

Pero es la tercera parte, “Democracia”⁶⁷, la que paradójicamente cierra la triada. Es interesante observar que a lo largo de esta última parte, N&H hacen una reconstrucción paralela, de una parte, del desarrollo de la democracia en la modernidad, el proyecto inacabado que representó tanto la democracia burguesa como la socialista, y la crisis que sufre en medio del estado de excepción global permanente que el mundo vive actualmente, apuntando a las demandas mundiales por una democracia global y presentando incluso una muy pragmática agenda de reformas para democratizar

65 *Ibid.*, págs. 21-124.

66 *Ibid.*, págs. 125-264.

67 *Ibid.*, págs. 257-406.

62 el orden internacional. Y, por la otra, una reconstrucción, que quizás es el aporte más significativo del libro, de las diversas expresiones contestatarias de la multitud contra el orden global que vienen produciéndose en determinados encuentros de los organismos políticos y económicos de coordinación del imperio, a todo lo largo de la mitad del siglo XX y, en especial, desde 1989 para acá.

Pero es la tercera sección, “la democracia de la multitud”⁶⁸, la que intenta ofrecer un marco conceptual desde el cual interpretar esta democracia radical que vehiculiza la multitud hoy en día. Y aunque la fórmula de unir a Madison y Lenin, es decir, al republicanismo con el marxismo, haciendo una vez más alusión a figuras un tanto controvertibles del cristianismo popular, no parezca realmente la más convincente, la limitación en ofrecer una proyección y orientación estratégica de la proyección de la multitud y su lucha por la democracia tiene que ser interpretada más como la imposibilidad histórica por desentrañar, no la dirección pero sí los medios concretos para materializar esta democracia revolucionaria de la multitud.

En suma, en el conjunto de sus obras, Negri y posteriormente Negri y Hardt, en particular en las dos últimas, si bien reivindican una dimensión de violencia revolucionaria que claramente desborda el paradigma dominante de la desobediencia civil, y con su fórmula republicano-marxista rescatan de manera expresa la esencia contestataria de una democracia radical, son presos en todo caso de su momento histórico que no permite visualizar claramente más que las manifestaciones aisladas de esa confrontación que aunque anticipan su destino no alcanzan a precisar proyecciones y posibilidades objetivas en torno a los medios para alcanzarlo. Terminando más con una propuesta pragmática de reformas globales que una teorización plausible de la revolución mundial.

68 *Ibid.*, págs. 373-406.

PABLO
ELÍAS
GONZÁLEZ
MONGUÍ

Los conceptos de amigo y enemigo en el derecho penal

1. Consideración previa

El punto central del examen sobre la *amistad y la enemistad*, hacia donde apunta este análisis, consiste en determinar si existe o no una relación entre estos conceptos y el derecho y más concretamente con el Derecho Penal para establecer si ellos influyen o no en los diferentes procesos, en la creación de la norma penal, pasando por su aplicación y en la ejecución de la misma. Para esto, necesariamente hemos de introducirnos en un breve recorrido filosófico del concepto de *amistad* y por ende de quien la encarna o personifica, el *amigo*, como también de su antípoda, el *enemigo*, como límite al mismo tiempo de ese concepto. Como dice Derrida, “lo

64 que se dice aquí del enemigo no puede ser indiferente a lo que se dice del amigo, desde el momento en que estos dos conceptos se codeterminan”¹.

2. La amistad y la enemistad en la filosofía del derecho

La amistad y la enemistad, que han sido muy estudiadas por los filósofos, no es de fácil conceptualización, por cuanto existen diversas formas de interpretar lo que son, su naturaleza, entre quiénes puede existir y cuáles son los límites de ellas. El concepto de amistad ha sido objeto de estudio desde la filosofía griega hasta nuestra época. Ha sido tratada desde diferentes ángulos, entendida desde la amistad personal pasando por la amistad filial y cercana o confundida con el amor, también examinada desde lo político y en el derecho.

La amistad se analiza desde un punto de vista conceptual positivo, pero no deja de mirarse, tal vez para delimitarla, como enemistad desde un punto de vista negativo. Algunos parten del concepto de *amigo* para definir el de *enemigo* y otros lo hacen en sentido contrario; tal es el caso de Carl Schmitt, quien remitiéndose al historiador Otto Brunner refiere que este le hace una objeción crítica, que “es el *enemigo* y no el *amigo* el que representa realmente el rasgo conceptual positivo”².

Para efecto de la conceptualización de *amigo* frente al Derecho Penal, es importante conocer las distintas concepciones sobre la *amistad* y la *enemistad*, desde lo filosófico, lo histórico, lo político y en el derecho, razón por la cual se hará un breve recorrido por las diferentes posiciones.

Los filósofos griegos le dieron alto sentido y valor a la amistad en relación indisoluble con la virtud, es decir, que la amistad estaba unida necesariamente al bien.

El problema de la esencia de la amistad fue uno de los temas fundamentales examinados por Platón³, desde una visión de la amistad de carácter personal entre seres humanos, sobre la base de que únicamente puede existir entre los hombres buenos (entre los buenos ciudadanos), porque solamente estos son semejantes entre sí y amigos, no así los malos que nunca son semejantes ni siquiera entre ellos mismos, razón por la cual, quien es desemejante y diferente consigo mismo,

1 Derrida, Jacques. *Políticas de la amistad seguido de El oído de Heidegger*. Trad. de Patricio Peñalver y Francisco Vidarte, Madrid: Editorial Trotta, 1998, pág. 143.

2 Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. Texto de 1932 con un Prólogo y tres Corolarios de Carl Schmitt, versión de Rafael Agapito, Madrid: Alianza Editorial, 2006, pág. 44.

3 Platón. *Diálogos*. T. I, 1ª edición 5ª reimpresión, traducción y notas por E. Lledó Iñigo, Madrid: Editorial Gredos, 1997, págs. 273 a 316. El *Diálogo* trata sobre la amistad de Sócrates con cuatro jóvenes atenienses, Lisis, Menéxeno, Hipóteles y Ctesipo.

difícilmente llegaría a ser semejante a otro y amigo suyo⁴. El bueno será el *amigo* y el malo el *enemigo*⁵. La amistad implica para una persona que se es parecido al otro y de algún modo entraña afinidad, pertenencia del uno al otro. Para el fundador de la Academia, la amistad, al mismo tiempo, está subordinada a lo político, porque debe ser entendida como una aspiración teleológica de cada individuo de ser útil para los demás o generar un bien para la comunidad⁶. Considera Platón que si desaparece el *enemigo*, el *amigo* también desaparecerá inmediatamente, o en palabras de Derrida, “se desvanecerá al mismo tiempo, actual y virtualmente, en su posibilidad misma”⁷.

Por su parte, Aristóteles, inspirado en Sócrates y Platón, considera que la *amistad* es virtud o está acompañada de la virtud. Son los que tienen el gobierno los que más necesitan de los *amigos* o si no ¿cómo se podría salvar y conservar semejante estado sin *amigos*?⁸. También se pregunta si se halla entre todos los hombres la amistad, o si es o no posible que los que son malos sean *amigos*. Aristóteles admite la amistad entre los malos, cuando señala que el interés o algún deleite puede volver *amigos* a los malos, aunque no se agraden los unos de los otros a menos que algún provecho se atravesase de por medio, y también el interés o el placer permite que sean *amigos* los buenos de los malos, “y otros de cualquier manera”⁹. Dice que “partiendo, pues, la amistad en estas especies, los malos serán *amigos* por deleite, o por provecho, pues son semejantes en esto, pero los buenos serán *amigos* por sí mismos, porque estos en cuanto son buenos son absolutamente *amigos*, pero los otros accidentalmente (sic), y en cuanto quieren remedar a los buenos en alguna cosa”¹⁰. En conclusión, Aristóteles considera que la amistad no se da solamente entre los buenos y que se puede dar, aunque imperfecta, entre los malos.

Este es un punto importante para entender más adelante la incidencia del concepto de amistad en el Derecho Penal, en cuanto se considera que la amistad puede darse también con los malos, es decir que los gobernantes, el régimen político o el Estado, representados por personas, pueden supeditar el Derecho Penal a la amistad con aquellos que están al margen de la ley.

Los clásicos modernos como Jean-Jacques Rousseau y otros partidarios del pacto social también han expresado su posición, a partir de dicho contrato social y de quienes se atreven a violarlo, de quienes lo incumplen.

⁴ *Ibid.*, pág. 298.

⁵ Platón. *La República*. 8ª reimpresión, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, Madrid: Alianza Editorial, 1998, pág. 80.

⁶ *Ibid.*, págs. 290 y 291.

⁷ Derrida, Jacques. *Políticas de la amistad...*, ob. cit., pág. 176.

⁸ Aristóteles. *La ética de Aristóteles*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999, edición digital basada en la edición de Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, traducida del griego y analizada por Pedro Simón Abril, 1918, www.cervantesvirtual.com, pág. 241.

⁹ *Ibid.*, págs. 249 y 250.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 250.

Adelantando un poco el tiempo, el profesor alemán Günter Jakobs –a quien obligatoriamente me referiré más adelante– no habló del *amigo* sino del *enemigo*, para justificar un tratamiento especial penal contra este, y para ello recurre a la filosofía política para darle una fundamentación teórica a su propuesta y se afianza en criterios de autoridad de los contractualistas (Hobbes y Kant), a quienes les atribuye de alguna manera el fundamento de su posición, como también cita a Jean-Jacques Rousseau y a Johann Gottlieb Fichte, de quienes extrae la pérdida de ciudadanía por parte del delincuente por rescisión del contrato social, pero señala que no es seguidor de su teoría porque le parece muy abstracta y considera que no está de acuerdo con la expulsión del delincuente del seno de la sociedad, porque tiene derecho a volver a incorporarse a ella, “y para ello debe mantener su estatus como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad; dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”¹¹.

Los contractualistas citados hacen una distinción entre *ciudadano* y *enemigo*, y señalan diferentes formas de reacción penal, aspectos que toma Jakobs para establecer esta dicotomía que le sirve para elaborar la teoría de dos clases de derecho, el *derecho penal del enemigo* y el *derecho penal del ciudadano*.

Rousseau habló del *amigo* y del *enemigo* y de su contradicción, en una metáfora a la crítica teatral, a las representaciones escénicas, a propósito de la comedia *El Misántropo* de Moliere, como también habló de la política y de la falsedad, y de la existencia falsa y degradada: “No conozco mayor enemigo de los hombres que el amigo de todo el mundo, quien, encantado con todo, alienta incesantemente a los malvados y halaga con su culpable complacencia los vicios de donde nacen todos los desórdenes de la sociedad”¹². En este razonamiento de Rousseau pareciera que sentía profunda desconfianza hacia el *amigo* y encuentra en él la contradicción misma de la existencia del *enemigo*.

Refiriéndose Rousseau a los delincuentes, afirma que todo “malhechor” que ataque el “derecho social” se convierte por sus delitos en “rebelde y por ende en traidor a la patria” y por tanto cesa de pertenecer a esta al violar las leyes y hacerle la guerra, razón por la cual la conservación del Estado es entonces incompatible con su vida y por tanto es preciso que uno de los dos perezca, “y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como a ciudadano”. Y a continuación concluye: “Ahora, bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del

11 Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 22.

12 Rousseau, Juan Jacobo. *Carta a D'Alembert*. Emilio Bernini traducción y notas, Chile: Ediciones Lon, 1996, pág. 115.

destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido”¹³. Contrasta esta posición de Rousseau con una más humana cuando se pregunta: “¿qué cosa es la generosidad, la clemencia, la humanidad, sino la piedad aplicada a los culpables, o a la especie humana en general? La benevolencia y la amistad misma son, considerándolas bien, producciones de una piedad constante, fijada sobre un objeto particular, porque el desear que un individuo no padezca, ¿qué otra cosa es más sino el desear que sea dichoso?”¹⁴.

En la interpretación de Rousseau encontramos posiciones ambiguas en la que da la oportunidad de escoger entre una posición de intransigencia frente al delincuente que califica de *enemigo* o de compasión y generosidad aún frente al culpable y a la especie humana en general.

Por otra parte, Jakobs considera que Fichte sigue por la misma línea de Rousseau al asegurar, que quien abandona el contrato ciudadano, sea de modo voluntario o por imprevisión, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos¹⁵. En efecto, Fichte plantea como tesis, que en rigor se pierde el derecho de la ciudadanía por cualquier delito contra los particulares o contra el Estado y solamente se vuelve a ser ciudadano después del cumplimiento de la pena¹⁶, porque “aquél que viola en una parte el contrato social, sea voluntariamente o por negligencia, cuando en el contrato se contaba con su prudencia, pierde así con todo rigor todos sus derechos como ciudadano y hombre, y es completamente privado de derechos¹⁷, “el condenado es declarado ser una cosa, una cabeza de ganado”¹⁸.

La interpretación que le da el profesor Jakobs a la posición de Fichte me parece que no consulta su verdadero contenido, en cuanto la exclusión como ciudadano se refiere al delincuente que ha sido condenado y por supuesto ha perdido sus derechos, no solamente por la privación de la libertad, sino fundamentalmente porque en virtud de la condena se le excluye del ejercicio de derechos, pero no porque el Derecho Penal se anticipe a considerarlo no ciudadano, desde antes de la ejecución del delito o desde antes que el Estado le haya demostrado su responsabilidad penal. El Estado solamente le rescinde y anula el contrato social al condenado, pero la pena no puede suceder antes de esa nulidad¹⁹.

¹³ Rousseau, Juan Jacobo. *El contrato social o principios de derecho político*, www.Elaleph.com, 1996, pág. 32.

¹⁴ Rousseau, Juan Jacobo. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Trad. de M***, Madrid: Imprenta de José del Collado, 1820, pág. 55.

¹⁵ Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 21.

¹⁶ Gottlieb Fichte, Johann. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, en: Villacañas Berlanga, José L.; Ramos Valera, Manuel y Oncina Coves, Faustino (trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pág. 325.

¹⁷ *Ibid.*, págs. 315 y 316.

¹⁸ *Ibid.*, pág. 331.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 332.

El profesor Jakobs no reivindica el pensamiento avanzado de Fichte contemporáneo de la Revolución Francesa, en la que hacía apología a los derechos y la dignidad del hombre, sino que recoge el planteamiento que corresponde a la postura del revolucionario arrepentido que después de aquella gesta asume una posición conservadora que exalta, antes que los *derechos del hombre*, los *deberes del ciudadano*, y para quien, frente al delincuente que incumple los deberes contractuales sociales, no queda otro camino que el Estado le imponga una pena con criterio absoluto (es fin mas no medio) y exclusivamente retributivo, de naturaleza expiacionista, como la de destierro (para la exclusión total) y la pena de muerte en lugar del encarcelamiento perpetuo para los incorregibles²⁰. Según Fichte, una posibilidad distinta, la de recuperar la ciudadanía, era para el *condenado corregible* cuando estuviese “enmendado”²¹. Otros autores también critican al profesor Jakobs por la interpretación que hace de Rousseau y de Fichte²².

Jakobs también fundamenta el *derecho penal del enemigo* en Hobbes, quien distingue entre *súbdito* (ciudadano) y *enemigo*, pero este no es cualquier delincuente sino el partícipe de una rebelión, “y quienes así ofenden no sufren como súbditos, sino como enemigos, ya que la rebelión no es sino guerra renovada”²³. De esta forma los castigos derivados del contrato social estaban reservados para los súbditos (ciudadanos) y la guerra para los *enemigos*. Estos no son más que aquellos que eran súbditos y se han rebelado contra el poder soberano y que amenazan contra la seguridad de los que están dentro del contrato.

Kant considera que el derecho es un medio para obtener la paz y una de las condiciones para obtener la “paz perpetua”, la paz interior en las naciones. Hablando de la *amistad* y siguiendo la tradición aristotélica, desarrolla el concepto de *amistad respetuosa*, en estrecha relación con el bien y la perfección, al mismo tiempo que considera que la amistad debe ser recíproca. Kant concibe la amistad a partir del deber y considera que ser leal en este tipo de relaciones no podría dejar de ser exigible a todo hombre, aunque hasta hoy no hubiese habido ningún amigo sincero, porque este deber reside, como deber en general, antes que toda experiencia, en la idea de una razón que determina la voluntad por fundamentos *a priori*²⁴. En el pensamiento de

²⁰ *Ibid.*, pág. 334.

²¹ *Ibid.*, pág. 329.

²² Bastida Freixedo, Xacobe. “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos”, en: Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coord.). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006, pág. 283. El autor considera que la interpretación que el profesor Jakobs realiza de Rousseau y Fichte no es la correcta, por cuanto no cree que se reserve la categoría de ciudadano para el sujeto que obedece las normas, convirtiéndolo al simple infractor en enemigo. Dice que cuando Rousseau habla de “*derecho social* no se refiere a toda norma jurídica”, “se refiere a la cláusula del contrato que da origen a la sociedad, a saber: ‘el pacto social tiene por finalidad la conservación de los contratantes’ (Rousseau, 1985,180). A esta cláusula es a la que llama *derecho social* y al que la incumple lo considera enemigo. Parece entonces que enemigo es el que pone en peligro esa conservación; el que con su acción amenaza un bien importante (el más importante)”.

²³ Hobbes, Thomas. *Leviathan o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*. 2ª. Edición, undécima reimpresión, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México: Fondo de Cultura Económica, 2005, pág. 260.

Kant el *enemigo* sería aquel que decide permanecer en estado de naturaleza (guerra) o se niega a pertenecer a un estado civil o legal común, caso en los cuales constituye una amenaza de hostilidades, en razón de que es imperativo pertenecer a alguna Constitución civil²⁵. Pero Kant introdujo los conceptos metafísicos de *enemigo justo* y *enemigo injusto*, considerando el primero como aquel a quien yo haría injusticia si me opusiera a él, en cuyo caso no sería mi *enemigo*, y un *enemigo* puede ser injusto “siempre que su voluntad, públicamente expresada (de palabra o por obra), revela una máxima que, tomada como regla general, haría imposible el estado de paz entre las naciones, y las mantendría por lo tanto indefinidamente en el estado de naturaleza unas respecto de otras”. (...) “*Enemigo* injusto, en el estado natural es un *pleonasma*; porque el estado natural es ya por sí un estado de injusticia”²⁶. Es el propio Jakobs quien señala que el *enemigo* debe delimitarse, que debe establecerse exactamente quién es; sin embargo, ni los propios filósofos a los que recurre explican a quien se entiende por *enemigo*, y por el contrario, Kant, quien no define el concepto de *enemigo*, crea una dicotomía de *enemigo justo* y *enemigo injusto*, que aleja la posibilidad de concreción o delimitación del concepto de *enemigo*.

El olvido de Jakobs para fundamentar su teoría del *derecho penal del enemigo* radica en no tener en cuenta que los criterios de los contractualistas no son infalibles y que no es dable juzgar estas posiciones filosóficas con el escrutinio de esta época, después de dos siglos de evolución del concepto de *persona* y ante todo, por la existencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que son posteriores a los filósofos que cita. Además, hoy en día, las posturas filosóficas de los contractualistas o de los ilustrados no tienen vigencia en su totalidad, pues de ser así habría que reconocer, por ejemplo, que la fundamentación de Kant acerca de la pena de muerte tendría validez en nuestro medio.

El hecho de que la teoría del *derecho penal del enemigo* esté presente en la normativa penal como también en la actitud o disposición de los gobernantes, jueces, fiscales y policías para aplicar el Derecho Penal, no significa que sea afín o acorde con un Estado social y democrático de derecho, porque de entrada significa dar un tratamiento desigual a dos tipos de individuos y realizar una clasificación odiosamente discriminatoria, aplicando un tratamiento diferencial por considerarla como la supuesta única salida frente a los *enemigos* del Estado. Y resulta aún más

²⁴ Kant, Immanuel. *Fundamentos de una metafísica de las costumbres*. Vol. III, Madrid: Biblioteca Económica Filosófica, 1881, pág. 42.

²⁵ Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. Traducción de F. Rivera Pastor, edición digital basada en la edición de Madrid, Espasa Calpe, 1979, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, www.cervantesvirtual.com, 1999. “La paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza –*status naturalis*–; el estado de naturaleza es más bien la guerra, es decir, un estado en donde, aunque las hostilidades no hayan sido rotas, existe la constante amenaza de romperlas. Por tanto, la paz es algo que debe ser «instaurado»; pues abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades –cosa que solo en el estado «civil» puede acontecer–, cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo”.

²⁶ Kant, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Sevilla: Ediciones Espuela de Plata, 2004, págs. 193 y 194.

discriminatoria, si adicionalmente a estos dos conceptos encontramos uno tercero, el del *amigo*, que permite plantear la existencia de un *derecho penal del amigo*, de características opuestas al *derecho penal del enemigo*, pero que también contraría el principio de igualdad y también es profundamente discriminatorio, en cuanto se utiliza para favorecer a los *amigos* de un Estado, régimen político o gobernante determinado, en contravía de la justicia, la verdad y la reparación.

En todos estos filósofos, Derrida²⁷ encuentra la propia imposibilidad de definir qué es el *amigo* y la *amistad*, incluso por parte de Nietzsche. Y la posibilidad de una conceptualización se hace más compleja, en la medida en que se relacione el concepto de *amigo* o el de *enemigo* con otros conceptos como los de política, democracia, Estado y poder.

Retomando el planteamiento inicial que Carl Schmitt le atribuye al historiador Otto Brunner, de que “es el *enemigo* y no el *amigo* el que representa realmente el rasgo conceptual positivo”, Derrida lo considera no solamente una buena estrategia sino un buen método, por cuanto si debiese partir del *amigo*, tendría que dar una definición previa de él, pero esta no sería posible más que por referencia a un término opuesto, el *enemigo*²⁸. Schmitt en relación con esa observación recurre a la dialéctica de Hegel y sin darle preponderancia positiva al concepto de *enemigo* señala: “El reproche de haber primado el concepto de *enemigo* está muy extendido y es un estereotipo. No tiene en cuenta que el movimiento de un concepto jurídico parte, con necesidad dialéctica, de la negación. En la vida del derecho, igual que en su teoría, la integración de la negación es todo lo contrario de un ‘primado’ de lo negado. Un proceso como acción jurídica solo puede pensarse cuando se ha producido la negación de un derecho. La pena y el Derecho Penal no tienen en su origen una acción cualquiera sino una acción delictiva. ¿Debe tomarse esto como una aceptación ‘positiva’ del delito y como un ‘primado’ del crimen?”²⁹.

Fue Carl Schmitt quien planteó la antinomia *amigo-enemigo* con repercusiones en lo político y frente al Estado. En su libro *El concepto de lo político* (1932), parte con una afirmación tajante: “El concepto de Estado presupone el de lo político” y a lo largo de su libro llega a la conclusión de que hoy en día lo político no es monopolio del Estado, pero que de todas formas se debe llegar a una definición conceptual de lo político solo mediante el descubrimiento y la fijación de las categorías específicamente políticas, lo que implica una distinción también específica, a la que pueden reducirse las acciones y motivos políticos, que encuentra en la oposición *amigo-enemigo*³⁰, como esencia de lo político.

27 Derrida, Jacques. *Políticas de la amistad...*, ob. cit., págs. 299 a 338.

28 Derrida, Jacques. *Políticas de la amistad...*, ob. cit., págs. 175 y 176.

29 Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, ob. cit., pág. 44.

30 *Ibid.*, pág. 56. La relación amigo-enemigo también la desarrolla Schmitt treinta años después (1963) en el libro *La teoría del Partisano*.

Para Schmitt la distinción amigo-enemigo tiene consistencia propia, no es una ficción ni una normativa, es una realidad óptica, una posibilidad real³¹, y su sentido “es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación”³², sin necesidad de hacer ninguna otra distinción (moral, estética, económica o cualquier otra), simplemente es el otro, el extraño, en esencia existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intenso³³.

Coherente con estas precisiones, Schmitt considera que los conceptos *amigo-enemigo* no deben tomarse en forma metafórica, sino en su sentido concreto y existencial, tampoco como expresión de sentimientos o tendencias privados, o sea que de antemano descarta la amistad personal para colocarla solamente en el plano de lo político. Su definición de *amigo* depende del concepto que se tenga sobre la distinción o identificación que se haga del *enemigo*. También, las palabras *amigo* y *enemigo* tienen en las diferentes lenguas y grupos lingüísticos una estructura lógica e idiomática distinta. Schmitt expresa que en el sentido de la lengua alemana (como también del de otras muchas), *amigo* “es en origen tan sólo el que pertenece al mismo tronco familiar. Es pues originalmente amigo de sangre, pariente o ‘emparentado’ por matrimonio, por juramento de hermandad, adopción, o instituciones análogas”³⁴. Por su parte, “enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que detesta por sentimiento o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo”³⁵.

La distinción *amigo-enemigo* fue planteada por Carl Schmitt como una reflexión crítica sobre el Estado liberal y tal como lo señala Derrida, se propuso la deconstrucción de los fundamentos de ese tipo de Estado, como el de libertad y su entendimiento de la igualdad. Para Schmitt la democracia es incompatible con el pluralismo y por eso al criticar la concepción liberal, sostiene que la democracia tiene que abordarse desde la idea de igualdad y no de libertad, porque aquella entraña la homogeneidad del pueblo, en favorecer una determinada idea directriz que vale igual para todos, mientras que la libertad representa la diversidad y la diferencia como conceptos liberales.

El desarrollo fundamental de Carl Schmitt³⁶ en el concepto de lo político se encuentra en la “*relación amigo-enemigo*”, en cuanto para permitir una mayor

31 *Ibíd.*, pág. 58.

32 *Ibíd.*, pág. 57.

33 *Ibíd.*, pág. 57.

34 Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, ob. cit., pág. 133.

35 *Ibíd.*, pág. 58.

36 *Ibíd.*, págs. 133 y 134. En cuanto a la definición de *enemigo*, dice Schmitt; “Etimológicamente resulta más difícil explicar la palabra alemana para ‘enemigo’, *Feind*. El diccionario de Grimm dice que su raíz está aún sin esclarecer. De acuerdo con los diccionarios de Paul,

72

homogeneidad de los miembros de la comunidad —como condición necesaria de la democracia— se debe obtener a través de la exclusión de quien es diferente a la identidad política común, es decir, mediante la eliminación del *enemigo*, entendido este no como el *enemigo* personal, ni el competidor en materia económica, sino el *enemigo político*. La homogeneidad política de la que habla Schmitt, busca disminuir los grupos dentro de un Estado con el objetivo de que ellos no lleguen a puntos de enemistad, esto es, que sus ideas los lleven a un punto de antagonismo total que se repare sólo con el triunfo de uno sobre el otro.

Por supuesto que predicar la homogeneidad política como lo hace Schmitt, es tremendamente discriminatorio y por tanto excluyente, en cuanto cada ser humano es diferente del otro en su pensamiento, ideología, manifestaciones culturales, forma de vida, gustos y qué no decir en lo social, cuando existen abismales diferencias en las posibilidades incluso de sobrevivir, que impone el sistema capitalista en el que unos tienen medios económicos y otros están privados de los mismos y muchas veces de las posibilidades de obtener incluso un trabajo asalariado.

Para Schmitt “toda democracia se basa en el hecho de que no solo lo igual tiene que ser tratado igual sino que necesariamente lo desigual no ha de ser tratado igual. A la democracia pertenece necesariamente, primero, la homogeneidad y, segundo —en caso primordial—, la exclusión o destrucción de lo heterogéneo (...). La fuerza política de una democracia se muestra en su capacidad para eliminar o alejar lo extraño y lo desigual”³⁷. Schmitt es partidario de la homogeneidad de todos en torno a un gobierno fuerte, asumido por aclamación colectiva y unánime de un presidente con plenas capacidades, con un ejército dominador y una administración burocrática poderosa, en el que la dictadura juega un papel determinante como único medio para lograr la homogeneidad³⁸. En ese orden de ideas, “la sociedad está lejos de tener la homogeneidad que pretenden autores como Schmitt y esa homogeneidad no se logra por la fuerza. Ni los regímenes más totalitarios lograron eliminar la diversidad cultural y la creatividad que atesora. Pero la democracia entendida schmittianamente

Cont. nota 36

Heyne y Weigand estaría en relación con *fijan* ‘odiar’ y significaría ‘el que odia’. No pretendo entrar en polémicas con los lingüistas, sino que quisiera atenerme simplemente a la idea de que por su sentido lingüístico origina el *Feind* es aquel contra el cual se inicia una *Fehde* (disputa, querrela, contienda). *Fehde* y *Feind* van juntos desde el principio. Según el *Grundriß des Germanischen Rechts* de Karl von Amira (3ª Edición, 1913, pág. 238) *Fehde* designa ‘en principio únicamente el estado de quien queda expuesto a una enemistad a muerte. Con el desarrollo de los diversos tipos y formas de *Fehde* va cambiando también la idea de enemigo, esto es, del adversario en la *Fehde*. La distinción medieval entre contienda caballeresca y no caballeresca (Cf. Claudius Frhr. von Schwerin, *Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte*, 1934, pág. 195) lo pone de relieve con la mayor claridad. La contienda caballeresca adopta formas fijas y conduce también a una aceptación agonal del adversario.

En otras lenguas el enemigo sólo se determina negativamente como el no-amigo. Así ocurre en las lenguas románicas, desde que a raíz de la Pax Romana universal, el concepto de *hostis* se fue desdibujando en el interior: *amicus-inimicus* *amico-nemico*, etc. En las lenguas eslavas el enemigo es también el no amigo: *prijat’el’-neprijat’el’*, etc. En inglés, el término *enemy* ha hecho caer completamente en desuso la palabra germánica *foe* (que en origen designaba únicamente al adversario en la lucha a muerte, y más tarde al enemigo en general)”.

³⁷ Garzón Valdés, Ernesto. *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2000, pág. 266, donde cita textualmente a Schmitt, Carl, *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, pág. 13 y ss.

³⁸ Díaz, Elías y Colomer, José Luis. *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza Editorial, 2002, pág. 302.

como identidad homogénea entre gobernantes y gobernados no es la única posible. Por el contrario, es posible una democracia pluralista *estable*. Pero ello requiere una comprensión diferente del orden y la obediencia”³⁹.

Aunque no referida propiamente a la homogeneidad pero sí al consenso en el cual puede estar incluida, se diría que Derrida hace una advertencia que tiene que ver con “los llamados a la amistad y a la concordia, a la pacificación y al consenso” en los cuales “también crecen los chantajes atómicos, los bloqueos económicos, los desembarcos y la violación de la soberanía de las naciones; todo ello bajo el amparo de un discurso moralizador y justiciero monopolizado por un centro que no se halla ahora en ninguna parte pero que, para Derrida, se hace más presente que nunca en un leguaje absolutamente excluyente del Otro, del *enemigo*: el discurso de las *políticas de la amistad* con Occidente”⁴⁰. En contra de la homogeneidad, Gadamer plantea que la alteridad implica reconocer en el disenso un elemento connatural de las tareas humanas, razón por la cual no se trata de abogar por sociedades homogéneas, uniformemente cohesionadas a través del consenso o reconciliadas totalmente, sino en promover la cultura de las diferencias, de la pluralidad, de reconocer la singularidad del otro, que permita encauzar los desacuerdos y los conflictos entre actores y sectores distintos, incluso contrapuestos de una misma sociedad⁴¹.

En Jakobs también está presente el concepto del *enemigo* desde el punto de vista político. El *enemigo* es “un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*. No es *otro* sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico penal, a diferencia del *hostis* de Schmitt. Si en mis consideraciones —dice Jakobs— me hubiera referido a Carl Schmitt, ello habría constituido una cita radicalmente fallida”⁴².

Con la anterior cita el profesor Jakobs desconoce que para su definición de *enemigo* recurriera a Carl Schmitt, en cuanto explica que mientras este se refiere al *enemigo* externo (*hostis*), él lo hace al *enemigo* interno (*inimicus*). No obstante se debe hacer claridad que Schmitt también se refiere al *enemigo interno* y lo coloca en equivalencia con el *enemigo externo*. Aunque Schmitt se refirió principalmente al *hostis*⁴³ como *enemigo* (externo), no desconoció al *inimicus*⁴⁴ (enemigo interno), al plantear que la tarea de un Estado normal consiste en lograr, por sobre todo, una pacificación completa

³⁹ Flax, Javier. *La democracia atrapada: una crítica del decisionismo*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2004, pág. 208.

⁴⁰ López Caballero, Adrián. “Políticas de la amistad”, en: *Revista Signos Filosóficos*, Unidad 12, enero-junio de 1999, N° 01, Tapalapa - México: Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma Metropolitana, pág. 243.

⁴¹ Galván, Maricruz y Pérez, Ana Rosa. “Pluralidad y disenso: puntos de convergencia entre dos tradiciones filosóficas distantes”, en: Margarita Cepeda y Rodolfo Arango (comp.). *Amistad y Alteridad*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2009, pág. 259.

⁴² Jakobs, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: Montealegre Lynett, Eduardo (coord.). *Derecho penal y sociedad*. T. II, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 112.

⁴³ *Hostis* viene etimológicamente de extranjero, designaba al país, ejército o pueblo enemigo.

⁴⁴ Entre los romanos el término *inimicus* se aplicaba exclusivamente a las enemistades *personales* o *privadas*.

dentro del Estado y su territorio, esto es en procurar “paz, seguridad y orden” para crear con ello la situación *normal* “que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general, ya que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede tener vigencia en una situación totalmente anómala por referencia a ella”⁴⁵. Esta necesidad de pacificación dentro del Estado tiene como consecuencia, en caso de situación crítica, que dicho ente como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo también al ‘enemigo interior’, ya sea mediante formas automáticas, formas abiertas u ocultas, o de eficacia regulada judicialmente por leyes especiales⁴⁶. En estos casos, el derecho público o privado, que tiene un ámbito relativamente autónomo, “puede ser utilizado en apoyo o en contra de alguna otra esfera”⁴⁷ (*amigo-enemigo*), y no tendría nada de ilegal o inmoral, atender el sentido político de esas utilizaciones, si el “imperio del Derecho” significa según Schmitt, “la legitimación de un determinado *status quo* en cuyo mantenimiento están lógicamente interesados todos aquellos cuyo poder político o ventaja económica poseen su estabilidad en el seno de ese derecho”⁴⁸.

El pensamiento de Jakobs va mucho más allá de la concepción de Schmitt sobre el enemigo. En el punto de la distinción del *enemigo*, la intervención del Derecho Penal —para el profesor Jakobs— debe comenzar por considerarlo *no persona*, mientras que Schmitt, considerado el jurista conservador, el teórico de la dictadura, no llegó a tal conclusión, al considerar que al *enemigo* no se le puede negar su condición humana y en ningún momento habló de la despersonalización del mismo⁴⁹. Sin duda alguna, “Jakobs asume la teoría de Schmitt no solo cuando, como él, atribuye al Estado el *ius belli*, esto es la posibilidad de determinar quién es el *enemigo* y combatirlo, de declarar la guerra y, en consecuencia de disponer de la vida de las personas; también cuando revela que la lucha contra el *enemigo* se despliega fuera de la Constitución civil, esto es, en el estado de naturaleza”⁵⁰.

Como lo hemos visto hasta ahora, la tradición filosófica no ha estado ajena a los conceptos de *amigo* y *enemigo* y aunque lo ha relacionado primero en términos personales, ha afirmado la amistad como núcleo de lo político.

45 Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, ob. cit., pág. 75.

46 *Ibid.*, pág. 75.

47 *Ibid.*, pág. 95.

48 *Ibid.*, pág. 95.

49 Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, ob. cit., pág. 83. “La humanidad como tal no puede hacer una guerra, pues carece de enemigo, al menos sobre este planeta. El concepto de humanidad excluye el del enemigo, pues ni siquiera los enemigos dejan de ser hombres, de modo que no hay aquí ninguna distinción específica. El que se hagan guerras en nombre de la humanidad no refuta esta verdad elemental, sino que posee meramente un sentido político particularmente intenso. Cuando un Estado combate a su enemigo político en nombre de la humanidad, no se trata de una guerra de la humanidad sino de una guerra en la que un determinado Estado pretende apropiarse del concepto universal frente a su adversario, con el fin de identificarse con él (a costa del adversario), del mismo modo que se puede hacer un mal uso de la paz, el progreso, la civilización con el fin de reivindicarlos para uno mismo negándose los al enemigo”.

50 Portilla Contreras, Guillermo. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal”, en: Portilla Contreras, Guillermo (coord.). *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2005, pág. 78.

Al contrario de los filósofos clásicos, en la actualidad los conceptos *amigo-enemigo* no son inmutables y pueden variar de acuerdo con las circunstancias y no están definidos de una vez ni para siempre. Pero en todo caso entrañan un profundo contenido político que dependerá del hoy o del lugar en que se invoque la amistad o la enemistad para efecto de un conflicto, de una norma o del Derecho Penal.

3. Antecedentes de los conceptos de amigo-enemigo en el derecho penal

3.1 El *amigo-enemigo* en el Derecho Penal de la monarquía absoluta

Fue en el siglo XV cuando se creó el discurso de una de las mayores “enemigas” de la humanidad: las brujas. Dos monjes inquisidores, Jacob Sprenger y Heinrich Kramer, publicaron en Alemania en 1486 el libro el *Malleus Maleficarum* (*El Martillo de las Brujas*) sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII, del 9 de diciembre de ese mismo año. El libro, que fue uno de los más leídos después de la Biblia, recomendaba como método para perseguir y enjuiciar a las brujas, la tortura. Como lo afirma el profesor Zaffaroni, el *Malleus* era un discurso completamente misógino, que reforzaba la centralidad romana y la subordinación de la mitad de la humanidad, las mujeres consideradas como seres inferiores⁵¹. En nombre del bien los inquisidores ejecutaron a miles de “brujas” y los investigadores que utilizaban todo tipo de promesas y ardides para demostrar la supuesta brujería, siempre estuvieron amparados e inmunes, a pesar de las arbitrariedades cometidas. A estos, como *amigos* del sistema y funcionales a este, el Derecho Penal nunca los persiguió; fueron excluidos de facto.

En la Europa posterior del siglo XV en adelante imperaba un Derecho Penal correspondiente a un Estado absolutista. Sus características principales están dadas por una manifiesta desigualdad en la aplicación de la ley penal.

El rigor del Derecho Penal estaba determinado por la mayor o menor proximidad social del delincuente en relación con el monarca. Entre mayor posición social y poder económico, no solamente se protegía a la nobleza, sino que se llegaba a imponer penas ridículamente leves por conductas graves, y una vez condenado de tan suave manera, los nobles tramitaban la petición de indulto. Beccaria (1764), caracterizó el Derecho Penal de la época de los monarcas en la Europa de los siglos XVI en adelante, en la que describe la tendencia de persecución al *enemigo* por “frívolos pretextos” o

⁵¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos”, en: Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, pág.164.

76

la impunidad del *amigo* por más que existieran indicios fuertes de culpabilidad. En su famosa obra *De los delitos y de las penas*, Beccaria señala que “un error no menos común que contrario a la finalidad social, que es el convencimiento de la seguridad propia, es dejar que el magistrado ejecutor de las leyes sea dueño de aprisionar a un ciudadano, de quitar la libertad a un *enemigo* suyo por frívolos pretextos o de dejar impune a un *amigo* a despecho de los indicios más fuertes de culpabilidad”⁵².

3.2 El *amigo-enemigo* en el Derecho Penal liberal

Con el triunfo de la Revolución Norteamericana de 1776 y en especial de la Revolución Francesa de 1789, ascendió la burguesía al poder político. Aunque la revolución burguesa representó un Derecho Penal humanizado y más igualitario, pocos cambios representó para los extraños, para los *enemigos*⁵³. “Dado que la pena de muerte continuó aplicándose a los *criminales graves* (asesinos) y a los *disidentes* (la *Comuna de París*, por ejemplo), estos individuos seguían sin ser un problema. Las mayores dificultades —como hemos señalado— se manifestaron frente a los *molestos*, cuyo número aumentó con la concentración urbana, siendo necesario domesticarlos para la producción industrial y neutralizar a quienes se resistían. Como no era tolerable continuar matándolos en las plazas, debieron buscarse otras formas de eliminación: se les encerró en prisiones (con altas tasas de mortalidad) sometidos a juicios interminables con las consabidas medidas de neutralización en forma de prisión preventiva o provisional, o bien se los deportó (especialmente por Gran Bretaña y Francia pero también en la Argentina), o sea que, si bien la prisión reemplazó en muchos casos a la muerte y formalmente se convirtió en la columna vertebral del sistema penal, fue una verdadera pena de muerte por azar en las metrópolis, al igual que la pena de deportación que reemplazó a la *leva*⁵⁴ y a las galeras cuando estas se volvieron insostenibles en razón de la profesionalización de los ejércitos y de la introducción de la navegación a vapor”⁵⁵.

No obstante la dureza de la revolución, progresivamente “el Derecho Penal del Estado liberal fue más justo, más técnico, menos severo que el de la Monarquía absoluta. . . . la ley penal del Estado liberal protegió la pacífica convivencia en sociedad de manera menos opresiva, reduciendo el catálogo de delitos, disminuyendo la crueldad de las penas, mejorando el aparato técnico-jurídico de la época anterior, ocupándose no solo del delito sino del delincuente”⁵⁶. La influencia liberal permitió el desarrollo de la igualdad formal ante la ley, el principio de legalidad de los delitos

52 Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*, ob. cit., pág. 132.

53 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires, ob. cit., pág. 43.

54 La leva era una especie de reclutamiento forzado para las filas del ejército de sectores marginales de la sociedad como delincuentes, prófugos, vagabundos y personas ociosas.

55 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*, ob. cit., págs. 43 y 44.

56 Tomás y Valiente, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta*, ob. cit., pág. 408.

y de las penas, el principio de proporcionalidad como desarrollo de la igualdad y otros pilares que constituyen la base de la evolución del Derecho Penal moderno, que hoy son puestos en peligro por la amenaza del retorno a criterios absolutistas aunque sin monarquías. Por razón del principio de igualdad, desde el punto de vista jurídico no caben distinciones entre *amigo*, *enemigo* y *ciudadano* como destinatarios del Derecho Penal.

Se creyó entonces que con esta igualdad formal quedaba saldada cualquier posibilidad de que la ley se aplicara con desventajas o con preferencias. No habría discriminación entre el *amigo* y el *enemigo*, y a todos los alcanzaría la ley penal por igual.

No obstante que la igualdad es uno de los grandes postulados del Derecho Penal del liberalismo político, también ha sido cuestionado desde la criminología y colocado como uno de los grandes mitos del Derecho Penal⁵⁷. Pero al mismo tiempo debemos preguntarnos si debemos renunciar a esa aspiración social de lograr la igualdad por cuenta de que los conceptos de *amigo* y *enemigo* han permanecido en el Derecho Penal como unas rémoras, desde la época del absolutismo en mayor o menor grado, para emerger como un as debajo de la manga cada que los legisladores, por cualquier necesidad política, recurren a ellos en forma no expresa, para favorecer o para perseguir según el caso. Los conceptos de *amigo* y *enemigo* debieran haber sido expulsados del Derecho Penal y no permanecer en este en forma larvada para ser utilizados cada vez que se necesiten por el gobernante de turno, por ser incompatibles con el Estado de derecho, que por lo menos teóricamente no admite discriminaciones y aspira a que no se hagan.

3.3 El *amigo-enemigo* en el Derecho Penal fascista

En las páginas negras de la historia está escrita la del Nacional Socialismo alemán, en la que el Derecho Penal no tuvo límites en su ejercicio y se demolió toda la tradición jurídica que hasta ese momento se traía, para dar paso a la justificación y sustentación del régimen nazi, con “novedosos” criterios jurídicos que lo convirtieron en un instrumento de persecución y de contención. Además de la “Ley sobre el delincuente habitual” (1933) que proporcionó los primeros contingentes de los recién instalados campos de concentración, los judíos-alemanes fueron considerados *no ciudadanos* (Ley del 15 de julio de 1933)⁵⁸ y por la vía de

⁵⁷ Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. 4ª edición en español, México: Siglo XXI Editores, 1993, págs. 167 a 172.

⁵⁸ Nizkor. El programa del Partido Nazi, proclamado por Hitler el 24 de febrero de 1920, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-03/tgmwc-03-21-01-sp.html>. (Consulta 4 de febrero de 2009). Contenia los elementos claves del plan nazi de dominación y conquista. En el Anuario de 1943 publicado por el Partido y editado por el difunto Robert Ley, se incluye los famosos 25 puntos del Partido. Se cita el concerniente a la privación de la condición de ciudadanos de los judíos.

esa odiosa discriminación fueron vistos como *enemigos* y eliminados millones de seres humanos por la única condición de pertenecer a la raza judía. Los gitanos y disidentes políticos fueron equiparados a esos “extraños a la comunidad”, como también los *asociales*, esto es los delincuentes reincidentes, los homosexuales, los alcohólicos crónicos, los deficientes mentales, entre otros.

En junio de 1935 se produjo la reforma al Código Penal alemán, que introdujo la analogía en perjuicio del acusado, cuando “el sano sentimiento del pueblo alemán” así lo exigiese, como también la castración por algunos delitos sexuales. Y meses después se dieron a conocer las Leyes de Nüremberg, que les prohibió a los judíos casarse o tener relaciones sexuales con personas “alemanas o de sangre alemana.” En septiembre de 1939 entró en vigor el “código penal especial de guerra”, aplicable también a civiles, que decretaba la pena de muerte para cualquiera que “intentase desmoralizar a las fuerzas armadas”.

Como se sabe, fueron millones las personas asesinadas por los nazis y como consecuencia de estos crímenes fueron muchos los enjuiciados en el Tribunal de Nüremberg. Si no hubiera sido por el triunfo de los aliados, los autores de semejante afrenta contra la humanidad no hubieran sido sometidos a juicio y sus crímenes hubieran quedado impunes gracias a la protección penal de un régimen oprobioso (Derecho Penal del amigo) que de antemano permitió las masacres en nombre de la pureza de la raza aria.

Al mismo tiempo que el régimen nazi utilizó el Derecho Penal como un mecanismo feroz de persecución, por otra parte desarrolló mecanismos de protección para sus fieles servidores y amigos mediante amnistías sucesivas que comenzó con la ordenanza alemana de 21 de marzo de 1933 que amnistió los delitos cometidos por todos aquellos que lucharon “*por la instauración del nacionalsocialismo*”, incluidos los homicidios⁵⁹; la Ley del 23 de abril de 1936 que la otorgó por crímenes cometidos “*en su afán por luchar por los ideales nacionalsocialistas*”⁶⁰ o la de 9 de septiembre de 1939 en el mismo sentido. En la postguerra también se expidieron sucesivas leyes de amnistía, en un afán de borrar el pasado de muerte y de olvidar los horrores del nazismo. El Derecho Penal del amigo había cumplido con su misión de favorecimiento.

Cint. nota 58

Punto 4:

“Sólo puede ser ciudadano un miembro de la raza. Sólo puede ser miembro de la raza aquel que sea de sangre alemana, sin consideración a su religión. Por tanto, ningún judío puede ser miembro de la raza”.

Entre otras leyes del Gabinete, este punto se puso en práctica por medio de la ley del 15 de julio de 1933 para la retirada de la naturalización y la privación de ciudadanía a estas *personas*, Reichsgesetzblatt de 1933, Parte I, pág. 480.

⁵⁹ Guzmán Dalbora, José Luis. “De la extinción de la responsabilidad penal”, en: *Texto y comentario al Código Penal Chileno*. Tomo I, obra dirigida por Sergio Politoff y Luis Ortiz Quiroga, Coordinador Jean Pierre Matus, Chile: Editorial Jurídica, 2002, pág. 446.

⁶⁰ The International Military Tribunal. *The Trial of German Major War Criminals*. Nuremberg - Germany, Vigésimo primer día: lunes 17 de diciembre de 1945, en The Niskor Project.

<http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-03/tgmwc-03-21-12-sp.html/> (consulta del 1º de julio del 2010).

En otro escenario —España—, fue expedida por la dictadura fascista de Franco una serie de instrumentos jurídicos encaminados a cubrir con un manto de legalidad la eliminación física y política de la oposición: Ley de responsabilidades políticas (1939), Ley de represión de la *masonería y el comunismo*⁶¹ de 1º de marzo de 1940, Ley de seguridad del Estado (1941), Reforma del Código Penal (1944), Código de Justicia Militar (1945) y leyes sobre delitos de bandidaje y terrorismo (1943 y 1947). Estas duras leyes contrastaron con la Ley de amnistía que el régimen franquista dictó el 23 de septiembre de 1939 mediante la cual quedaron eximidos de responsabilidad penal, por los delitos cometidos entre el 14 de abril de 1931 y el 18 de julio de 1936 las *“personas respecto de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre que por aquellos hechos que por su motivación político social pudieran estimarse como protesta por el sentido antipatriota de las organizaciones y Gobierno que con su conducta justificaron el alzamiento”*. De esta forma se declaró la impunidad para los delitos cometidos por los *amigos* del franquismo. Hoy existe un movimiento tendiente al juicio histórico contra ese régimen dictatorial, que encuentra oposición incluso judicial como en el caso del procesamiento del Juez Baltazar Garzón por prevaricato, por haberse declarado competente para juzgar a los criminales del franquismo y desconocer la referida Ley de amnistía.

4. El enemigo en el derecho penal de Jakobs

Como antecedentes próximos se puede ubicar la dura posición de Franz von Liszt, en el célebre Programa de Marburgo (1882) y la posición de Edmund Mezger (1943), penalista al servicio del régimen nazi de Hitler. Von Liszt habló de la tarea

⁶¹ En su artículo N° 12 estableció la creación y composición del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo. Las penas iban desde la incautación de bienes hasta la reclusión mayor. Los masones, aparte de las sanciones económicas, quedaban automáticamente separados de cualquier empleo o cargo de carácter público. Se establecieron penas de veinte a treinta años de prisión para los grados superiores, y de doce a veinte para los cooperadores. Suprimido el 8 de febrero de 1964, pero gran parte de sus funciones se habían transferido al Tribunal de Orden Público creado en 1963. El artículo 1º señalaba:

“Todo español o extranjero residente en España que antes del día 2 de marzo de 1940 haya ingresado en la Masonería está obligado a formular ante el Gobierno una declaración-retractación comprensiva de los siguientes extremos:

1. Nombre, apellidos, estado civil, vecindad, domicilio y profesión del interesado, con expresión de la categoría, clase y empleo si se trata de militar o funcionario.
2. Cargos o destinos que desempeña en la actualidad en el Estado, corporaciones públicas u oficiales, entidades subvencionadas y empresas concesionarias, incluso en consejos de administración.
3. Declaración del lugar y la fecha en que ingresó en la Masonería y de la *persona* por quien fue iniciado.
4. Nombre simbólico que tuvo y grado que alcanzó.
5. Jefes o grados superiores a los que está subordinado.
6. Talleres, logias o grupos a los que ha pertenecido.
7. Sesiones o reuniones a que ha asistido con expresión especial de las asambleas ordinarias o extraordinarias, nacionales o internacionales.
8. Cargos o comisiones que ha desempeñado en la secta.
9. Razones que tuvo para ingresar.
10. Información o datos interesantes sobre actividades de la secta, sobre jefes o compañeros en ella del declarante y sobre extremos que puedan servir con eficacia a la represión de la Masonería”.

político-criminal más urgente en relación con los *delinquentes habituales*, por tendencia, reincidentes, a los que llamó “los *irrecuperables*”, a los que catalogó como los “*enemigos fundamentales del orden social*”. Dijo el profesor von Liszt que “tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social. (...) Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos, alcohólicos, rufianes y *demimondaines* (gente del mundo galante) en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de *enemigos* fundamentales del orden social, en cuyas tropas más distinguidas reconocen filas estos delinquentes”⁶². Las consecuencias jurídicas para este tipo de delinquentes irrecuperables, von Liszt propuso la reclusión por tiempo indeterminado (prisión perpetua), la cual debía cumplirse en “recintos especiales (presidios)”, la cual consistiría en una “servidumbre penal”, “bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. Como sanción disciplinaria, la pena corporal (los azotes) sería casi inevitable. Una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos debiera señalar el carácter incondicionalmente deshonoroso de la penal. La reclusión individual solamente operaría como sanción disciplinaria, combinada con reclusión en cámara oscura y ayuno estricto”⁶³. Curiosamente este proyecto no fue acogido inmediatamente sino hasta el año de 1933, en pleno periodo nazi, en la Ley sobre el delincuente habitual de 29 de noviembre, que fue introducida en el Código Penal.

Por su parte el penalista conservador Edmund Mezger, quien desarrolló la teoría de “la culpabilidad por la conducción de vida”, también se mostró partidario de agravar las penas para los reincidentes y habló de dos (o más) Derechos Penales; un “Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora)” y “un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como por ejemplo los delinquentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse la persona en cuestión. (...) Una vez se realice la inclusión el ‘Derecho especial’ (es decir la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas (...) Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un ‘nuevo comienzo’”⁶⁴. Desde esa época se pensaba en una ruptura con la concepción liberal del derecho que imperaba casi por unanimidad.

62 Von Liszt, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. México: UNAM, 1994, pág. 116.

63 *Ibid.*, págs. 121 y 122.

64 Muñoz Conde, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pág. 236.

Desde el año de 1985 el alemán Günther Jakobs, profesor emérito de la Universidad de Bonn, expuso un concepto doctrinal y político-criminal sobre la penalización de conductas en la fase previa a la lesión de bienes jurídicos y luego lo hizo de manera más desarrollada en 1999 en el Congreso de Profesores de Derecho Penal en Berlín y en otros escritos más recientes ha desarrollado varios importantes trabajos sobre el tema del *derecho penal del enemigo*, tesis novedosa que admitió que el Derecho Penal no da un tratamiento igual a los individuos de la especie humana, sino que por el contrario, establece diferenciación entre los ciudadanos considerados como personas y los *enemigos* considerados como *no personas*.

El *derecho penal del enemigo* comienza por identificar dos destinatarios distintos de la ley penal: el *ciudadano* y el *enemigo* para darles un trato desigual, con mayor drasticidad para el segundo.

Para Jakobs se considera *ciudadano* el *delincuente de carácter cotidiano*⁶⁵ o la *persona que delinque, que ha cometido un error*⁶⁶; el *ciudadano* es la *persona en derecho*, entendida como una *persona competente* a la que se le contradice su hecho a través de la pena⁶⁷.

Por su parte, el *enemigo* es el individuo que es *fuelle de peligro*⁶⁸, *foco de peligro*⁶⁹, el *individuo peligroso*⁷⁰, o aquel que *reincide persistentemente en la comisión de delitos*⁷¹, *el autor por tendencia o que está imbricado en una organización*,⁷² *el rebelde*⁷³ o *quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden*⁷⁴, *el adversario cuya actitud es por principio hostil*⁷⁵ o *el que se comporta permanentemente como un diablo se convierte en un enemigo*, es decir en una *no-persona*⁷⁶. Como claro ejemplo del *enemigo* es el *terrorista –adversario por principio–*⁷⁷, *el terrorista que asesina y aborda otras empresas*⁷⁸.

65 Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 30.

66 *Ibid.*, pág. 34. Es la *persona* que actúa erróneamente (pág. 30).

67 *Ibid.*, págs. 18 y 19.

68 *Ibid.*, pág. 18.

69 Jakobs, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 50.

70 Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 30.

71 *Ibid.*, pág. 24.

72 *Ibid.*, pág. 30.

73 *Ibid.*, pág. 18.

74 *Ibid.*, pág. 30.

75 Jakobs, Günther. “¿Terroristas como *personas* en derecho?” en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coord.). *Derecho Penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, traducción de Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires: Euros Editores, 2006, pág. 84.

76 Jakobs, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, ob. cit., pág. 46.

77 Jakobs, Günther. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, ob. cit., págs. 17 y 36.

78 *Ibid.*, pág. 30. Como ejemplos de “enemigos” Jakobs señala a la criminalidad organizada representada en los grupos terroristas, los dedicados al tráfico de drogas, criminalidad económica (pág. 29).

Aunque el mayor énfasis lo hace Jakobs en relación con los terroristas, los autores del tráfico de drogas y de la criminalidad económica, dentro del concepto de *enemigos* caben otros individuos que cada sociedad los identifica como tales, como por ejemplo los delincuentes sexuales, los agentes de la violencia intrafamiliar y otros miembros de organizaciones criminales, de tal forma que como ciudadanos se podría llegar a considerar solamente los delincuentes ocasionales que no tengan que ver con conductas graves o que socialmente no se consideren peligrosos, quienes podrían llegar a ser un mínimo en relación con los señalados como *enemigos*. Como señala el profesor Zaffaroni “los estereotipos de quienes son mostrados como *enemigos* de la sociedad corresponden a todos los excluidos del actual momento de poder planetario (conocido como *globalización*) y que se concentran según grupos que resultan *molestos* en diferentes localizaciones geográficas (inmigrantes en países desarrollados o menos subdesarrollados; desocupados o contestatarios en los países pobres; desplazados económicos, políticos o bélicos; los *extraños*, etc.). Con frecuencia se agregan los que, por su conducta de vida, se hacen sospechosos de no compartir las metas proclamadas por el sistema (según las circunstancias pueden ser grupos disidentes o minorías políticas, sexuales, consumidores de algún tóxico, etc.)”⁷⁹.

No obstante, admite Jakobs, que es difícil pero no imposible determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría. La precisión se dificulta aún más cuando se dice que un *enemigo* puede ser *total* (absoluto) o *parcial* y para esta distinción trae como ejemplo que el criminal organizado puede ser un padre de familia conmovedor y un cuidadoso conductor de automóviles que odia la violencia y ama a los animales, pero la sociedad no puede contentarse con esperar los hechos que producirá su organización⁸⁰. Serán *enemigos* parciales o totales “los autores que se han alejado del derecho de modo probablemente no solo pasajero, que se han alejado en cuanto actitud, dicho con mayor exactitud: por falta de actitud, como es el caso, por ejemplo, respecto de algunos delincuentes sexuales”⁸¹. Como ya se anotó *supra*, en la época del nazismo esta ideología elevó a su condición de *enemigos absolutos* a los judíos y a otros tantos como los gitanos, los homosexuales, las personas con defectos físicos o discapacitadas, los disidentes políticos y propendió por su eliminación física total, porque en ellos no se veía un enemigo político o un adversario ideológico, sino una amenaza para la raza aria y el pueblo alemán. Según esas concepciones, frente al enemigo absoluto solo queda la eliminación física y en otros se acepta la rendición incondicional.

Desde otro punto ideológico contrapuesto, también el marxismo desarrolló el concepto de *enemigo absoluto* que lo identificó a partir del antagonismo de

79 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*, ob. cit., pág. 156.

80 Jakobs, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, ob. cit., pág. 109.

81 *Ibid.*, pág. 109.

clases sociales entre la burguesía y el proletariado, en que la primera es la clase dominante, dueña de los medios de producción y del capital, explotadora del hombre por el hombre y detentadora del poder económico-político, y el proletariado, por el contrario, es el desposeído, sin poder y únicamente dueño de la fuerza de trabajo que vende para poder subsistir, lo que ubica a las dos clases sociales con intereses sociales opuestos, que las define como clases enemigas⁸². Los antagonismos de clase, según el marxismo, obligan al proletariado a desarrollar una guerra absoluta para lograr la toma del poder, el rompimiento de la estructura social capitalista y la construcción del socialismo, y una vez en este proceso se considera *enemigo absoluto* a todo aquel que se oponga a la revolución por ser *enemigo del pueblo* y contra revolucionario.

La dificultad para la distinción podría llevar a que los operarios de la justicia se vieran enfrentados a valoraciones subjetivas y ambiguas, hasta el punto de no saber a ciencia cierta cuándo darles el trato de *ciudadano* o de *enemigo*, o parcialmente del uno como del otro, o de ambos a la vez, o cuándo es un *enemigo total*, es decir, un *enemigo absoluto* o un *enemigo parcial*. Este “derecho” resulta contrario a los principios de legalidad y de taxatividad, a menos que se persiga dejarlo en la generalidad y la ambigüedad para que se pueda administrar discrecionalmente por fiscales, jueces y policías.

Además de los presupuestos básicos para la determinación del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), por lo menos dentro de la culpabilidad tendría que establecer otro elemento, acerca de si el individuo tiene o no *seguridad cognitiva* (fidelidad al derecho) o disponerse de alguna corroboración cognitiva para definir si debe ser tratado o no como *persona*, como *enemigo* parcial o total, o se tendría que recurrir al expediente de su presunción en determinados delitos, con el riesgo de la inversión de la carga de la prueba y el desconocimiento del principio de presunción de inocencia.

El sólo hecho de hacer una distinción entre individuos (*ciudadano y enemigo*) para efectos del Derecho Penal, suscita de entrada claras divergencias entre un *derecho penal liberal* y el llamado *derecho penal del enemigo*. Y las divergencias empiezan desde lo semántico hasta lo más profundamente ideológico.

Por otra parte, aunque hemos visto que en la filosofía y en la política se ha desarrollado la relación *amigo-enemigo*, con trascendencia para el Derecho Penal,

⁸² Marx, Carlos y Engels, Federico. *El manifiesto del partido comunista*, Quito, Libresa, 2004, pág. 23. Sobre los antagonismos de clase dice: “Toda la sociedad va dividiéndose, cada vez más, en dos grandes campos enemigos, en dos grandes clases, que se enfrentan directamente: la burguesía y el proletariado”. En igual sentido, V. Lenin, I. *El Estado y la revolución*. Pekín: Ediciones en lenguas extranjeras, 1971, pág. 11. Dice Lenin: “... la sociedad civilizada se halla dividida en clases enemigas, y además irreconciliablemente enemigas, cuyo armamento ‘espontáneo’ conduciría a la lucha armada entre ellas”.

el profesor Jakobs no reconoce sino la categoría de *enemigo* en las dimensiones que se expuso antes; se refiere a la del *ciudadano* para identificar al destinatario común del Derecho Penal y desconoce totalmente el concepto de *amigo* como sujeto de la contradicción dialéctica del concepto de *enemigo*, o como antónimo o antípoda del mismo, de tal forma que para el Derecho Penal que pregona es completamente inexistente y de ninguna importancia. Desde el punto de vista dialéctico, es incoherente la concepción del profesor Jakobs de un derecho penal selectivo, porque la existencia de un *derecho penal del enemigo* permite inferir la existencia de otro derecho, el penal del amigo. En el centro se situaría el Derecho Penal común que Jakobs llama el del ciudadano, y en los extremos, dos formas de Derecho Penal selectivo, el *derecho penal del enemigo* y el *derecho penal del amigo*.

El desconocimiento de la existencia de un *derecho penal del amigo* por parte del profesor Jakobs se puede intentar explicar, si tenemos en cuenta que su punto de partida es la realidad alemana de ahora y por supuesto, las condiciones sociales y políticas son completamente diferentes a las latinoamericanas y particularmente muy distante de la realidad colombiana. Conocemos que en Colombia hay un conflicto interno político y militar con más de cincuenta años, con presencia de la guerrilla y su proyecto político de acceder al poder para hacer una revolución hacia el socialismo; por otra parte, el Estado colombiano ha enfrentado política y militarmente a la guerrilla, con un aliado, un *amigo*, constituido inicialmente por fuerzas irregulares que correspondieron a estructuras agrupadas bajo las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia, conocidas como organizaciones *paramilitares* (antes contraguerrillas), las cuales, después de un proceso de desmovilización, han continuado su accionar bajo otros nombres como Águilas Negras, que son bandas emergentes de naturaleza paramilitar que siguen con el mismo objetivo de enfrentar a la guerrilla colombiana, considerada como su *enemiga*.

No obstante, si se mira el Derecho Penal alemán de la época del nazismo, quienes cometían conductas desviadas como el homicidio de judíos, no eran siquiera destinatarios de la ley penal, lo que indica la existencia en esa época de un Derecho Penal del amigo, excluyente de quienes ejercitaban el poder, como también hoy es posible, la exclusión en los procesos de criminalización secundaria de la Alemania actual.

El desconocimiento de una realidad no implica que desde el punto de vista iusfilosófico se pueda desconocer la existencia de la categoría de *amigo* para el Derecho Penal cuando se habla del *enemigo*, lo que significa una inconsistencia teórica en la posición del profesor Jakobs. Si se admite la existencia de un Derecho Penal del enemigo, ha de admitirse dialécticamente la existencia de un Derecho Penal del amigo, en cuanto históricamente está demostrado que la persecución drástica del enemigo no puede existir sin la protección benévola de quienes defienden el establecimiento o son sus aliados.

Ese *amigo* del Estado que se ha dado en el panorama colombiano y en otras realidades, y que ha sido destinatario de normativa penal especial, permite constatar que existe también un *derecho penal del amigo*.

4.1 Ciudadano es equivalente a *persona*, *enemigo* a *no persona*

Para el profesor de Bonn, *persona* es algo distinto de un *ser humano*, porque este es el resultado de procesos naturales (realidad natural según Kelsen), mientras que el concepto de *persona* es un producto social (de lo contrario nunca podría haber existido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas)⁸³. La personalidad atribuida al ser humano es una construcción exclusivamente normativa que es irreal para Jakobs (derecho postulado)⁸⁴ y que sólo será real (estructura normativa real) cuando las expectativas que se dirigen a una *persona* también se cumplan en lo esencial⁸⁵. En resumen, en el mundo de las ciencias naturales no hay personas: estas son construcciones del mundo ordenado normativamente y han de concebirse como titulares de deberes y derechos⁸⁶.

Para la fundamentación de la teoría sobre *derecho penal del enemigo*, Jakobs establece en relación con los delincuentes, la distinción entre *ciudadanos* con la calidad de personas y la de *enemigos* bajo la condición de *no personas*, para dispensarles un trato diferente. Todos —dice Jakobs— deben ser tratados como *personas en derecho*, como portadores de derechos y deberes, siguiendo una larga tradición, a lo que se debe añadir otra consideración para que se mantenga el estatus de *persona*, “siempre que aquellos ‘todos’ cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir que no puedan resultar peligrosos”⁸⁷. Al ciudadano⁸⁸ se le considera como *persona* y se le da ese trato; al fin y al cabo —dice Jakobs— el concepto de *persona* es una construcción exclusivamente normativa del derecho.

Como el *enemigo* no presta *seguridad cognitiva* —según Jakobs— no se le puede dar el mismo trato que recibe el ciudadano considerado como *persona*, porque está

⁸³ Jakobs, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, ob. cit., pág. 20.

⁸⁴ Jakobs, Günther. *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, ob. cit., pág. 102. Dice Jakobs: “Postular un derecho y tener un derecho no es lo mismo y sólo esto último, el derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente”.

⁸⁵ Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 34.

⁸⁶ Jakobs, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, pág. 37.

⁸⁷ Jakobs, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, ob. cit., pág. 101.

⁸⁸ Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, ob. cit., págs. 34 y 35. Dice el profesor Jakobs: “Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una *persona* (se esperan de una *persona*) también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una *persona* también puede ser construida contrafácticamente como *persona*, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento *personal*, no sólo no puede esperar ser tratado aún como *persona*, sino que el Estado *no debe* tratarlo ya como *persona*, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás *personas*. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado *derecho penal del enemigo*; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una Constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los *enemigos*”.

vulnerando el derecho a la seguridad de las demás *personas*. Con esta concepción, a las voces de Kant, se instrumentaliza al ser humano, se le consideraría para efecto del Derecho Penal una “cosa”, planteamiento que resulta contradictorio en sí mismo, porque las cosas no son objeto de juzgamiento, sino las *personas*.

Sobre la base de esta distinción entre *ciudadano* y *enemigo* para efectos de la creación y aplicación del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, el primero gozará de los derechos propios de la *persona*, al paso que el *enemigo* será considerado como *no persona* o *individuo peligroso*.

Resulta también incongruente que desde el punto de vista normativo penal se le dé al *enemigo* el trato de *no persona* (cosificación), pero que para efecto de procesarlo y condenarlo sí tenga la calidad de *persona*. En esto radica la ausencia de pureza en las dos categorías que distingue el profesor Jakobs.

4.2 Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del *enemigo*

Señala Jakobs que el vínculo entre *personas* que son a su vez titulares de derechos y deberes se denomina “derecho”, mientras que la relación con un *enemigo* no se determina por el derecho sino por la coacción. Se puede ver, según Jakobs, *personas* que delinquen, que han cometido un error (*ciudadanos*), o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico (*enemigos*)⁸⁹. Esto plantea la existencia de dos tendencias en el Derecho Penal: Un Derecho Penal ordinario o si se quiere común bajo la denominación de *derecho penal del ciudadano* y una reglamentación de naturaleza “técnica” que le permite al Estado adoptar medidas para controlar fuentes de peligro, bajo la denominación de *derecho penal del enemigo*.

En síntesis, el profesor alemán plantea que “*el derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física, hasta llegar a la guerra*”. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al *enemigo* de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el *enemigo* no significa nada, sino solo coacciona. *El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo*

⁸⁹ Jakobs, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 34.

(en sentido amplio: incluyendo el derecho de las medidas de seguridad) *combate peligros* –con toda certeza existen múltiples formas intermedias”⁹⁰.

4.3 Características del Derecho Penal del enemigo

El *derecho penal del enemigo* se caracteriza por tres elementos:

El primero, mediante la tipificación como punibles de conductas que están en la fase preparatoria y que constituyen un riesgo o amenaza potencial, al igual que una intervención estatal anticipada para inocular esas conductas, o en palabras del profesor Cancio Meliá⁹¹ “se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido)”. Así entendido el *Derecho penal del enemigo*, a partir de una sola de las características, ha sido calificado como un “derecho penal de la puesta en riesgo” de características antiliberales⁹². El *derecho penal del enemigo* no solo examinaría los hechos ya cometidos, sino que se anticiparía a los hechos futuros, es decir reaccionaría antes de que el hecho se exteriorice, como una seguridad anticipada que se denomina “pena”⁹³.

En segundo lugar, “las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada”⁹⁴. Para el profesor Jakobs, de conformidad con los tipos penales correspondientes, la finalidad de la pena frente al *enemigo* no es la de preservar la vigencia del ordenamiento jurídico sino la de *garantizar la seguridad*. El *enemigo* que se ha socializado en una cultura hostil a la existente, se le debe aplicar la coacción, no para cambiarlo como *enemigo*, sino para cambiar sus *circunstancias vitales*, cambiar su vida (lo que implica no reconocerlo como *persona*), en orden a alcanzar una finalidad diferente de la pena, para compensar ese déficit existente de seguridad cognitiva (su hostilidad por principio)⁹⁵. Desde el punto de vista práctico, la pena contra el *enemigo* debe permitir la *prevención especial segura*, mediante el aseguramiento del autor, bien a través de una custodia de seguridad identificada como tal, o mediante una pena privativa de la libertad que garantice tal aseguramiento, que sea correspondientemente extensa, con base en el solo peligro existente⁹⁶, es decir, mediante el aislamiento

90 *Ibid.*, págs. 24 y 25.

91 Cancio Meliá, Manuel. *¿“Derecho Penal” del Enemigo?*, ob. cit., pág. 54.

92 *Ibid.*, pág. 44.

93 Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., págs. 31 y 32.

94 Cancio Meliá, Manuel. *¿“Derecho Penal” del Enemigo?*, ob. cit., pág. 54.

95 Jakobs, Günther. “¿Terroristas como *personas* en derecho?”, ob. cit., pág. 84.

96 *Ibid.*, pág. 85.

para que no pueda cometer delitos fuera del centro penitenciario durante el tiempo efectivo de privación de la libertad.

En tercer lugar, “determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”⁹⁷.

En la perspectiva de un *derecho penal del enemigo* los métodos de investigación y las regulaciones del proceso penal “no están orientados tanto hacia la averiguación de hechos pasados —los hechos cometidos con frecuencia son tan sólo el detonante concreto, y no la razón de fondo de las diligencias— como a la evitación de ulteriores hechos delictivos”⁹⁸, de tal forma que el Derecho de Policía que le incumbe la defensa frente a riesgos, no se puede excluir del *derecho penal del enemigo*.

Desde la perspectiva del derecho del ciudadano a la seguridad, como parte de la vigencia real del Derecho, Jakobs considera que frente al *enemigo* se deben dar unas regulaciones más extremas, dirigidas a la eliminación de *riesgos terroristas*, que permita la limitación a la libertad de conducta del *enemigo*, lo que implica que el Estado permita ciertas “instituciones” y “medidas” como por ejemplo la *privación preventiva de la libertad* para neutralizar al *enemigo* cuando significa un riesgo y su *incomunicación* para evitar que entre en contacto con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de las *personas*; y en materia investigativa que se pueda realizar el interrogatorio más allá de los límites establecidos (*duro interrogatorio* en palabras de Jakobs y *técnicas de interrogatorio agresivas* en palabras del entonces presidente Bush) por ejemplo en el caso de terroristas, cuya intervención al menos en la planificación haya quedado demostrada, quienes “serán obligados a revelar grandes riesgos”⁹⁹: Otro mecanismo sería permitir las escuchas masivas (interceptaciones telefónicas masivas), infiero, sin necesidad de órdenes judiciales; también los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos más. Para el profesor alemán es la utilización de un procedimiento de guerra, en aquel Estado en que se cometan actos terroristas.

Este *derecho penal del enemigo* permite, como lo demuestra la experiencia, la aplicación de formas de reclusión que desconocen los principios de legalidad y del debido proceso, como sucede actualmente con los afganos presos en Guantánamo o en cárceles secretas de la CIA por todo el mundo, sin respetar los derechos mínimos de los reclusos reconocidos internacionalmente como por ejemplo en el Estatuto de los Prisioneros de Guerra de la Convención de Ginebra, o la prevención mediante la utilización de la coacción (tortura) con fines de obtener la confesión¹⁰⁰.

97 Cancio Meliá, Manuel. ¿“Derecho Penal” del Enemigo?, ob. cit., pág. 54.

98 Jakobs, Günther. ¿Terroristas como personas en derecho?, ob. cit., pág. 80.

99 Ibid., pág. 82.

100 Ver decreto del Presidente de EE UU a raíz del 11 de septiembre White House. President George W. Bush. *President Issues Military Order. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizen in the War Against Terrorism*. Washington, november 2001. En: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html/>

Jakobs plantea que el Estado no debe renunciar a ningún instrumento cuya aplicación sea lícita y esté racionalmente indicada, pero no califica de abuso excesivo la punición con extrema dureza al que participa en una asociación terrorista y tampoco la realización de un *duro interrogatorio*, sin que ello suponga, según su criterio, la utilización de métodos de tortura por ser “llanamente inaceptables”¹⁰¹. Frente a este planteamiento ingenuo de Jakobs surge una pregunta acerca del procedimiento a utilizar en el *duro interrogatorio* que no permita caer al interrogador en el campo de la tortura, porque si el interrogatorio es normal será solamente con preguntas, pero si es duro, quiere decir que es excepcional y que se puede recurrir a métodos coactivos psicológicos o físicos que llevan precisamente a que se presione al individuo para que revele la existencia de unos planes criminales. Realmente, la posición de Jakobs de su concepción de la vigencia real del Derecho, llevaría en la práctica a extremos que permitirían la legalización de procedimientos proscritos como la tortura, así desde el punto de vista teórico diga que la tortura es inaceptable.

4.4 Algunas expresiones del enemigo en el Derecho Penal colombiano

Durante el siglo XX y lo que va corrido del presente, en Colombia ha habido un proceso de endurecimiento de las normas penales principalmente dirigido a enfrentar los conflictos sociales, lo que en su momento se considera el enemigo interno. Correlativo a ello, las actuaciones de los gobernantes y de los servidores públicos en general ha sido por lo menos de protección a quien defienda a lo que en su momento se entiende como “institucionalidad”, sin importar que con esa defensa precisamente se la deslegitime.

Los gobernantes colombianos jamás han visto la protesta obrera o popular como tampoco la oposición al gobierno, como un fenómeno social democrático, que sirve de contrapeso para evitar los excesos, sino que por el contrario, siempre ha sido visto como un fenómeno subversivo, de enemistad, que para conjurarlo requiere de medidas represivas y no de carácter social. Ni siquiera ha servido como termómetro para determinar en qué asuntos falla el Estado, para procurar remediar las situaciones y responder a los reclamos por insatisfacción de necesidades. Para el Estado, siempre está la sombra de la subversión detrás de los movimientos sociales, el enemigo interno o externo como el comunismo internacional.

Por lo regular, el legislativo en ejercicio de facultades ordinarias y con más frecuencia, el ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias o de excepción, no le dan a los conflictos sociales una salida democrática, sino salidas drásticas y represivas, que corresponden a un tratamiento legal de enemigo para los gobernados.

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 80.

Esto se puede constatar por la expedición de normas ordinarias o bajo el amparo del Estado de Sitio (normas de emergencia) que se expidieron continuamente hasta el año 1991, que aparentemente iban dirigidas a todos los habitantes, pero que en la práctica tenía que ver específicamente con ciertas personas o grupos, que por su disenso frente al gobernante o al Estado, son considerados como enemigos.

Por otra parte, aunque es innegable que la fuerza pública en nuestro país (policías y militares) cumple un papel de confrontación permanente contra la subversión (el *enemigo* armado) y que al mismo tiempo tiene que debatirse en otros frentes contra la delincuencia común y la organizada para contrarrestar su accionar y propender por la disminución de la criminalidad, no hay que desconocer otro fenómeno relacionado con la aplicación de la ley penal que se concreta en la realidad diaria. Entre menores garantías hay¹⁰², los agentes del Estado (policías y militares) tienen mayores facultades discrecionales para interpretar la realidad o crear la propia, hasta el punto de que eso permite crear enemigos e identificarlos como tales, así jurídicamente no sea cierto. La mayor discrecionalidad de los especialistas les permite combatir al enemigo mediante una mayor restricción de derechos fundamentales de las personas por medio de los allanamientos ilegales sin orden judicial sobre todo en las áreas rurales, los interrogatorios a campesinos sin estar facultados para ello y sin orden judicial, las interceptaciones telefónicas con equipos propios de los militares no autorizados judicialmente por no tener funciones investigativas y otras veces los procedimientos se “legalizan” con órdenes de la justicia penal militar.

También se realizan otros procesos contra determinadas personas o sectores de la población, que constituyen una forma de penalización de conductas por vía administrativa, que realmente no corresponden a la descripción realizada por los tipos penales. Situaciones como la prostitución, expresiones como la homosexualidad, problemas sociales como la indigencia producto de la desigualdad social, y el tratamiento de pequeñas faltas de naturaleza policiva, llevan a estas autoridades a aplicar verdaderas penas privativas de la libertad haciendo uso del Código Nacional de Policía, so pretexto de la protección al presunto borracho o persona bajo efectos de alguna droga o por una supuesta alteración de la personalidad, para internarlos sin ningún tipo de resolución administrativa por espacio de 24 horas en celdas colectivas, sin posibilidad de recurso alguno. Es la forma administrativa de un Derecho Penal del enemigo aplicado por la vía de hecho, contra los que consideran tristemente como los “indeseables” o mal llamados “desechables” de la sociedad, o

¹⁰² Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*, ob. cit., págs. 155 y 156. “Menores garantías importan mayor arbitrio de las agencias estatales y menores espacios de libertad social. Además de la pérdida general de seguridad que esto conlleva, el espacio de arbitrariedad ofrece un vacío de reglas (anomia) que rápidamente ocupa la corrupción, cuyo resultado es la pérdida de eficacia preventiva de las agencias de coerción directa del Estado. No hay policía corrupta que sea eficaz en la prevención secundaria, salvo respecto de los infractores que no operan bajo su protección”.

contra las personas involucradas en la prostitución o en el homosexualismo, o que consideran sospechosos, o que accidentalmente caen en manos de quienes tienen el poder de privarlos de la libertad ilegalmente, sin que sean afectados por la propia vigilancia de la institución policial o por la Procuraduría General de la Nación como ente disciplinador, hasta el punto de que estas conductas completamente ilegales que nos hemos acostumbrado a verlas como “legales”, no son investigadas y menos aún sancionadas, no obstante que son de diaria ocurrencia. Ejemplo, el 9 de febrero del 2009, dos jóvenes de 16 años fueron privados de la libertad sin motivo aparente y conducidos a una estación de policía, y luego allí les rociaron gasolina y les prendieron fuego, produciéndoles graves quemaduras en su cuerpo, lo que demuestra además la brutalidad policial.

El concepto de *enemigo* también se extiende a las cárceles. Recuerdo que hacia los años 1999 y 2000, años en los cuales se expresaba una falta de control de las cárceles por parte del organismo encargado de la custodia de los penados, había además una gran confrontación armada entre la guerrilla y los grupos paramilitares, de tal forma que el gran conflicto nacional también se resumía y se daba en los sitios de reclusión. Era apenas obvio que mantener reclusos en una misma cárcel a miembros de organizaciones que expresaban dos posiciones ideológicas diametralmente diferentes y que en el plano armado eran contendientes, era permitir que el conflicto armado se trasladara a los centros de reclusión y era tanto como permitir y estimular esa confrontación, como en efecto se daba, hasta el punto de que algunos funcionarios del Estado estaban de acuerdo con que esa guerra al interior de las cárceles se diera como una forma velada de la aplicación de la pena de muerte para los guerrilleros, pero sin calcular que estos también estaban casi en igualdad de capacidad desafiante, incluso contra el mismo Estado.

El índice de delitos contra la vida en términos porcentuales y teniendo en cuenta el número de reclusos en las cárceles La Modelo y La Picota de Bogotá, era de cuatro veces más que frente al resto de la población de la ciudad, a tal punto que en un solo día después de 12 horas de combate con granadas, fusiles AK47, diferentes armas de fuego y armas blancas, hubo 32 homicidios y 17 heridos en la Cárcel Modelo¹⁰³ a raíz del hallazgo de un cadáver descuartizado, sin que esto fuera motivo de real preocupación por parte del Inpec y la Policía. Posteriormente se tomaron medidas sencillas como la de separar en cárceles diferentes a los contendientes, lo cual permitió disminuir ostensiblemente el número de muertos. Obviamente, el que se hubiera permitido tales masacres en cárceles custodiadas por el Estado obedeció de alguna manera a permitir que al margen de la legalidad se dieran políticas de aniquilamiento de los *enemigos* del Estado, ante la imposibilidad de aplicarles la pena de muerte.

103 *El Tiempo*. 32 reclusos muertos en la Modelo, periódico diario, Bogotá, 29 de abril de 2000, pág. 1A.

De otra parte, en las cárceles colombianas ha existido un gran hacinamiento que a partir del 2002 ha venido decreciendo, pero al mismo tiempo la violación de derechos humanos por la mala calidad de vida de los reclusos en cárceles como La Modelo de Bogotá, reflejan la aguda crisis penitenciaria y al mismo tiempo la desconsideración y el desprecio por seres humanos que son encerrados en condiciones que afectan la dignidad humana por no tener unos espacios adecuados para su reclusión, en condiciones de hacinamiento, insalubridad y pocas posibilidades de resocialización.

El examen de la realidad nacional nos permite señalar que en Colombia se puso en práctica desde hace mucho tiempo el *derecho penal del enemigo*, incluso desde antes que así lo denominara el profesor Jakobs. También en nuestro país el *enemigo* ha encarnado y representa la amenaza, el mal que hay que combatir, el cual es cambiante de acuerdo con la época. En la Colonia española se importó de Europa la herejía o los juicios por brujería de la Edad Media; el demonio ha sido el producto de la influencia religiosa y de todos los males que no podemos explicar lógicamente; las enfermedades contagiosas llegaron por barco y no obstante su importación, quienes las padecieron fueron tratados como enemigos, inclusive hoy en día es preocupante el comportamiento discriminatorio frente a los portadores del sida; los criollos fueron los enemigos en la época de la Independencia al igual que quienes proclamaban la libertad de España y sin que se escaparan de ese concepto los indios y negros que estaban de acuerdo con la libertad.

Por ideologías también se ha identificado a los enemigos; los liberales fueron enemigos a muerte de los conservadores y estos a su vez de aquellos, como también el comunismo internacional; por las relaciones personales como en la unión de dos personas sin vínculo matrimonial (amancebamiento o concubinato); por sus preferencias sexuales (homosexuales) en el Código Penal de 1890¹⁰⁴, o en otras ocasiones los trabajadores cuando protestaban o luchaban por sus derechos, como también los opositores o disidentes del régimen político o de los gobernantes, armados como la guerrilla o desarmados como los intelectuales.

Como no escapamos a la globalización, ahora también son *enemigos* los terroristas, los delincuentes organizados y los traficantes de drogas ilícitas, paradójicamente más

¹⁰⁴ Para esa época, en el Código Penal de 1890, existía un fuerte predominio del Derecho Penal de autor que se refleja en los tipos penales que perseguían más a las *personas* por su forma de conducción de vida, de tal forma que conductas que no lesionaban realmente bienes jurídicos —según la interpretación de hoy en día—, se consideraban delitos, como la *homosexualidad* que era sancionada con pena de tres a seis años de reclusión (art. 419), la *bigamia* (art. 439), la vida de pareja en unión libre era catalogada y sancionada como *amancebamiento* (arts. 451 a 457), el *adulterio* de la mujer casada era penado severamente (art. 712) aunque no el del marido; existía la eximente de responsabilidad penal (privilegio para el marido) cuando el homicidio era cometido en cabeza de la mujer adúltera y de su amante o de una descendiente del homicida, que viviera a su lado honradamente, y fuere sorprendida en acto carnal con un hombre que no fuera su marido (art. 591 num. 9). Estas descripciones típicas correspondían a una concepción particularmente infundada por la religión Católica, funcional a sus intereses religiosos, que eran dirigidas contra los “*enemigos*” de la moral pública y social, bajo los parámetros de una familia monogámica y de tipo patriarcal (machista), con excepciones como el homicidio legítimo de la mujer casada sorprendida yaciendo con su amante. La homosexualidad también se consideró punible en el Código Penal de 1936, que en su artículo 323 decía: Abusos deshonestos. (...) “En la misma sanción incurrirán los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad”.

que los tratantes de personas, cuyos infractores vemos con cierta indiferencia, a pesar de que realizan una práctica reprochable de comerciar con seres humanos.

De otra parte, también se han identificado a los *amigos* del establecimiento. Lo fueron los “investigadores” y perseguidores de brujas, los especialistas en combatir el mal (inquisidores, policías, militares, agentes secretos, detectives, espías, individuos emergentes que asumen el papel), los dueños de los medios de producción y de las tierras que apoyan a los especialistas y al establecimiento, los partidos tradicionales colombianos, aunque estos han estado unas veces como amigos y otras como enemigos; los que sin pertenecer al Estado combaten el enemigo común como las contraguerrillas, los “chulavitas”, los “pájaros”, los “paramilitares” y otras expresiones armadas al margen de la ley como el narcotráfico en algunas ocasiones, todos los cuales en algún momento histórico se identifican con el establecimiento y contra los enemigos de este.

La denominada política de seguridad democrática, eje central de la campaña y del gobierno del presidente Uribe, se inscribió perfectamente en una concepción de *derecho penal del enemigo*. Lo que importaba era la seguridad y la guerra frontal contra el *enemigo* principal, las guerrillas que llevan en el país más de 50 años de confrontación, bajo cuyo toldo cupieron todos aquellos que el presidente Uribe calificó como integrantes de esos grupos. Como lo precisa el profesor Oscar Donato, en opinión del presidente Uribe y como lo contempla el Programa de Seguridad Democrática, la violencia política y terrorismo son idénticos. Cualquier acto de violencia por razones políticas o ideológicas es terrorismo¹⁰⁵.

Con la política de “seguridad democrática” se reanudó la persecución indiscriminada y mediante capturas masivas¹⁰⁶ se procesó a miembros de la

¹⁰⁵ Donato R., Oscar Mauricio. *Autoridad y enemistad. Uribe, Schmitt y el combate de los conceptos. Dos aproximaciones al conflicto armado en Colombia con apoyo conceptual Schmittiano*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pág. 56.

¹⁰⁶ Comisión Internacional para los Derechos del Trabajo. *Informe*, Londres, junio de 2004, www.ictur.org (consulta 1º diciembre de 2009). La Comisión Internacional para los Derechos de los Trabajadores, se formó en respuesta a una necesidad urgente para defender los derechos fundamentales de los trabajadores a nivel mundial. La iniciativa de la Comisión recae en La Asociación Internacional de Juristas Demócratas y el Centro Internacional para los Derechos Sindicales - ICTUR, en consulta con abogados laboristas y organizaciones sindicales de varias partes del mundo. La comisión reúne abogados laboristas y expertos en derecho laboral, con el objetivo de investigar las violaciones de los derechos de los trabajadores, las infracciones a los Convenios de la OIT y a las normas internacionales de protección de los derechos humanos.

Dice el informe: “En relación con las detenciones ilegales y masivas denunciadas por los dirigentes entrevistados y la fidelidad de la información tenida en cuenta por las autoridades para la realización de las capturas, se le preguntó a las autoridades de la Fiscalía sobre este aspecto, obtuvimos como respuesta que tales capturas se daban en razón de “Información de Inteligencia”. La percepción de la ICLR sobre esto, es que bajo el concepto de “información de inteligencia” se entiende la información poco fiable brindada por las *personas* acogidas a los beneficios de los planes de reinserción, puestos en marcha por el Estado Colombiano y que constituyen un instrumento para la criminalización de la protesta social y negación del derecho de defensa de la *persona*.”

Igualmente el Estado mediante esta criminalización, vulnera de manera indirecta el Derecho Internacional Humanitario, toda vez que los trabajadores de la salud que brindan atención médica a las *personas* que resultan heridas como producto del enfrentamiento armado entre los actores del conflicto armado interno, son acusados de terroristas tras el argumento de que la asistencia humanitaria que brindan constituyen colaboración sea con los paramilitares o con los grupos guerrilleros, lo cual deshumaniza mucho más el ya grave conflicto que vive el país.

población civil y a trabajadores, que sin tener vínculos reales con la subversión, fueron colocados por la Fiscalía de Luis Camilo Osorio bajo sospecha, por residir en zonas de influencia guerrillera y procesados sin pruebas suficientes, para luego ser dejados en libertad. Fue una irresponsable “cacería de brujas” posteriormente cuestionada por la comunidad internacional y los defensores de derechos humanos, por la violación del principio de presunción de inocencia¹⁰⁷.

En el año 2008 se conoció que por lo menos desde el 2006, la persecución se ha extendido a *personas* de bajo estrato social que sin ser *enemigos* del Estado o siquiera opositores al régimen, los eliminaron para presentarlos como logros del Ejército en la lucha antisubversiva pero que realmente corresponden a asesinatos de personas bajo el nombre eufemístico de “falsos positivos”. Es la aplicación de procedimientos extrapenales y extrajudiciales, en que se presentan supuestas bajas del *enemigo* para artificialmente demostrar que se está ganando una guerra contra el terrorismo y la subversión, pero que esconde una alianza siniestra entre miembros de la red de informantes que se han convertido en caza recompensas profesionales que comparten las retribuciones económicas con los agentes del Estado por razón de los verdaderos positivos, como por los llamados *falsos positivos* debido a los estímulos ofrecidos por el gobierno en la lucha antisubversiva, como beneficios económicos por matar a “guerrilleros”. El profesor Philip Alston, Relator Especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones arbitrarias señaló en su informe que sus investigaciones “encontraron que miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia perpetraron un número significativo de ejecuciones extrajudiciales en un patrón que se fue repitiendo a lo largo del país. Aunque estos asesinatos no fueron cometidos como parte de una política oficial, encontré muchas unidades militares comprometidas con los llamados ‘falsos positivos’, en los cuales las víctimas eran asesinadas por militares, a menudo por beneficio o ganancia personal de los soldados¹⁰⁸.”

En medio del conflicto armado se encuentra la población civil amedrentada, que sufre los rigores de la confrontación armada de ambos lados y que siente el temor incluso por la lucha meramente reivindicativa ante el estigma de ser señalados como subversivos.

Y así sucesivamente fueron señalados como enemigos e infiltrados por la guerrilla, los fiscales, jueces y funcionarios de la rama judicial que realizaron un paro mediante el cual pretendían un aumento salarial acorde con el alza del costo

¹⁰⁷ *Ibíd.* De acuerdo con las estadísticas de la CINEP y Justicia y Paz, entre agosto de 2002 y abril de 2003, las Fuerzas Armadas detuvieron a 831 *personas* sin orden judicial. De los 406 casos en los que fue posible establecer a qué sector social pertenecían, 48 eran sindicalistas. Esta cifra es similar a la que se consigna en el informe de la ENS que menciona 42 detenciones arbitrarias de parte de los organismos de seguridad del Estado en 2003.

¹⁰⁸ United Nations. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston, 31 march 2010, www.nacionesunidas.org.co/ consulta de 3 de junio del 2010.

de vida (octubre del 2008), igual suerte corrió el de los corteros de caña con 18.000 huelguistas y el de los indígenas del Cauca por el cumplimiento de la entrega de tierras pactada con anterioridad por el Gobierno, también fueron considerados por el presidente Álvaro Uribe y varios de sus ministros como infiltrados por las FARC y el terrorismo, es decir, los colocó ante la opinión pública como ilegales y *enemigos* del Estado y al mismo nivel de grupo armado ilegal. En marzo del 2009 la utilización de la represión penal adquirió mayores connotaciones en la medida que el Gobierno volvió a recurrir a las redadas masivas, esta vez allanando barrios completos en el municipio de Neiva y realizando capturas masivas de personas que se caracterizan por su baja extracción social, su pobreza y humildad. Seguramente en esos barrios, regularmente de invasión, señalados bajo el nombre de “comunidades” tenga inserción la guerrilla, pero eso no justifica para que los procedimientos que se realizan sean indiscriminados y generalizados o que se prive de la libertad por sospecha, lo que significa que por el estigma que recae sobre una franja de la población en donde posiblemente habitan unos delincuentes, a la población asentada en esas zonas, se les considera como *enemigos* y se les somete a procedimientos penales colectivos mediante los cuales se afectan los derechos fundamentales de personas inocentes so pretexto de perseguir a individuos al margen de la ley calificados por el mandatario como “plaga de extorsionistas”¹⁰⁹.

Pero la persecución no paró ahí. Cualquier posición contraria a la del presidente Uribe fue descalificada por este al señalarla como vinculada a cualquier forma de delincuencia, aunque la táctica preferida fue relacionarla con el terrorismo y con las FARC. A los intelectuales que han criticado a las FARC por la estrategia del secuestro, agrupados bajo la organización de “Colombianos por la paz”, fueron tildados por el Presidente Uribe como el “bloque intelectual de las FARC” y “terroristas de las FARC”. Al abogado Ramiro Bejarano, columnista de El Espectador y duro crítico de Uribe, en una audiencia pública lo trató de “jefe de la oposición, nostálgico de las FARC y amigo del terrorismo”. El expresidente César Gaviria fue señalado por el Presidente Uribe como el promotor de “Los Pepes” (perseguidos por Pablo Escobar), organización delincriminal de otra ala del narcotráfico que desarrolló la guerra contra Pablo Escobar. Al senador de la oposición Gustavo Petro, lo llamó “terrorista vestido de civil” por sus denuncias sobre relaciones entre políticos y paramilitares. Dentro de esa estrategia de criminalización del contradictor también hizo graves acusaciones, no demostradas, contra Carlos Gaviria, Presidente del partido de izquierda Polo

¹⁰⁹ Caracol Radio. Ocupadas las comunas de Medellín, www.caracolradio.com/nota.aspx?id=77428, 7 de marzo del 2009” “Mil integrantes de la Policía, el Ejército y el CTI ocuparon más de 18 barrios que integran la comuna 10 de Neiva en cumplimiento de la orden impartida por el presidente Álvaro Uribe Vélez, a raíz del atentado terrorista que dejó un herido y pérdidas materiales en el centro de la ciudad. En desarrollo de estos operativos ya se han adelantado más de 100 capturas de *sospechosos* y de presuntos milicianos de las FARC, que se suman a la detención de un hombre que habría sido el autor material del artefacto. Se está haciendo la verificación de las identidades de los detenidos y se continúa en la zona mediante registros y retenes en establecimientos nocturnos y en algunas viviendas. Estas acciones, que se concentran en la comuna 10, se trasladarán a otros sectores del sur de la ciudad donde no se descarta que se escondan militantes urbanos de las FARC”.

Democrático Alternativo y contra la senadora de oposición Piedad Córdoba. En las últimas declaraciones realizadas por el Presidente Uribe antes de terminar su mandato, señaló como terroristas a la Senadora Piedad Córdoba y al Representante a la Cámara Iván Cepeda por las denuncias sobre la existencia de una fosa común de por lo menos 2.000 cuerpos de víctimas del conflicto en los últimos diez años en la serranía de la Macarena, cuando afirmó que “el terrorismo, en esa combinación de formas de lucha, mientras a través de algunos voceros propone la paz, a través de otros voceros viene a la Macarena a buscar cómo desacredita a la fuerza pública y cómo la sindicada de violación de derechos humanos”¹¹⁰.

Todas estas personas hacen parte de la lista de quienes han padecido las interceptaciones telefónicas ilegales denunciadas en febrero del 2009, realizadas por el organismo de inteligencia DAS que depende directamente del Presidente de la República¹¹¹. Quiere decir lo anterior que los embustes o engaños son útiles como parte también de la guerra ideológica contra los contradictores elevados a la condición de *enemigos*, para mantener la atención y el respaldo de la opinión pública, por las amenazas a la seguridad que presuntamente se ciernen contra la comunidad.

Como se puede apreciar, en Colombia durante el gobierno del Presidente Uribe se experimentó una ofensiva contra conductas que no constituyen delitos, por tratarse de expresiones de la oposición legítima o situaciones reivindicativas de los trabajadores o de la población, las cuales fueron comparadas con el terrorismo y la confrontación armada que adelantan las guerrillas, hasta el extremo de que en algunos casos los presuntos delitos comunes cometidos por estafadores también fueron asociados a las organizaciones ilegales para justificar las desmedidas intervenciones del Estado, que desvirtúan los fundamentos garantistas que la Constitución Política le ha dado al Derecho Penal. Es una forma de degradar al identificado como enemigo mediante la utilización de lo que Carl Schmitt llama “categorías morales”¹¹².

5. Cada sociedad, régimen político o gobierno crea o identifica a sus amigos y enemigos

Como lo hemos visto, en cada sociedad y en cada época se identifican las conductas que deben ser objeto de punición y se definen los delitos de acuerdo con sus circunstancias históricas. En ese orden de ideas, cada sociedad, cada régimen o

110 *El Tiempo*. “La victoria final no está lejos”: Uribe, 26 de julio del 2010, pág. 1-3.

111 Coronell, Daniel. “Aló presidente”, Columna de opinión, *Revista Semana*, 28 de febrero del 2009, edición 1.400, www.semana.com/noticias-opinion/alo-presidente/121210.aspx/ (consulta febrero 10 del 2010).

112 Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, ob. cit., pág. 66.

gobierno ha definido e identificado a sus *enemigos* y han utilizado el Derecho Penal como mecanismo normativo de represión para su persecución, y correlativamente se han identificado a los *amigos* del Estado, en esa relación indisoluble amigo-enemigo, que permite establecer la presencia del *uno* donde está el *otro*.

Independientemente de donde provenga el concepto de *enemigo* de turno en la historia, lo cierto es que en cada época los gobernantes a través del Derecho Penal han identificado y definido normativamente los *enemigos* del momento, han señalado a los *enemigos* como destinatarios de la ley penal, para combatirlos a través de un instrumento represivo que garantice su inocuización con la finalidad de lograr la estabilización y normalización social que consideran conculcadas, y también han definido a los *amigos* para efecto de los privilegios y favorecimientos en materia penal por combatir al enemigo o por ser parte de la estructura de poder. En esto tiene razón Jakobs¹¹³ al señalar que en las diferentes normativas existe ese *derecho penal del enemigo*, el cual no ha estado presente exclusivamente a partir de su teorización por el profesor alemán, sino desde mucho antes de que se reconociera su existencia por Jakobs y se le llamara por su nombre. Igualmente se ha demostrado la existencia de un *derecho penal del amigo*, que no fue expulsado por el Derecho Penal del liberalismo político, sino que continuó, aunque en menor grado, como una rémora proveniente del absolutismo monárquico.

Cada época tiene un *enemigo* real o ficticio¹¹⁴ de impacto. En nuestra época, el panorama en materia de *enemigos* ha cambiado, como se dijo antes, después de 11 de septiembre del 2001 a raíz de los ataques terroristas que destruyeron las Torres Gemelas en New York y que impactó el corazón estratégico de Estados Unidos mediante el ataque al Pentágono, lo que significó la muerte de numerosas personas y sobre todo herir profundamente el orgullo y la dignidad del pueblo y del Gobierno estadounidense. Igualmente, en el mundo el mapa de las amistades ha cambiado y todos los días existen realineamientos internos como también externos que cambian la utilización de la fuerza a través del Derecho Penal. La administración Bush bajo el concepto de “combatiente ilegal” o de “enemigo combatiente” identificó como tales a los integrantes o colaboradores de la red terrorista Al Qaeda o de los Talibanes, quienes han quedado de facto excluidos del Derecho Internacional para los prisioneros de guerra y del régimen legal de EE. UU. (violación del principio de legalidad procesal) lo que permitió que fueran recluidos de manera indefinida en las cárceles de Guantánamo o en cárceles secretas alrededor del mundo, que

¹¹³ Jakobs. *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, ob. cit. Jakobs plantea que su propósito no es “convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quien el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel”.

¹¹⁴ Cuando hablo de ficticio es porque algunos enemigos solo han existido en la imaginación de sus creadores por alguna razón de carácter político, como las brujas. Nunca se demostró su existencia y menos que hicieran mal, pero muchas mujeres fueron cruelmente ejecutadas. Igualmente sucede con la oposición desarmada, se le trata como enemigos aunque su lucha sea razonable y justa.

algunos fueran enjuiciados por comisiones militares dirigidas y controladas por el ejecutivo y no por los jueces ordinarios, y que pudieran ser sometidos a “técnicas de interrogatorios agresivas” que no son diferentes a la utilización de la tortura como método de interrogatorios para combatir a los *enemigos externos*.

Al mismo tiempo hubo un realinderamiento de los diferentes países amigos que hicieron una causa común para combatir el terrorismo internacional, lo que incluye no criticar las modificaciones que de hecho se le han realizado a instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en cuanto a que toda persona privada de la libertad tiene derecho a que se le informe el motivo de su captura, el delito que se le imputa, a poderse defender y tener un apoderado, y a que se le realice un juicio justo bajo los parámetros del debido proceso, además de los derechos de que su familia sepa en dónde se encuentra y a ser visitado por la misma. En algunos países se han puesto en práctica una serie de medidas en la lucha contra el terrorismo (el enemigo), que atentan contra la dignidad de las personas, como son: “las prisiones clandestinas, las detenciones arbitrarias, los juicios militares, los asesinatos selectivos, el envío de personas a países donde existe la posibilidad de que sean torturadas, o las invasiones ilegales en contra de los países acusados de proteger a los grupos terroristas”¹¹⁵.

En Colombia no solamente existe por parte del Derecho Penal la identificación formal de *enemigos* de naturaleza normativa a quienes se les da un tratamiento especialmente drástico, sino que igualmente por fuera del Derecho Penal, por fuera de los límites del *ius puniendi*, de hecho (actitud), en la práctica administrativa, también se han creado e identificado *amigos* o *enemigos*, para darles un tratamiento diferente al permitido por la ley, mediante un control social penal o policivo no formal (que no coincide con la Constitución Política y la ley) que restringe y anula derechos fundamentales de las personas consideradas *enemigas*, o sobreprotege y concede ventajas, beneficios o trato preferencial o privilegiado a quienes considera *amigos*; ambas constituyen formas perversas que se ejercitan en nombre del Estado. Ese control social penal informal, que puede ser de naturaleza institucional del Estado, tiene que ver con la restricción o supresión de los derechos humanos (ejecuciones, desapariciones, tortura¹¹⁶, amenazas, intimidaciones, “falsos positivos”, montajes policiales y judiciales) tiene que ver con la identificación como *enemigos* de personas que pueden estar dentro de la ley como activistas políticos, trabajadores, sindicalistas, defensores de derechos humanos y marginados sociales, o que estando por fuera de

¹¹⁵ Arjona Estévez, Juan Carlos y Hardaga Fernández, Cristina. *Terrorismo y derechos humanos*. México: Distribuciones Fontanamara S.A., 2008, pág. 534.

¹¹⁶ El gobierno del Presidente Álvaro Uribe se niega a ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo objetivo es prevenir la tortura y los malos tratos mediante un sistema de visitas regulares a los lugares de detención llevadas a cabo por órganos independientes de carácter nacional e internacional.

la legalidad como los opositores políticos armados, o miembros de organizaciones delincuenciales o subversivas, se les debe dar un trato en derecho. En palabras de Carl Schmitt, el Estado en su condición esencialmente política, le es atribución inherente el *ius belli*, esto es, la posibilidad real de, llegado el caso, determinar por su propia decisión quién es el enemigo y combatirlo¹¹⁷. Obviamente también tendrá la potestad de identificar a los amigos y protegerlos.

6. Caracterización básica iusfilosófica del amigo para el derecho penal

Derrida se pregunta ¿qué es, pues, la amistad *en el sentido propio*?, ¿está alguna vez presente?, ¿cuál es la esencia de la amistad?, ¿qué es un amigo?, ¿qué es una amiga? Y se responde admitiendo la dificultad: “Si no estamos *cerca* de responder a esas preguntas, no es solo por el gran número de dificultades *filosóficas* que tenemos todavía por delante¹¹⁸. La amistad, dice, es una “virtud de presencia, verdad de *proximidad*: el *amigo* es el próximo, y la amistad crece con la presencia, con la alocución en un mismo lugar¹¹⁹. Pero al mismo tiempo Derrida considera que preguntarse acerca de la amistad y quién es el amigo o la amiga, su respuesta es de tal magnitud que sería tanto como preguntarse, ¿qué es la filosofía?¹²⁰.”

La respuesta no es sencilla, es bastante compleja y aquí no se pretende resolverla desde el punto de vista filosófico, sino en la relación amigo-enemigo y el Derecho Penal.

En primer lugar, no se hablará del *amigo* en general sino del que adquiere o tiene privilegios penales derivados del poder político, algunas veces a perpetuidad, que lo hacen intocable aunque cometa delitos graves. El gobernante prevalido del poder político establece privilegios penales para el caso en que el Derecho Penal trate de perseguirlo por las conductas que haya realizado. O los privilegios devienen de una relación de poder en razón de algún tipo de dependencia y resulta obligatorio hacer concesiones en materia penal.

En segundo lugar, aquí se debe considerar al *amigo*, al igual que se ha considerado al *enemigo*, no en su dimensión personal, ni como aliado (el *amigo*) o competidor (el *enemigo*) en el plano económico, sino como el *amigo en lo político*. La amistad en lo personal es tratada por el derecho procesal penal por la vía de los impedimentos y las recusaciones o por el Derecho Penal sustancial mediante la aplicación de normas

117 Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, ob. cit., pág. 74.

118 Derrida, Jacques, *Políticas de la amistad*, ob. cit., pág. 268.

119 *Ibid.*, pág. 268.

120 *Ibid.*, pág. 268.

como el prevaricato. Hay *amigos* cuando hay *enemigos* y viceversa. Si desaparecen los *enemigos* tampoco habrá *amigos*. Aunque los conceptos de *amigo-enemigo* son opuestos, dialécticamente constituyen la misma unidad fenomenológica; un concepto depende del otro y viceversa.

¿Quién es el *amigo* político? Para ser *amigo* en lo político es porque igualmente existe por lo menos un *enemigo* en lo político. El *enemigo* en lo político ha sido precisado como “aquel grupo humano que en su lucha por la sobrevivencia amenaza el modo propio de existir de otra totalidad humana. La mera existencia del otro, del extraño del extranjero, es ya una amenaza”¹²¹. En ese orden de ideas, para Schmitt cualquier tipo de asociación o sociedad es política; basta que se realice en ella la posibilidad real de agruparse como *amigos* e identificar a los “reales” o “potenciales” *enemigos*, más allá de lo meramente social o asociativo¹²². Aquí hablaremos del *amigo* frente al Estado, frente al régimen político y al gobernante, como *socio* que se identifica, coadyuva y agencia políticas en materia de orden público, protección y seguridad, por fuera de la ley, que pertenece o no al propio establecimiento, que puede ser *amigo interno* como el *servidor público* transgresor de la ley penal en defensa del establecimiento, o el *amigo externo* que no tiene una calidad especial, o el *amigo* que por sus propios medios también desarrolla políticas ilícitas propias en beneficio del establecimiento, para utilizar las palabras de Jakobs, frente a los que *disientan activamente y de modo grave y permanente*¹²³; *amigo* que puede ser reconocido abiertamente y que el Estado, régimen político o gobernante, muestra ante la opinión pública nacional o internacional, o se trata del *amigo* que no puede mostrar, con quién se mantienen relaciones clandestinas. En un conflicto de naturaleza política, que se expresa a través de la confrontación armada, para los contendientes resulta indispensable diferenciar quiénes son los *enemigos* y quiénes son los *amigos*, y la amistad podría ser el resultado de la unión o alianza frente al *enemigo*, algo así como la *amistad de trinchera*¹²⁴ o la *amistad enemiga*, como *enemistad* o *amistad enajenada*¹²⁵, entendida según mi concepto, como enemiga de la democracia pero amiga del régimen o del gobierno, o como dice Mauricio González, que habrá servido muchas veces para legitimar la soberana *unicidad* de un Estado, encarnada en cualquiera de sus figuras, bien como “presidente democráticamente elegido”, “dictador”, “pueblo soberano” o cualquier

121 Galindo Hernández, Carolina. “Derecho, guerra y reconocimiento del enemigo: Las críticas de Carl Schmitt”, en: Herrera, Wilson y Gamboa, Camila. *Kant: defensa y límites de la razón*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005, pág. 278.

122 *Ibid.*, pág. 278.

123 Aquí retomamos el concepto de enemigo de que habla el profesor Jakobs en sus diferentes expresiones: El enemigo es el individuo que es fuente de peligro, foco de peligro, el individuo peligroso, o aquel que reincide persistentemente en la comisión de delitos, el autor por tendencia o que está imbricado en una organización, el rebelde o quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden, el adversario cuya actitud es por principio hostil o el que se comporta permanentemente como un diablo se convierte en un enemigo, es decir en una *no-persona*. Como claro ejemplo del enemigo es el terrorista—adversario por principio—, el terrorista que asesina y abordea otras empresas.

124 Sartori, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza Editorial, 1992, pág. 137.

125 González, Mauricio. “Amistad y alteración”, en: Cepeda, Margarita y Arango, Rodolfo (comp.). *Amistad y alteridad*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2009, pág. 144.

otra forma, y legitimarse en decidir sobre sus *enemigos*, como también sobre sus *amigos* y declarar la guerra o el Estado de Excepción¹²⁶.

Mientras el apoyo de los *amigos* del Estado, del régimen político o de los gobernantes sea dentro del marco constitucional y legal, dicha intervención es permitida. Cualquier desviación del amigo¹²⁷, aun con visos de legalidad, deslegitima el apoyo y al establecimiento mismo¹²⁸. Las conductas del amigo que rebasen el marco penal, por más que sean para apoyar al establecimiento son de naturaleza delincencial, lo que de suyo reclama la actuación del Estado y de las autoridades encargadas de aplicar el Derecho Penal. También puede suceder que el *amigo* cometa delitos, aun cuando no esté realizando actos de apoyo al Estado, régimen político o gobernante, y de todas formas recibir un tratamiento de consideración y beneficio por parte del Estado, por razón de la amistad. Y aquí cabe preguntarnos: Siendo una obligación combatir el delito sin importar de donde provenga en un Estado de Derecho, ¿por qué razón esas autoridades no lo hacen frente a las acciones realizadas por los *delincuentes amigos* o actúan con privilegios o de manera laxa y benévola frente a ellos?

Desde el punto de vista contractualista, se supone que el Estado tiene el monopolio de la fuerza y es el llamado a mantener el orden público y a garantizar la seguridad de los ciudadanos, y que este poder que le ha sido concedido por los asociados es irrenunciable y no transmisible a ningún título a los particulares ni a otros, pero puede suceder en la práctica que el Estado renuncia por lo menos parcialmente al contrato social, de hecho, por incapacidad real o fingida, cede el ejercicio de su poder, en mínima o gran medida,

¹²⁶ *Ibíd.*, págs. 144 y 145.

¹²⁷ En Colombia el Estado cedió el monopolio de la fuerza y de las armas a particulares mediante la expedición de normas que permitieron el accionar de individuos que apoyaban el establecimiento, mediante la creación de grupos de autodefensas y de organizaciones de seguridad privada (Convivir) que realmente eran organizaciones paraestatales que se organizaron y armaron para combatir a la guerrilla. Estas organizaciones no se limitaron a lo defensivo, sino que fueron verdaderas organizaciones ofensiva que eliminaba a los “enemigos” en masacres, que no fueron admitidas como tales por las autoridades ni como provenientes de esas organizaciones que el Estado creó y permitió. Mediante el Decreto 3398 de 24 de diciembre de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, permitió que los militares les entregaran armas de su uso exclusivo a civiles y además constituyeran grupos de civiles que ellos pudieran convocar como auxiliares suyos (arts. 25 y 33). La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 25 de mayo de 1989 declaró inconstitucional el parágrafo del artículo 3°. Decía el decreto:

ARTÍCULO 25.—Todos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad.

ARTÍCULO 33.—(...)

PARÁGRAFO 3°—El Ministerio de Defensa por conducto de los Comandos autorizados podrá amparar cuando lo estime conveniente como de propiedad particular armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”.

El Presidente Gaviria expidió el Decreto 356 del 11 de febrero de 1994 mediante el cual reglamentó las empresas de vigilancia privada, dándoles el carácter de grupos de civiles armados, coordinados por el Ejército y denominándolos Convivir. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-572/97 declaró constitucionales las Convivir, restringiendo solamente el tipo de armas que pueden portar.

¹²⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de 11 de mayo del 2007, sobre la Masacre de la Rochela (18 de enero de 1989), determinó, que el Estado colombiano brindó sustento legal a la creación y fomento de grupos armados a través del Decreto 3398 de 1965 que permitió que civiles fueran dotados de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares para que actuaran como un cuerpo militar de autodefensa, sin control alguno o escrutinio estatal. Asimismo, estableció que el Reglamento y Manual de combate del Ejército Nacional constituyeron normas que favorecieron el desarrollo de estos grupos y su fusión con las Fuerzas Militares, a través de las figura de “guías” o “informantes”, patrullajes conjuntos y dotación de armamento militar. Al momento de la masacre de La Rochela todas estas normas estaban vigentes. En igual sentido: Corte IDH, Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1º de julio del 2006, párrafo 121.1. www.corteidh.or.cr, consulta de 7 de febrero de 2010.

en favor de fuerzas privadas que a través de la coacción, en nombre del Estado y en nombre propio, pretenden dar la seguridad que no da el Estado e imparten “justicia” por mano propia, sin el respeto de los derechos fundamentales y con el propósito de destruir y aniquilar el *enemigo* común. Las consecuencias de esta concesión son desastrosas; por el contrario aumenta la inseguridad, la comisión de delitos y las fuerzas privadas ejercen el poder para tener control ilegal y obtener financiamiento.

El mismo Estado con algunos particulares que hacen parte del contrato social, estimulan y crean las fuerzas paraestatales y en la medida en que estas adquieren su dinámica organizativa y capacidad militar coactiva propia, se vuelven autónomas y ya no reciben directrices sino que por el contrario dan órdenes, y en este punto se han convertido en fuerzas inmanejables, fuera del control del propio Estado y de los particulares que las ayudaron a crear, y en una amenaza no solamente para la comunidad en general, sino para el propio Estado y la democracia. Llega el momento que es tan grande su poder que los otrora *amigos* se convierten casi en una amenaza enemiga para sus propios amigos. Es el momento de la reinstitucionalización y el retornar al Estado de derecho, que fue abandonado al creer que la ayuda de fuerzas paraestatales era la solución para los conflictos por fuera del Estado de Derecho mismo.

7 • Características del derecho penal del *amigo*

Este tipo de “derecho”, el *derecho penal del amigo*, a mi modo de ver, a partir del caso colombiano y de ejemplos en otros países, sin que sean las únicas, tiene las siguientes características:

- 1) Permisi3n del riesgo creado por el delincuente amigo y asunci3n de las consecuencias sociales y pol3ticas de las conductas punibles, particularmente cuando se trata de combatir al enemigo. En relaci3n con el delincuente amigo no hay anticipaci3n penal para combatirlo en un estadio previo.
- 2) Exclusi3n de la aplicaci3n del Derecho Penal mediante el otorgamiento de privilegios en materia penal para los propios especialistas para quienes combaten el mal, es decir, al enemigo, mediante inmunidades, fueros, autoamnist3as o mediante la invocaci3n de la leg3tima defensa propia y del Estado.

Una de las caracter3sticas de los discursos de emergencia en materia penal es “la *inmunidad al mal de los propios especialistas*” como condici3n indispensable del 3xito del discurso: “*quien combate el mal debe ser inmune a 3ste*”¹²⁹. La

129 Zaffaroni, Eugenio Ra3l. *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*, ob. cit., p3g. 164.

inmunidad implica la imposibilidad de la privación de la libertad, el procesamiento y la acusación, salvo cuando se dan determinados requisitos.

La *inmunidad* se manifiesta en relación con los representantes y miembros de Fuerzas Militares extranjeras que asesoran, capacitan o ayudan al Estado en su lucha contra el *enemigo* y que por tanto son fuerzas *amigas*, a las que se les garantiza unas condiciones especiales para sus operaciones como la *inmunidad total*, por ejemplo en Mongolia, Timor Oriental y en Colombia, a los militares y contratistas de Estados Unidos.

La palabra *fuero* es actualmente utilizada para designar los privilegios contenidos en normas especiales que tiene una o varias personas denominadas aforados, por razón de la calidad de servidor público con unas condiciones jerárquicas especiales o por razón de la investidura que tienen, como el fuero penal militar, el fuero eclesiástico o el fuero de altos funcionarios como el Presidente de la República y los congresistas. En razón de los fueros se establecen jurisdicciones especiales para el juzgamiento en materia penal, como también procedimientos especiales y normativa sustantiva o procesal diferente a la ordinaria con que se juzga a las demás personas. Para efectos de examinar la amistad como un factor que desvía al Derecho Penal de sus fines, lo cuestionable no es que existan los fueros como tales porque en varios casos se justifican, sino que se utilicen para evitar la reacción penal del Estado por parte de los entes encargados de la investigación, procesamiento y juzgamiento de los funcionarios, y para la exclusión de los destinatarios de la ley penal, a través de diferentes mecanismos procesales o de simple inactividad que evitan la conclusión de los procesos o la imposición de las posibles sanciones por conductas descritas por el legislador como punibles.

La amnistía, vocablo del griego *amnestia*, significa *olvido* y extingue la acción penal o la pena, por decisión comúnmente del legislativo va destinada a perdonar y olvidar particularmente los delitos políticos de los disidentes, de tal forma que anula los antecedentes penales por las conductas punibles objeto de la aplicación de esta figura. La amnistía es duramente criticada cuando se aplica a los miembros (servidores públicos o funcionarios del Estado) de un régimen político que ha cometido graves violaciones de derechos humanos durante su vigencia, con la finalidad de que sean exculpados de su condición de victimarios. La auto-amnistía busca sustraer de la aplicación de la justicia a quienes han cometido graves violaciones de derechos humanos, encubrir esas prácticas y buscar la impunidad de los autores y partícipes. Es una práctica perversa del *derecho penal del amigo*.

Corresponde la expedición de la auto-amnistía a regímenes regularmente dictatoriales o autoritarios, que aprueban unilateralmente dicha medida, sin que exista un proceso de consenso interno, muchas veces en contra de la opinión internacional y por supuesto, también en contra, totalmente, de la opinión e intereses de las

víctimas. Esto ha obstaculizado e impedido los juicios de responsabilidades y la rendición de cuentas de los detentadores del poder que cometen crímenes y cada vez que se ha intentado procesar a los dictadores y su maquinaria militar, los juicios son suspendidos o terminados por la vía de cualquier mecanismo jurídico incluido el de las auto-amnistías. Son ejemplos los de Argentina, Chile, Perú, Uruguay y Brasil.

- 3) Exclusión del delincuente amigo de la intervención penal en su contra mediante diferentes actitudes, como negar su existencia de diferentes maneras, mediante su protección, cooperación mutua, o por la falta de voluntad política de combatirlo y llevarlo a los estrados judiciales, o por la falta de interés en establecer la verdad y sancionar a los responsables.
- 4) El delincuente amigo no es considerado peligroso. El Estado y los gobiernos hacen lo posible por desconocer la existencia de unos delincuentes *amigos* de la institucionalidad que combaten a los *enemigos* de la misma, y la mejor forma es invisibilizarlos, negar su existencia y sus actos, omitir su investigación, no combatirlos a pesar de conocer en dónde se encuentran, permitir sus alianzas con delincuentes vinculados al narcotráfico, permitir que cometan atrocidades y violaciones de derechos humanos porque estos no se cuantifican en contra del Estado. Cuando en la sociedad se llegó a tener conciencia de que los paramilitares eran delincuentes porque habían cometido crímenes, y por fin el Estado colombiano consideró que eran delincuentes, no se les atribuyó la condición de *delincuentes peligrosos*. Se les da un tratamiento, incluso más benigno, en comparación con el Derecho Penal que se le aplica a los llamados *ciudadanos*.

Este tratamiento del *delincuente amigo* en forma benigna, se manifiesta a pesar de los graves delitos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario por razón de las relaciones de amistad, la connivencia o la aquiescencia del Estado, del gobernante o del régimen político que se identifica, parcial o totalmente, con su accionar al margen de la ley. Para esta condescendencia, el *delincuente amigo* no es considerado peligroso, como se considera al *enemigo*, por razón de una identificación de causa u objetivo frente a un enemigo común o por la identificación en la defensa del Estado y el papel de los delincuentes amigos al llenar los vacíos de poder, no han sido tratados por el Estado como *enemigos* sino como aliados, es decir, como *amigos*, y por tanto a la luz de la teoría de Jakobs, ni siquiera fueron considerados como delincuentes en un principio para efecto de la coacción de sus actos, ni para combatirlos como *enemigos* de la institucionalidad. El legítimo derecho fundamental de los ciudadanos a la seguridad, no se aplicó en relación con los paramilitares colombianos, quienes actuaron cometiendo horribles crímenes, en muchos casos favorecidos con la omisión de los servidores públicos.

- 5) La benignidad con el delincuente *amigo* puede llevar a “negociar” el régimen penal aplicable, los tipos penales y las penas, las condiciones de reclusión y

garantías procesales extraordinarias, como también excarcelaciones, indultos, no extradiciones y otras ventajas que les otorgan unas mejores condiciones, por fuera de la normativa que rige para el ciudadano común.

Por ejemplo en Colombia, el Estado contribuyó a la creación de los grupos paramilitares, negó su existencia, trabajó con ellos en igualdad de condiciones o permitiéndoles un mayor accionar al margen de la legalidad, y cuando el Estado decidió recuperar el control territorial y el monopolio de la coacción, se enfrentó al dilema del qué hacer frente a estos *delincuentes amigos* del Estado que cometieron delitos, razón por la cual se presentó un proyecto para limpiarlos de su pasado de crimen y para ello se les involucró en una negociación de las condiciones de “sometimiento”. Se expidió la Ley de Justicia y Paz cuyos destinatarios son los llamados paramilitares, bajo la condición “esencial” de su acogimiento y la confesión de los crímenes. Los destinatarios fueron artífices de la ley y la discutieron con el Gobierno en un proceso de “negociación”.

8. Conclusiones

Los conceptos de *amigo* y *enemigo* que han sido examinados, son términos codependientes, lo que significa que sin la presencia del concepto de *enemigo* no existiría el de *amigo*. Un concepto no podrá existir sin la presencia del otro.

La amistad es un concepto que no solamente está presente en lo personal, sino que también lo encontramos en lo filosófico, en lo político y trascendentemente en el Derecho, particularmente en el Derecho Penal. Al igual que el concepto de *enemigo*, el de *amigo* ha determinado el alcance del Derecho Penal y le ha fijado sus propias limitaciones que hacen parte, desde los principios de la existencia del Derecho Penal, de un Derecho parcializado, discriminatorio y profundamente desigual. La humanidad ha venido luchando contra esas formas de Derecho, que son negatorias del derecho mismo, para que se elimine la discriminación y se practique un derecho igual. No basta expresar la igualdad y la dignidad humana en la normativa; estos principios cardinales en la convivencia de la humanidad y fundantes del desarrollo de las sociedades contemporáneas, además de fundamento de las Constituciones Políticas democráticas, debe hacer parte de la cultura de los pueblos, en un mundo globalizado, pluricultural y diverso, con diferentes creencias e ideologías; es decir, debe ser parte de la actitud, del comportamiento permanente de los legisladores y de los operadores de justicia (policías, fiscales, jueces), para no caer en el campo de la creación de normas que hagan una exaltación a la restricción de los derechos fundamentales por la vía de un Derecho Penal del enemigo, o al favorecimiento por la vía de un Derecho Penal del amigo, o a la

aplicación del Derecho Penal por la vía de un Derecho Penal de autor, más como una actitud discriminatoria que como una normativa.

Se ha constatado la existencia de un *derecho penal del amigo* que bajo la apariencia de un Derecho Penal justo se camufla dentro de la legislación bajo el argumento de buscar la paz, la reconciliación en los conflictos, de lograr la convivencia armónica, que deja la sensación, particularmente de las víctimas, de que no se hizo justicia, que hubo impunidad, que no hubo verdad y reparación, que el delito sí paga, en cuanto al final, se logran beneficios, exclusiones de la órbita penal, perdón y olvido, es decir, que se logra evadir el Derecho Penal, porque los crímenes se cometieron en nombre del establecimiento, para proteger a la comunidad de los “males” como las brujas, los comunistas, los judíos, los masones, los terroristas, los vagos y por no seguir la larga lista, por librarnos de tantos demonios reales, aparentes o simplemente creados. También el *derecho penal del amigo* está en las *actitudes* de los operadores de justicia (policías, fiscales y jueces), cuando se hacen los que no ven al delincuente amigo, no lo investigan, no lo procesan y no lo condenan, a pesar de la claridad de los hechos o cuando les imponen penas que resultan ser muy bajas frente a la gravedad de los delitos. Es una forma de minimizar los delitos y a sus víctimas.

El Derecho Penal del amigo es una desviación del Derecho Penal liberal, del Derecho Penal democrático, es un *no derecho*, es la negación del derecho, en la medida en que se aparta del fin de protección de los bienes jurídicos, sin miramientos de quién es el protegido, para caer en procesos selectivos que buscan que la justicia no alcance a determinados individuos, afectos a la defensa del establecimiento, del régimen político o del Gobierno de turno, que delinquen para preservar por la vía de la ilegalidad, a cualquiera de ellos, o que siendo afectos al establecimiento, sus delitos, cualquiera que fueren, no son perseguidos ni sancionados. El Derecho Penal del amigo es un *derecho autoritario* precisamente por ser discriminatorio e injusto particularmente con las víctimas y generoso con los victimarios, y es un Derecho Penal de autor en cuanto excluye por razón de la amistad a determinados delincuentes o reduce arbitrariamente las consecuencias del Derecho Penal. Son la cercanía y la amistad, los elementos que influyen en la exclusión penal por la vía del no adelantamiento de los procesos, de la absolución en los procesos que se abren, de la aplicación de penas bajas en aquellos que terminan con alguna evidencia o de la exclusión de la ejecución de las penas por la vía de establecimientos especiales en los que en la práctica no se cumple pena alguna y se goza de extremos beneficios que no corresponden con la condición de condenado.

En un Estado que corresponda realmente a un criterio social y democrático de Derecho, desde la óptica liberal resulta imposible la coexistencia de varias especies de Derecho Penal; por un lado de un Derecho respetuoso de los derechos fundamentales

de las personas; de otra parte uno profundamente represivo y drástico concebido para “no personas”, y uno blando o laxo destinado a favorecer a determinados individuos en desmedro de los derechos de las víctimas.

Es cierto que vivimos una época de particular dramatismo por hechos terroristas que permanecen vívidos en la mente de todos nosotros, que son graves y que existe la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Para lograrlo debemos armonizar la seguridad con los derechos fundamentales a la libertad, la igualdad, la proporcionalidad y demás derechos vinculados indisolublemente a los anteriores, bajo la premisa de que no se puede hacer respetar la dignidad humana de unos seres humanos sacrificando la de otros.

La clave está en no renunciar al *deber ser* del derecho. Por más que las circunstancias desvíen al Derecho Penal del fin de protección de los bienes jurídicos de los colombianos, sin olvidar que estos constituyen el eje central de la legislación, bien como procesados o como víctimas, el Derecho Penal no puede renunciar a la aspiración de llegar a aplicarse respetando los derechos fundamentales, sin renunciar a la seguridad de las comunidades. Lo contrario genera abusos e injusticias que permiten incubar odios, que al igual que las huellas dejadas por el delito en las víctimas, no son superables fácilmente y engendran más conflictos, muchas veces irreconciliables durante mucho tiempo.

El *deber ser* está en el desarrollo y la aplicación del *ethos* de los derechos humanos, a partir del cual se debe continuar construyendo el Derecho y particularmente el Derecho Penal. Este es un legado que nos dejó el siglo XX después de dos guerras mundiales y millones de muertos en cruentas confrontaciones, producto de dos tipos de reflexiones éticas confrontadas:

Una ética de la perspectiva restringida, que no significa una sola moral sino que implica la existencia de varias morales, que dependen del grupo humano o de la sociedad a que se pertenece. Otra ética de perspectiva universal, en la que hay un hecho moral único, la común Pertenencia a la humanidad, que puede ser percibida y justificada en cualquier contexto moral¹³⁰.

La ética concertada y con mayor aceptación en el mundo es la de los Derechos Humanos. Si bien es cierto que “ante la aparente dificultad de asumir un punto de vista seguro y confiable frente a tan abundante oferta de sistemas éticos a menudo incompatibles, parece afianzarse día a día la idea de que en un mundo marcado

¹³⁰ Savater, Fernando. *Lo universal y lo nacional, Valores ético-políticos hoy*. Bogotá: Universidad Libre - Cátedra Gerardo Molina, 1999, pág. 47.

por la convivencia entre culturas distintas la mejor opción es la de renunciar a concepciones ‘densas’ de lo moral, o a lo sumo conservarlas, pero para dominio exclusivo de las personas en su esfera privada, no para las grandes cuestiones que afectan la vida pública”¹³¹.

Es cierto que existen muchas polémicas acerca de los Derechos Humanos y del carácter coactivo de los instrumentos internacionales para los Estados que los contienen, pero no se puede negar que en muchos Estados, incluido el colombiano, los derechos humanos constituyen un punto obligado de referencia, frente a las desviaciones del Derecho como el Derecho Penal del enemigo o el Derecho Penal del amigo o cualquier otra manifestación con trascendencia jurídica que afecte los derechos humanos. En efecto, “la declaración de derechos, considerada por muchos como la expresión de la ‘conciencia jurídica y moral de la humanidad’, parecería destinada a llenar el vacío dejado por la crisis de los códigos morales sustentados en cosmovisiones religiosas, o por el desencanto provocado por el fracaso de las utopías o de las promesas de liberación”¹³².

Cualquier derecho que se establezca para reglar la vida en sociedad o cualquier acuerdo sobre los derechos se debe fundamentar en los valores éticos que contienen los principios de dignidad humana, igualdad, libertad y autonomía del ser humano que los sustentan. No se debe olvidar, en últimas, que “los derechos constituyen la traducción normativa del principio moral que obliga a tratar a cada ser humano como una persona, con un valor intrínseco y no instrumental; a valorar la libertad-autonomía como una forma ineludible de autorrealización personal y la obligación de crear solidaridad entre sujetos igualmente vulnerables y necesitados. (...) Sin embargo, más allá de las diferencias, parecería legítimo hablar de unos ‘universales morales’, compartidos en su núcleo esencial por todo ser humano”¹³³; universales a los que no podemos renunciar y debemos aspirar a perfeccionar con la evolución de las sociedades.

Cuando el Derecho Penal se aparta de los derechos fundamentales por amistad o por enemistad, cae en el campo del Derecho Penal antidemocrático y por tanto autoritario.

131 Papachini, Angelo. *La ética ante el desafío de la guerra*. Bogotá: Universidad Libre - Cátedra Gerardo Molina, 2002, pág. 27.

132 *Ibíd.*, pág. 29.

133 *Ibíd.*, pág. 29.

**SEGUNDA
PARTE**

*Schmitt, el crítico –atrapado–
del liberalismo*

OSCAR
MAURICIO
DONATO R.

Epimeteo Atrapado: la correspondencia Schmitt - Strauss y la crítica al Liberalismo

Introducción preliminar

“A mí me deleita hablar de política. Hablo de ella todo el día. Pero no soporto oír hablar de ella a los demás”, estas palabras las pone Oscar Wilde en el personaje de *“El marido Ideal”* (Acto I), y serán el centro implícito de nuestra ponencia, que invitará a reconocer la connotación positiva de la palabra crítica y a la emancipación intelectual como preámbulo de la libertad. De tal modo, si el anterior es el objetivo implícito de la ponencia de hoy, el objetivo explícito es el de analizar la correspondencia entre Carl Schmitt y Leo Strauss. Esto con objeto de examinar la crítica que subyace al liberalismo moderno por parte de los autores, pero también, con objeto de ver la crítica que Strauss hace al libro *“El concepto de lo Político”*, seguramente el más famoso de los textos de Schmitt. Iniciaremos nuestra exposición con una introducción, en

112

ella pretendo señalar dos cosas: 1) Aspectos bibliográficos relevantes para la lectura de Schmitt en Colombia, y 2) Justificar la relación Schmitt - Strauss. Acto seguido, entraremos a la primera parte de nuestra exposición, allí haremos un breve excursio sobre la postura teórica de Carl Schmitt, esto con objeto de ver cómo este pensador del Orden Concreto plasma su postura respecto al Liberalismo Político. La segunda parte de nuestra conferencia rastreará las críticas y alcances de la lectura que de “El concepto de lo político” hace Leo Strauss. Finalizaremos con algunas conclusiones respecto, tanto a la crítica de Strauss sobre Schmitt, como con unos epílogos sobre la filosofía política y las lecturas de Schmitt en Colombia.

Introducción

Antes de iniciar la temática central de nuestra exposición será necesario aclarar algo: ¿Por qué Schmitt?, ¿Por qué Strauss? Schmitt es un pensador que generalmente en Colombia no goza de buena fama, suele creerse y no en vano, pero tampoco con toda la autoridad del caso, que Schmitt es un pensador Nazi, cuyo artículo “El führer defiende su derecho” y su puesto como consejero del Reich en 1936, favorecen la tesis general de que su trabajo intelectual se vio realizado para favorecer al régimen. Además de esto, se le acusa en nuestros medios de ser un pensador católico y antisemita, y se suele recordar el caso de la carta de expulsión de los juristas de origen judío, cuyo caso en particular es el de Hans Kelsen quien, a diferencia de Schmitt, es amado y conocido por todos en nuestro medio. Por su parte, el caso de Strauss es más sencillo. Strauss es prácticamente un desconocido.

Las anteriores acusaciones sobre Schmitt, que en todo caso no son pocas, ni cualesquiera, deben ser sopesadas por cosas como las siguientes: Hay que anotar que su teoría del amigo-enemigo tiene un antecedente grande en uno de sus textos más temprano (y valga decir, poco citado en Colombia) como es el caso de “El romanticismo Político” de 1919, muchos años antes del ascenso de Hitler al Poder en 1933.

Ahora bien, Schmitt fue un desconocido en esa época e incluso en la época de Weimar. Durante los tiempos de Weimar no se le tuvo ningún aprecio y, contrario a lo que muchos piensan, durante los tiempos del régimen hubo primero desconfianza por parte del Partido Nacional Socialista para con Schmitt (a razón de su férrea convicción católica) el régimen se pasó de la desconfianza al señalamiento y a la persecución, incluso hubo un atentado contra Schmitt. ¿La causa?, en un importante texto de Schmitt titulado “Sobre el Leviathan” Schmitt critica los usos indirectos del poder y los califica de regímenes totalitarios. Esta lectura por supuesto no le convenía al régimen y a Schmitt le supuso persecuciones.

Por otro lado, analizando la bibliografía de Schmitt y sus textos privados, encontramos lo siguiente: En el diario de Schmitt, el día 23 de enero de 1933, día del ascenso de Hitler, Schmitt anota lo siguiente: “*El mito ha llegado a su fin. Schieder se retira. Llegan Papen y Hitler al poder. El viejo se ha vuelto loco*”. Además de sus escritos privados tenemos una serie de textos que nos llevan a repensar el problema de Schmitt: por un lado, la cuestión del anti-semitismo entendida como un problema racial desconoce un tópico central de Schmitt, la “Teología Política”. Además, si se quiere ver el problema judío como un problema personal, los acusadores de Schmitt tendrán que responder por qué Schmitt le dedica una de sus obras más importantes a un judío amigo. La “Teoría de la Constitución” está dedicada a Franz Eiser. Otro aspecto importante a resaltar es que si bien el tribunal de Núremberg le impidió la enseñanza también lo absolvió. Por su parte, en los días en los que Schmitt esperó su juicio en la cárcel escribiría otro texto capital para la comprensión de su obra y de su vida: “*Ex Capitative Salus*”, otro de esos textos capitales de la obra de Schmitt que en Colombia no son citados y que ayudan a ver el problema de Schmitt y los Nazis. En este texto, Schmitt se compara con un personaje de un cuento de Herman Maville en el que su Benito Sereno, el capitán de Barco y protagonista de la historia, es preso de sus propios esclavos. Otro dato importante de esta relación es el siguiente: en dicho y desconocido texto, Schmitt se autobautiza Epimeteo Cristiano, haciendo relación al caso visto por él en su *Teología política* y en su *Concepto de lo político*, a saber: La neutralización teórica del espacio trascendente de la política y la técnica como fuente del colapso y la guerra sin sentido.

Finalmente, dos acotaciones sobre aquel pensador que R. Aron y J. Freund llamarían “maestro” y de quien Taubes diría que es el pensador del siglo junto con M. Heidegger. El primer comentario viene de Kojève, es decir, de la Izquierda intelectual hegeliana, quien dijo que “*Carl Schmitt es el único pensador con el que vale la pena hablar en Alemania*”; el otro comentario, viene también de la Izquierda pero mucho menos reposada y madura –hablo del periódico de la Unión Socialista Alemana del Este–, que hablando de los textos de Schmitt se refirió del siguiente modo: “Es fundamental leer su bibliografía aun cuando sea fascista”. Con esto hemos avanzado en la cuestión de ¿por qué Schmitt?

1. Primera parte: la relación Schmitt - Strauss

La revisión de la correspondencia de estos autores muestra que se cruzaron tres cartas. La primera y la última por cuestiones que atienden la burocracia académica. La tercera carta es del 10 de junio de 1933. La carta que media entre esta dos fue escrita en Berlín el 4 de septiembre de 1932. Strauss –judío– se dirige con mucho respeto y admiración a Schmitt, pero a diferencia de las otras dos cartas, esta misiva tiene por objeto no cuestiones administrativas y formales sino cuestiones teóricas.

En dicha carta Strauss expone lo siguiente: a) Strauss confiesa que las tesis de Schmitt están expuestas de singular manera a malos entendidos. b) corrigiendo algunas malas interpretaciones y apoyado en sus lecturas y en alguna conversación de café con Schmitt, Strauss afirma que la intención de Schmitt es señalar que: “*hay una tendencia primera de la naturaleza humana a formar grupos exclusivos*” de lo cual se deriva que toda relación humana (Izquierda-Derecha, Anarquía-Autoridad, Pacifismo Internacionalista-Belicismo Nacionalista) conduce a una dicotomía natural y constitutiva entre grupos de exclusión formados por la idea de amigo y enemigo.

Hasta acá he intentado poner de manifiesto lo siguiente: respecto a ¿por qué Schmitt?; analizamos que incluso las posturas más opuestas a Schmitt, las cultas y serenas (Kojève) y las que no tanto, (los periódicos sensacionalistas) reconocen la valía intelectual de Schmitt. Por su parte, un breve recorrido por la bibliografía de Schmitt muestra que su obra está lejos de ser clara, y que es menester hacer juicios a partir de toda su obra.

Respecto a la relación de Schmitt - Strauss podemos destacar lo siguiente: Si bien su cruce epistolar fue escaso (de hecho Schmitt nunca respondió las cartas de Strauss) Schmitt reconoce que fue Strauss su mejor lector y más grande crítico. Por tanto, una vez allanado el camino, nos abocaremos a rastrear brevemente en qué consiste la obra de Schmitt como pensador del orden, y en qué sentido acusa al Liberalismo. Solo después de esto nos será posible entender la crítica de Strauss a Schmitt.

1.1 Del Decisionismo al Orden concreto: Las Críticas de Schmitt al Liberalismo

Con el objeto de puntualizar algunos aspectos de su legado teórico, y deducir de estos las críticas al Liberalismo, en este pasaje de nuestro texto nos dedicaremos a hacer un muy breve recorrido por la obra de Schmitt.

Hay que empezar a señalar que el interés de Schmitt por la guerra es un interés teórico, y que esta no es un fin, tampoco es un medio. El interés por parte de Schmitt es tratar de racionalizar la guerra en la mayor medida posible. De reglamentarla. Tal interés incluye la premisa de que la guerra siempre se presenta como una posibilidad entre los humanos, y que debe ser entendida como una cuestión pública, no como un odio privado sobre sujetos particulares. Pero, ¿qué es lo que ocurre en la guerra? La guerra decanta la autoridad. En efecto, cuando hay una disputa entre dos entes de idéntica valía estos tienen derecho a interpretar un mismo acto; de hecho, el conflicto nace porque su interpretación de tal acto no solo es diversa sino antagónica.

De tal modo, la guerra entre dos Estados es el producto de la racionalización del *ius publicum europeum* que logró decantar la guerra y pasarla de actos privados por la verdad (por ejemplo la religiosa) hacia acciones basadas en criterios objetivos,

tales como los sujetos involucrados en la guerra, los métodos y fines válidos para tales acciones bélicas, sus determinados tiempos y espacios. De allí que Schmitt recurra a la analogía entre las guerras y los duelos entre caballeros.

Pero, ¿quiénes son los caballeros que intervienen en las guerras?, ¿cuál es el criterio de intervención y agrupamiento en los conflictos? Schmitt observa que la tendencia natural de los seres humanos al agrupamiento es el supuesto de la política y que tales agrupamientos suponen la división entre amigos y enemigos de un tipo de existencia. Es decir, la enemistad es un criterio epistemológico de distinción del soberano de un Estado con el que este es capaz de identificar su soberanía; la enemistad es un criterio de partida con el cual se da sentido a la Constitución de un orden civil. De tal modo, el *“enemigo es simplemente el otro, el extraño”*, el que en su esencia tiene la premisa de ser existencialmente distinto en un modo *“singularmente intenso”* a otro, el *“enemigo es un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo a una posibilidad real, se opone combativamente a otro análogo”* (Sch 1998, p 57). De tal modo, enemigo no es cualquiera, sino aquel agrupamiento público que dada su intensidad se opone existencialmente a otro. Cuando esto ocurre, la enemistad es entonces no solo un criterio epistemológico del soberano para entender las agrupaciones dentro de su territorio, sino que es también un criterio ontológico que representa una oposición pública a un pueblo y del que dada la intensidad no existen formas jurídicas para vincularlo a dicha unidad política.

De hecho, en opinión de Schmitt, el criterio de la política amigo-enemigo, es un criterio independiente y anterior a todo tipo de agrupamiento y criterio de la vida humana. Así, la esfera de la economía y su criterio de rentable y no rentable, la esfera de la moral y sus criterios de bueno y malo, y la esfera de la estética y sus criterios de bello y feo, son subproductos de la política, que por ser posteriores son secundarios, pues lo que definitivamente está en juego es el criterio político de amigo y enemigo que subsume a las anteriores categoría y criterios.

Según la mirada ontológico-existencial de Schmitt, apoyado en la independencia del criterio político, esto es, la agrupación amigo-enemigo, sobre los otros criterios (economía, moral y estética), Schmitt deduce que *“todas las teorías políticas propiamente dichas descansan en el supuesto de que el hombre es malo”*, es decir, *un ser peligroso y dinámico*, o de otro modo, la *“extraña comprobación”* de que el hombre es malo, si se quiere, la comprobación de que no es un ángel, justifica la pregunta por la autoridad y el Estado, pues si el hombre fuera bueno por naturaleza y viviera entre hombres buenos, la paz, la seguridad, la armonía se darían por sí solos, y entonces sobrarían los políticos, los educadores y los moralistas, por ejemplo. Pero dado que el mundo de los humanos no es así, se da por entendida la necesidad de entablar una autoridad en un Estado, vale anotar acá, esto no es, en opinión de Schmitt, una mirada pesimista, sino una mirada realista de la política.

Según lo anterior, Schmitt dedujo la importancia de la racionalización de la guerra en la política a partir de los sujetos, los espacios y las relaciones fines y medios; luego de ello observamos cómo la antropología negativa sustentaría la necesidad de autoridad dentro del Estado a razón de los agrupamientos onto-existenciales de amigos y enemigos. Nos preguntamos ahora, según esto, ¿quién es el soberano según Schmitt?

La respuesta es famosa: soberano es aquel que decide en los momentos de excepción. En otras palabras, el criterio realista de la antropología negativa de Schmitt lo lleva a una definición contundente del asunto de la soberanía. Según esto, es soberano aquel que logra decidir eficazmente en los momentos intensos y particulares de excepcionalidad. Soberano es aquel que juzga cuando la norma no dice quién decide. Aquel que enjuicia cuando ocurre algo que la norma no contempla. Soberano es también aquel que decide cuándo es la norma misma la que está siendo cuestionada.

Cuando Schmitt dice “*Soberano es quien decide*” está proponiendo un criterio de universalidad a partir del titular del Mando. Concibe la soberanía como unidad del mando re-presentada en un sujeto, aquel que se disputa por la “*aplicación concreta*” de la decisión. Schmitt es enfático en decir que cuando se discute sobre el soberano y su decisión, lo que se discute es “*quién es el llamado a decidir en caso de conflicto, en qué estriba el interés público y qué conviene hacer*” (Sch Teo Pol, 2005, p. 24). Así entonces, este titular del mando es agente de la *Forma* bajo la cual se interpreta el acontecer de lo político: la estatalidad. Ahora bien, ¿qué hace exactamente el soberano?, ¿en qué consiste su decisión y de qué tipo son?

Respecto a su origen, encontramos que la *Decisión* es una creación *ex nihilo*. Nace de la nada. Schmitt considera que la decisión es análoga al milagro por cuanto que tanto el milagro como la excepción son *Criterios* de los que se parte para romper con el estado actual de las cosas; así, la excepción representa en política el milagro de la creación, donde Dios, en su *intervención directa como maquinista* crearía el mundo. Así también, la *Decisión* es una intervención directa del soberano sobre el mundo para interferir y modificar el estado actual de las cosas. ¿Cuál es este estado de las cosas y por qué intervine? Schmitt observa que en el desorden es imposible aplicar una regla o medida, por ello, la condición de la aplicabilidad del sistema jurídico normativo es el Orden. El positivismo depende y funciona solamente en el orden. Este Criterio o Forma tiene carácter de “inevitable” o Necesario (en sentido matemático) y por si fuera poco, el Criterio es agente de un cierto efecto re organizador o creador de una nueva época hacia donde debe dirigirse la decisión (un nuevo *Orden Concreto*); el Criterio o Forma, es decir, el soberano, tiene además el efecto sintético de articular lo universal con lo particular que, en palabras del propio Schmitt, es la “*Unión de lo fáctico con lo jurídico*” y

esta unión sintética “*es el problema cardinal del concepto de Soberanía*” (Sch. *Teo Pol.*, 2005, p. 36). Schmitt considera que tal intervención del soberano se da en un nuevo marco caótico (como señalamos arriba, por ejemplo, cuando son las normas mismas las que están siendo cuestionadas). Así pues, esta forma de pensar la ciencia jurídica, la del Decisionismo, tiene como *a priori* el caos, o al menos, la imposibilidad de que las normas actúen, esto indica que la posibilidad de la creación de un Orden se da en el caos y el soberano es, por decirlo pre platónicamente, el Αρχη que permite el paso del Caos al Logos¹.

Ahora bien, si soberano es quien decide, nos preguntamos, ¿de qué tipos de decisión habla Schmitt? La decisión para Schmitt es la unión del universal o *deber ser* de la política con el particular, es decir, la voluntad de un sujeto que *es*; de este modo se logra unir lo fáctico con lo jurídico. Esta decisión tiene una finalidad que es superar el estado caótico y posibilitar la creación de un nuevo orden jurídico, de igual modo, la decisión está orientada no solo a acabar el conflicto entre amigos y enemigos, sino además y principalmente a superar las condiciones que dieron origen al conflicto. De tal modo que el Decisionismo no es solamente una de las tres formas de pensar la ciencia jurídica, sino que además es la fuente de todo derecho. Así pues, el Decisionismo no es una doctrina caprichosa para validar gustos privados, sino que tiene su fuente en la antropología negativa y las intenciones de realismo político de la modernidad; así las cosas, es posible ubicar al soberano fuera de la norma sin dejarlo a su entera voluntad, es decir, en el caso de la excepción hay una serie de reglas que son distintas a las normas que están siendo atacadas en el momento del caos. ¿Cuáles son tales normas para juzgar al soberano anfibio que hace parte de la Constitución pero está fuera de las normas?

Las normas para juzgar las decisiones del soberano son dos: Llamamos decisión concreta a la decisión que se da en el momento mismo del caos y la excepción, la decisión tiene por norma el sentido común. Es decir, el soberano que decide debe decidir aquello que el sentido común de la mayoría elegiría hacer de estar en la misma posición. Esto del sentido común y la mayoría es fundamental puesto que al ser el sentido común, común, y la mayoría una mayoría, es que la decisión en sentido concreto se legitima. Por otro lado, existe un tipo de decisión que no es la concreta, es decir, aquella que se toma en el momento de la excepción por parte de un solo individuo, sino que es decisión tomada en momentos donde el conflicto no es un acto sino una posibilidad. Acá la decisión tiene una serie de reglas semejantes pero que es tomada libremente, no atada a particulares casos, sin embargo, esta decisión estará atada también a la superación del conflicto y a la instauración de la paz.

¹ Por Αρχη , entendemos con Aristóteles “aquello de lo cual están constituidas las cosas, a partir de lo cual se generan y descomponen y permanecen en dicha entidad por más que esta cambie en sus cualidades” (*Metafísica*. I 983B-6, Gredos: Madrid, 1983, pág. 80).

Con estos elementos del Τέλος, la legitimidad de la decisión, y la diferencia entre la decisión concreta y la reflexión. A partir de estas reglas de la decisión Schmitt logra entablar la diferencia entre *Estado total* y *Estado totalitario*. Esto es clave en el pensamiento de Schmitt. (Aunque lo menciona pocas veces).

Schmitt entiende por *Estado total* o *Estado cualitativo* aquella forma positiva del Estado donde se compaginan las tres formas de pensar la ciencia jurídica y las reglas de la toma de decisiones se respetan con vistas a un Orden Concreto. Schmitt es el pensador del *ius publicum* y el Orden Concreto. Por su parte, el *Estado totalitario* o *total cuantitativo*, es decir, la noción negativa del Estado, se da cuando no se respetan los criterios de las tomas de decisiones, cuando el criterio de la enemistad no es público sino privado, cuando el objetivo no es racionalizar la guerra y superar el estado caótico, sino que se cayó en un estado de guerra sin sentido y sin responsables de la conducción de la guerra. Ahora bien, esta noción resulta aún más compleja por cuanto que para Schmitt el *estado totalitario* no es solo un concepto sino también el resultado de un proceso histórico de secularización que cubrió varias etapas que van desde el momento de la politicidad religiosa (las guerras religiosas) pasando por la metafísica del siglo XVII, hasta el dictamen de la política por criterios morales (la Ilustración), que le abrió paso a la política dictaminada por criterios económicos, todo lo cual supuso el surgimiento de la política conducida por la era de la técnica. Por tanto, hay que decir que el objetivo de Schmitt no es fundar un Estado Totalitario sino que este es un concepto, y no es un concepto cualquiera, sino que es, de hecho, un concepto de su filosofía de la historia que busca explicar toda la moderna historia política y el peligro de la despolitización de la moderna era de las neutralizaciones y las despolitizaciones.

¿Cómo ocurrió tal cosa? El ascenso del pensamiento anti-político apareció en opinión de Schmitt con la derrota de Napoleón en 1814 y el surgimiento del imperio marítimo británico. El imperio británico marítimo supuso hacer política en un espacio indeterminado como el mar, y no en el espacio acotado de la tierra; este enroque *entre Tierra y Mar*, tiene como consecuencia que se eliminan los responsables de las acciones bélicas y de la toma de decisiones y agrupamientos, sin que se elimine por ello las agrupaciones y las decisiones, lo que ocurriría, según Schmitt, es que se privatizaron las decisiones y se creó el espacio para que las decisiones fueran tomadas por poderes privados e indirectos, y no de manera pública y sobre fines públicos. Se modificó “*El nomos de la tierra*”.

Otra consecuencia fue que se eliminó la responsabilidad de decidir entre amigos y enemigos, y se abrió espacio a la neutralidad. El problema de ello es que la técnica militar no es neutra y por ello la guerra dejó de tener sus reglas y de buscar la fundación de un Nuevo Orden y cayó al absurdo exterminio sin sentido. Es neutro en tanto que vacío. Finalmente, la inversión de Tierra y Mar, limitó la

política. Para decirlo de manera simple, lo que ocurrió fue que el gran Leviathan, animal poderoso de la Tierra fue suplantado por el gran monstruo Behemont.

119

1.2 Nota conclusiva de este apartado

De todo lo anterior podemos deducir varias cosas: La primera de ellas es que el despliegue sobre la obra entera de Schmitt muestra a un fino pensador de la filosofía política y jurídica que intenta interpretar la naturaleza humana desde la antropología negativa con intención de hacer de la política un saber más preciso y realista. Para ello formulará una serie de conceptos, entre ellos el Decisionismo, que cuenta con una serie de reglas e instancias; sin embargo, la obra de Schmitt no se limita a esto sino que el Decisionismo es una parte fundamental de *“tres formas de pensar la ciencia jurídica”*, lo cual está atado a una fina filosofía de la historia y al Orden Concreto.

Ahora bien, el despliegue de la obra de Schmitt muestra una serie de críticas importantes al liberalismo y al positivismo jurídico, hijo legítimo del liberalismo, a saber: la muy compleja teoría de Schmitt lleva a ver que el normativismo jurídico es una forma de pensar la ciencia jurídica y que esta es insuficiente para los casos excepcionales; la respuesta a estos problemas se encuentra en el Decisionismo, cuyo padre, según Schmitt, es Hobbes, de tal modo que el Decisionismo sí puede responder a las crisis del sistema normativo sin dejar de ser por ello derecho.

Por otro lado, vimos que el liberalismo vincula la política a la Ética, y estas son sometidas a la Economía. De tal modo que genera incremento de la irracionalidad en la guerra al hacer de esta una guerra por razones privadas, morales y económicas, y por ello odios personales radicales en nombre de la paz pública. De igual modo, en opinión de Schmitt, la separación de poderes del Liberalismo hace que el Estado esté atado de manos a la división de poderes y no pueda reaccionar en momentos de crisis, en casos excepcionales, por lo cual, cree Schmitt, el Liberalismo político tiene una visión reducida o incompleta del Estado (se limita a una de las tres formas de pensar la ciencia jurídica), visión que se reduce a ver el Estado como garante del orden y controlador de la violencia entre individuos, pero que no analiza el papel creador del Estado, como tampoco es capaz de responder a una crisis cuando la norma no dice a quién le toca decidir, o aún más, que no dice nada cuando es la norma misma la que está siendo cuestionada. Por lo cual, su única posibilidad es el diálogo, cosa peligrosa en opinión de Schmitt, porque carece de capacidad de respuesta cuando se oponen dos enemigos existenciales, entre los cuales no cabe diálogo. Esto trae como consecuencia que la neutralidad pretendida por el Liberalismo deviene en incapacidad para diferenciar la guerra de la paz, dejando al Estado y a sus habitantes a merced de la técnica, que en tanto vacía (y jamás neutra) es peligrosa, abandonando a los Estados y sus integrantes a una guerra de aniquilación total y sin sentido (pues no reconoce enemigos) cuyos ciudadanos mueren en privado en medio del confort que su vida burguesa liberal les otorgó.

2. Segunda Parte: la lectura de Strauss

Tras lo anteriormente dicho, y recordando que el propio Carl Schmitt consideró al joven Strauss su más atento lector y crítico, procederemos a anotar las críticas que Strauss hiciera a modo de “*Comentario sobre El concepto de lo Político de Carl Schmitt*”. Anotaremos las críticas de Strauss a Schmitt en dos perspectivas que se siguen una de la otra: en primera instancia las que corresponden a la interpretación de Tomas Hobbes. En segundo lugar, atenderemos las consecuencias de tal aspecto.

2.1 La “adecuada interpretación de Hobbes”

Como se señaló arriba, Strauss viaja de Alemania a Francia y de Francia a Inglaterra para hacer estudios sobre Hobbes. Gracias a las recomendaciones de Schmitt, cabe anotar. En ambos momentos, Strauss le escribe a Schmitt para gestionar asuntos académicos y administrativos relacionados con la beca para estudiar en Oxford. No estamos interesados en reconstruir o reseñar el texto de Strauss de 1936 titulado: “*La Filosofía Política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*”. No lo haremos porque en el prefacio a la edición inglesa de la misma obra, realizada en 1952, el propio Strauss reconoce que su estudio de 20 años atrás es erróneo e insuficiente, y señala que “la causa inmediata” de la insuficiencia y sus errores proceden fundamentalmente de no considerar el Arte de Escribir de Maquiavelo, razón por la que, en opinión de Strauss, es el florentino y no Hobbes el padre de la filosofía política moderna.

Pero si esto es así, ¿por qué estamos interesados en la lectura que Strauss hace de Hobbes? ¿Por qué Hobbes es importante para Strauss? Es importante la lectura de Strauss sobre Hobbes porque en su “*Comentario al Concepto de lo político de Carl Schmitt*”, Strauss señala que “*Hobbes sentó las bases del liberalismo, por lo tanto, una crítica radical al liberalismo solo es posible sobre la base de una adecuada comprensión de Hobbes*”. Estrictamente hablando, el *quid* es el siguiente: Schmitt critica al Liberalismo y para ello se remonta al Decisionismo político, cuyo padre según Schmitt es Tomas Hobbes. Por su parte, Strauss considera que Hobbes es el padre del liberalismo y que por ello no es un refugio para atacar al liberalismo. Es decir, en opinión de Strauss, Hobbes es el padre del pensamiento anti-político y anti-decisionista por excelencia. De allí que todo dependa de una “comprensión adecuada” de Hobbes. De tal modo, aquello que Strauss considera la “comprensión adecuada de Hobbes” tiene las siguientes premisas:

2.1.1 Comprensión del “Estado de Naturaleza”

Acá encontramos una diferencia fundamental con la lectura que hace Schmitt del mismo problema. Strauss creería que “*El concepto de lo político*” de Schmitt vincula

el Estado de Naturaleza ya en la Constitución del Estado; además, según Strauss, Schmitt considera que el Estado de Naturaleza parte del criterio de amigo-enemigo y —como Schmitt dirá más adelante en su muy brillante interpretación del Leviathan—, el problema de la obediencia estriba en que esta es una exigencia política y no puede estar atada al interés privado. A razón de este problema Schmitt diagnosticará el nacimiento y muerte del Leviathan.

En opinión de Strauss hay una incompreensión del concepto de Estado de Naturaleza por parte de Schmitt. Strauss cree que la noción hobbesiana de Estado de Naturaleza menta un supuesto político de hostilidad del hombre en medio del caos, donde la guerra, que siempre es potencial, debe ser superada, en la mayor medida posible por la creación del Estado; a partir de este momento se configura la moral y el orden, luego se pide obediencia. Con esto nace el Estado. Ahora bien, en Hobbes la obediencia está condicionada al interés individual.

2.1.2 *Comprensión de la noción de Maldad*

El otro blanco de la crítica de Strauss corresponde a la comprensión de Maldad de Hobbes. En opinión de Strauss, la noción hobbesiana de maldad natural no diferencia entre bien y mal pues bien y mal son convenciones sociales y por tanto instituidas políticamente, es decir, posteriores a la creación del Estado; luego, en el estado de naturaleza no hay mal y bien, sino “maldad inocente”, y si es “inocente” o pre política no es maldad. Esta lectura ataca la premisa antropológica de la maldad natural del hombre del pensamiento político de Schmitt. En efecto, la premisa de la maldad natural del hombre como supuesto de toda teoría política supone dos opciones, o bien tal premisa es un supuesto y entonces, dice Strauss, también hay que aceptar el supuesto de lo contrario, es decir, la bondad natural del hombre; o bien, no es un supuesto, sino que es una afirmación. Si este es el camino de Schmitt, dice Strauss, habrá que aceptar que tal afirmación deviene en una moral, a saber, la moral del guerrero. De tal modo que la dicotomía amigo-enemigo que busca analizar la totalidad de los hombres es una moral de cuño normativo del individuo liberal, y con ello, cree Strauss, Schmitt caería en uno de los subproductos de la cultura liberal, en este caso no cae en los del subproducto de la economía (con su criterio de rentable y no rentable), tampoco en el de la estética (bello y feo) sino que cae en el subproducto de la moral (bueno y malo) afirmando una moral buena, la del guerrero, calificando de mala la del neutral. Aquí valen las palabras de Strauss en su texto *What is Political Philosophy*, cuando menciona que “*Uno puede preguntarse si la distinción del derecho alemán entre Filosofía Jurídica y Moral tiene sentido*”. Pues, cree Strauss, la filosofía política es práctica porque es moral, esto es, se pregunta por el mejor tipo de vida posible en la mejor sociedad posible.

2.2 Las consecuencias

De aquello que Strauss llamó la “*adecuada comprensión de Hobbes*” analizamos una serie de consecuencias para el texto de Schmitt, a saber:

Schmitt se ha remontado del positivismo jurídico y realizó una crítica desde el Decisionismo. Amparándose para ello en Hobbes. Empero, según Strauss, Schmitt aún permanece cautivo de la primera ola de modernidad (Descartes, Hobbes, Locke) es decir, de aquella que suplantó la Naturaleza por la Historia y que constituyó como Ley Positiva desde la voluntad general, para orientar la vida de los hombres; aquella ola observa la polis con las características de la máquina moderna, en comparación con la artesanía antigua; Además es Hobbes quien sostiene la perspectiva del ciudadano individual pues está interesado en mantener la “*salus populus*” a partir de 4 criterios, a saber: a) El ciudadano privado, b) el ciudadano próspero, c) el ciudadano próspero a partir de la ganancia económica, y d) el ciudadano como ciudadano partícipe del contrato por miedo a la muerte violenta. Estas 4 reglas del Liberalismo Moderno tienen intención de ser menos utópicas que la teoría política antigua, es decir, para diferenciarse de la filosofía política antigua, la filosofía política moderna decidió –con Hobbes y Maquiavelo– bajar conscientemente los ideales y pasarlos a metas más realistas, lo cual supuso a su vez un cambio de orientación, pues ya no se basarán en los casos normales sino en los excepcionales. De tal modo que, según Strauss, el intento schmittiano por batallar contra el liberalismo, como hermenéutica de una batalla mayor, a saber, el combate entre ateísmo y fe, es en todo caso una perspectiva moral del tema, estrictamente, hace parte de los límites de la moral liberal moderna, cuyas premisas fueron sentadas por Hobbes y por esta razón, cree Strauss, Schmitt está encadenado al Liberalismo. Vio el caos venir, pero se encontraba ya atrapado.

2.2.1 Notas para el cierre: “*a modo de conclusión*”

Mencionar en esta charla una conclusión es casi una contradicción. Nuestro interés no fue jamás tratar nada de modo concluyente y definitorio. Por tanto, tomaremos como notas de cierre para la apertura de la discusión los siguientes aspectos:

- a) Schmitt y la academia colombiana. Respecto a esta relación se mencionó que existe una serie de lecturas que son pocas si se compara con la alta producción bibliográfica que hay sobre el mismo tema en otros países; tales lecturas además, son muchas veces incompletas, sesgadas, o incipientes; pero hay que anotar también que existen intentos nuevos, y eventos como el presente simposio y algunas publicaciones, que invitan a pensar sobre lo desconocido y temido. En este caso a Schmitt. De algún modo, la mejor manera para criticarlo es conocerlo bien.

- b) Ahora bien, respecto a las críticas a la Democracia Liberal no nos interesa discutir ahora la pertinencia de las críticas de Schmitt o no a la Democracia Liberal. Tamaña tarea se escapa de las posibilidades de esta ponencia, pues creo, esta empresa debe ocupar más tiempo y más calma, debe además vincular a otros interlocutores; de tal modo que lo verdaderamente importante es mencionar que los enemigos más críticos de aquello que amamos son los que más tienen para enseñar sobre aquello mismo que nosotros queremos defender.
- c) A propósito de la relación crítica de Strauss sobre la obra de Schmitt, hay que decir que no tenemos el tiempo para discutir los eruditos trabajos de H. Meir, quien considera que toda la obra de Strauss y de Schmitt consiste en un “diálogo oculto entre los dos autores”. Empero, nos preguntamos si acaso los alcances de la obra de Strauss y de Schmitt no van más allá de eso; vg., respecto al caso de Strauss, nos preguntamos ¿con quién no discutió Strauss? Strauss discutió con toda la filosofía moderna, no solo con Schmitt. Por su parte y respecto a Schmitt creemos que la crítica al positivismo, la filosofía de la historia, el problema del *kat echón* de Schmitt, etc., lo alejan de la idea de que solo discutió con Strauss.
- d) Ahora bien, la discusión entre Strauss y Schmitt muestra que la idea straussiana según la cual Schmitt excluye la moral como parte de la esencia de lo político pero no por ello su visión deja de ser moral parece acertada. En efecto, afirma la moral del guerrero. Además, la interpretación straussiana nos lleva a pensar que si el liberalismo es el pensamiento antipolítico y antidecisionista por excelencia debido a su protección del individuo en la esfera privada, tenemos que decir que, según Strauss, quien introdujo esta idea fue Hobbes, luego él es el padre del Liberalismo Moderno. En este sentido tiene razón Strauss, y por tanto consideramos que Carl Schmitt, el Epimeteo cristiano, está atrapado dentro de los límites de la primera ola de modernidad liberal. Finalmente, Strauss cree que la crítica a la filosofía moderna se debe hacer desde un ángulo distinto a la propia filosofía moderna. Esta idea, no menos polémica, no podremos desarrollarla ahora. Nos limitaremos a mencionarla.

Más importante que esto es ver cómo la crítica de Strauss le sirve a Schmitt para explorar nuevos campos de su investigación y para responder a cuestiones no planteadas antes. De igual modo, la humildad y honestidad con la que Strauss inicia su prólogo a la edición inglesa del texto sobre Hobbes son ya una enseñanza, en efecto, el texto inicia reconociendo sus insuficiencias y sus propios errores; quizá la única cosa que queríamos mostrar a lo largo de la conferencia es que la libertad empieza por la emancipación del pensar, por la relación con el crítico, con aquel que dice aquello que a mí no me gustaría escuchar, es una invitación: “No al dogma”, esta expresión no es otro dogma, hace parte fundamental de la filosofía Zetéctica, aquella que pide pensar para establecer criterios, y criterios para ser pensados y criticados.

Esta es una invitación a dejar los dogmas y a reconocer la connotación positiva de la palabra crítica. Schmitt aprendió de la crítica de Strauss, Strauss aprendió de su propia crítica 20 años después, y nosotros invitamos a escuchar otros discursos, porque insistimos, escuchar a los críticos de aquello que amamos nos lleva a conocer; esto evitará que nos parezcamos al personaje de la obra de Oscar Wilde arriba citada y que digamos con él, “*a mí me deleita hablar de política. Hablo de ella todo el día. Pero no soporto oír hablar de ella a los demás*”. Evitar esta actitud y aprender de la crítica es un paso fundamental para la emancipación intelectual.

Bibliografía

ARISTÓTELES. *Física*. Barcelona: Planeta, 1986.

_____. *Metafísica*. Gredos: Madrid, 1983.

ARON, R. *Penser la guerre, Clausewitz, Gallimard, Bibliothèque de Sciences Humaines*. 1976.

BALAKRISHANN, G. *The Enemy an Intellectual Portrait of Carl Schmitt*. London: Verso, 2000.

BALIBAR, E. *Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes. Préface a Carl Schmitt: Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Hobbes*. D. Trierweriler (Trd) Paris: Seuil, 2002.

BENAVIDES, FARID. *Continuidad y discontinuidad en Carl Schmitt*. Bogotá: Ibáñez Editorial, 2008.

BENOIS, A. *Carl Schmitt*. Actuel, Paris, Crisis, Empresas Políticas 4, 2004.

_____. “Una nueva campaña infamatoria contra Carl Schmitt”, en: *Empresas Políticas*, 4, 2004.

CARACCILO, A. *Il nazismo de Carl Schmitt ed un suo critico*. www.geocities.com/nomos_fr/recensions/ilnazismodics.htm

CORBETA, J. y BERTÍ, H. *La noción de legitimidad en el Concepto de lo político de C. Schmitt*. Buenos Aires: Struhart, 1997.

CUMIN, DAVID. *Carl Schmitt, Biographie politique et intellectuelle*. Paris: Les Editions Du Cerf. 2005.

DOTTI, J. “¿Quién mató al Leviathan?”, en: *Deus Mortalis*, Buenos Aires, 2000.

_____. *Carl Schmitt en Argentina*. Buenos Aires: Homo Sapiens, 2000.

_____. “Seguid a vuestro jefe”, en: *Deus Mortalis*, Buenos Aires, 2000.

FERNÁNDEZ, JOSÉ. "Aproximaciones al Enemigo", en: DOTTI (Comp.). *Carl Schmitt época y pensamiento*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

FREUD, J. *La esencia de lo político*. Madrid: Editora Nacional, 1968.

_____. *¿Qué es la política?* Buenos Aires: Struhart, 2006.

_____. "Schmitt Political Thought", en: *Revista Telos*, 102: 11-43.

_____. *Vista en conjunto sobre la obra de C. Schmitt*. Buenos Aires: Struhart, 2006.

GALI, CARLO. *Espacios políticos*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.

GIRALDO, J. (Comp.). *Schmitt: Política y Grandes Espacios*. Medellín: Eafit, 2008.

GUERRERO, OSCAR. "Carl Schmitt", en: *Revista Argumentos*, 1998.

H.L. SAINT PIERRE. "La centralidad en el concepto de enemigo", en: Dotti (Comp.). *Carl Schmitt, época y pensamiento*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

HILB, C. "Más allá del liberalismo, Notas sobre la Anmerkungen de L. Strauss a El Concepto de lo Político de C. Schmitt", en: Dotti (Comp.) *Carl Schmitt, su época y pensamiento*. Buenos Aires: Eudeba, 2002, págs. 211-227.

KERVEGAN, J. "Se servir des écrits de Carl Schmitt", en : *Le monde*, abril 4, 2005.

_____. *Hegel Carl Schmitt*. Buenos Aires: Escolar y Mayo, 2007.

MEIER, H. C. *Schmitt y L. Strauss: el problema teológico político*. Buenos Aires: Katz, 2006.

_____. *C. Schmitt, L. Strauss y el concepto de los políticos*. Buenos Aires: Katz, 2008.

_____. "The Hidden Dialogue", en: *Chicago Press*, 1995.

SCALOTTA, M. *Teología Política*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2008.

SCHMITT, C. *Ex capivitate salus*. Buenos Aires: Struhart, 1994.

_____. *La dictadura*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

_____. *Teología Política*. Buenos Aires: Struhart, 2005.

- _____. *El Nomos de la Tierra*. Buenos Aires: F.C.E., 2007.
- _____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.
- _____. *Clausewitz como pensador político*. Buenos Aires: Editorial Struhart y Cía., 1971.
- _____. *La notion du politique-Théorie du Partisan, Calmann-Lévy 1972. Hay edición española en Struhart y Cía. Bs as.*
- _____. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar de Ediciones, 1971.
- _____. *Théologie politique Traduit de l'allemand ET présenté par Jean-Louis Schlegel*. Éditions Gallimard, 1985.
- _____. *Political Theology*"; Cambridge, 1988.
- _____. *Clausewitz como pensador político*. Buenos Aires: Struhart, 1998.
- _____. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza, 1998.
- _____. *El Leviathan en la Teoría de Hobbes*. Buenos Aires: Struhart, 2002.
- _____. *Legalidad y legitimidad*. Buenos Aires: Struhart, 1994.
- _____. *Teoría del partisano*. Buenos Aires: Struhart, 2005.
- _____. *Teoría del Partisano*. Buenos Aires: Folios, 1984.
- _____. *Tierra y Mar*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- SERRANO, GONZALO. *Consenso y conflicto: Carl Schmitt y Hannah Arendt*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2002.
- SLAGTAD, R. "Constitucionalismo liberal y sus críticos", en: Elster, J. (Comp.). *Constitucionalismo y Democracia*. México: F.C.E., 1999.
- STRAUSS, L. *An introduction to political Philosophy: The tree Weaves of Modernity*. Wayne State University Press, 1989.
- _____. *An introduction to political Philosophy: What is political Philosophy*. Wayne State University Press, 1989.

_____. "Notes on Carl Schmitt, The concept of the political", en: Meier, H. *Carl Schmitt and Leo Strauss, The bidden dialogue*. Chicago, 1995.

_____. *Liberalism, Ancient and Modern*. New York: Basic Books, 1968.

_____. *The rebirth of Classical Political Rationalism*. Compilador: Th. L Pangel, Chicago.

_____. *What is Political Philosophy?* New York, Free Press, 1959. University of Chicago Press, 1989.

VILLAR B., LUIS. *Donoso Cortés y Carl Schmitt*. Bogotá: Universidad Externado, 2006.

WILDE, OSCAR. *El Marido Ideal*. Edición bilingüe, Bosch Editorial, 1977.

HERNÁN
MARTÍNEZ
FERRO

Carl Schmitt: crítica a las nociones liberales de *Legitimidad*, *Legalidad* y *Democracia*

Pertenciente a la *Revolución conservadora* que se configuró en la cultura alemana de los años veinte del pasado siglo, precursor y fomentador del régimen nazi, confeso anti-demócrata y anti-liberal, adversario de la República de Weimar, blanco de rechazos pero también de reivindicaciones, la figura y el pensamiento del jurista y filósofo de la política Carl Schmitt siguen siendo motivo de prevenciones y polémicas¹.

¹ Carl Schmitt (Plettenburg, Alemania, 1888-id., 1985). Jurista alemán. Profesor en la Universidad de Berlín desde 1934, su doctrina jurídica acerca del Estado se ha señalado como uno de los elementos ideológicos sobre los que se fundó el nacionalsocialismo, al que se adhirió en 1933. Schmitt se afilió al Partido Nacional-Socialista Alemán el primero de mayo de 1933, el mismo día en que lo hizo el filósofo Martín Heidegger. Véase: Dotti, Jorge Dotti y Pinto, Julio (compiladores). "¿Por qué Schmitt?" En: *Carl Schmitt: su época y su pensamiento*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, pág. 79 y ss.

Sin entrar en disputas sobre la responsabilidad personal de Schmitt en ese “tiempo de bajas” que representó el fascismo, ni tomar postura a favor de sus discutibles tesis, destacamos la original radicalidad que, acompañada de una elegante capacidad expositiva, hacen de sus obras una lectura necesaria por lo sugerente de sus planteamientos².

El realismo político, la tesis anti-universalista, la crítica a la democracia liberal, el Decisionismo, la concepción de la política como conflicto y la noción de legitimidad de tipo carismático, son algunas de las ideas de Schmitt que constituyen verdaderos desafíos con los que tiene que confrontar todo aquel que quiera defender un concepto de legitimidad democrático-liberal.

La obra de Schmitt es amplia y compleja. Sus publicaciones, a lo largo de siete décadas, abarcan temas jurídicos, aportes a la teoría del Estado, a la antropología, a la teoría del Derecho, a la teoría política, a la teología política y a la filosofía. No pretendemos, por supuesto, dar cuenta de todo su pensamiento —trabajo acaso imposible dada la asistematicidad de su obra—, nuestra pretensión, mucho más modesta, consiste en analizar la crítica que Schmitt le dirige a la forma como el liberalismo concibe los conceptos de *legalidad*, *legitimidad* y *democracia*. Para ello nos apoyamos en tres escritos de Schmitt que se destacan por su orientación teórica, son ellos: *Legalidad y legitimidad* (1932), *El concepto de lo político* (1932) y *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo* (1926), todos ellos anteriores al ascenso de Hitler al poder en 1933.

1. Legalidad y legitimidad

Entre la amplia y polémica obra del jurista alemán Carl Schmitt, el tema de los fundamentos del poder, de la legalidad y de la legitimidad ocupa un lugar destacado. A dicho tema dedicó un libro que apareció publicado en el verano del año 1932 en Múnich y Leipzig justamente con el título de *Legalidad y Legitimidad*³. La intención expresa del texto es hacer comprender el “derrumbamiento del Estado legislativo

² “Pero en lo personal, una de las acciones más innobles cometidas por Carl Schmitt en ese tiempo de bajas fue su comportamiento con Hans Kelsen. Este, como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, lo había convocado como profesor, a pesar de las ardientes polémicas que lo enfrentaron antes del año 1933. La más sonada de estas la relativa a quién debe ser el defensor de la Constitución. Ya allí se habían contrapuesto una idea autocrática, la de Schmitt, de entregar el control de la Constitución al Presidente del Reich, es decir, hacerlo el propio juez de sus actos, y la posición democrática de Kelsen: control del tribunal constitucional independiente, no sometido a ninguno de los tres órganos tradicionales del poder. El primer profesor destituido de su cargo y despojado de su cátedra en Alemania fue Hans Kelsen. Schmitt se negó a firmar la carta comedida en que sus colegas pedían la revocación de esa orden ministerial y, por el contrario, justificó inmediatamente la medida contra Kelsen y todos los judíos o profesores “no arios”, como forma de “purgar” las universidades alemanas”. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el tercer Reich. ¿La ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época?* Traducción de Luis Villar Borda, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 17.

³ Carl Schmitt. *Legalidad y Legitimidad*. Traducción de José Díaz García, Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., 2002.

parlamentario” a partir de las contradicciones internas de su propio sistema de legalidad heredado del positivismo jurídico; aunque algunos afirman, que más que comprender, el interés real de Schmitt consistía en ayudar al derrumbamiento del régimen parlamentario de la República de Weimar⁴.

Trátese de uno u otro motivo, el libro de Schmitt está centrado en el análisis del sistema de legalidad de la Constitución de Weimar y, por lo mismo, su reflexión gira alrededor de la Alemania de ese momento. Pero, no obstante el carácter epocal que nos permite tener un testimonio de lo que pasaba en Alemania en el periodo entre guerras, el texto tiene una innegable importancia teórica. Básicamente, porque Schmitt no se detiene en la crítica a la Constitución de Weimar, sino que critica el parlamentarismo como forma de gobierno y, aún más, critica el parlamentarismo como forma de Estado. Pensar hoy el estudio de Schmitt sobre la legalidad y la legitimidad nos advierte sobre los peligros a que nos puede conducir la fe ciega en el imperio de la ley que pregona el positivismo jurídico y nos muestra las posibles incoherencias de un Estado democrático parlamentario.

El blanco de la crítica de Schmitt es el positivismo jurídico que, basándose en una neutralización ideológica propia del funcionalismo y en la concepción liberal como ideología de un relativismo fundamental, concentra en la ley toda la dignidad y la majestad del Estado, haciendo de la legalidad el único criterio de legitimidad⁵.

Antes de analizar la crítica al concepto de legalidad positivista básico en la concepción liberal, debemos aclarar lo que Schmitt entiende por Estado legislativo. Para Carl Schmitt lo que se ha entendido desde el siglo XIX en los Estados de la Europa continental como “Estado de Derecho” es en realidad el Estado legislativo parlamentario. En este tipo de Estado imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Se trata del gobierno de las leyes en un doble sentido: gobierno de acuerdo con las leyes, como gobierno con las leyes. Es lo que Weber caracterizaba como Estado legal-racional, y que tiene como fundamento la idea de Aristóteles de que el gobierno de las leyes es mejor que el gobierno de los hombres.

“Por Estado legislativo se entiende un determinado tipo de comunidad política, cuya peculiaridad consiste en que ve la expresión suprema y decisiva de la voluntad común en

⁴ “Que Schmitt, con su crítica a la democracia, no perseguía su mejoramiento sino su destrucción, de acuerdo, y es algo que conviene resaltar. Que la “intención” invalide, por sí sola, la crítica schmittiana, es cosa bien distinta, la falta de rigor de unas ideas no deriva de sus “malas intenciones”, sino de su mal planteamiento”. Véase: Arango, Manuel. *Estudio preliminar*, en: Schmitt, Carl. *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual (1926)*. Madrid: Tecnos, 2008, pág. XIV.

⁵ Schmitt critica que el concepto de ley positivista es privado de toda relación con la razón y con la justicia. Por eso a la pregunta “¿por qué siguió la burocracia alemana a Hitler?”, que le dirigió un tribunal en mayo de 1947, Schmitt puede contestar de forma tajante: “Para esta burocracia ministerial del sistema imperante, la legalidad no era todavía la mera oposición de la legitimidad, sino una manifestación de la misma”. Schmitt, Carl. “El problema de la legalidad”, Apéndice a *Legalidad y Legitimidad*. *Op. cit.*, págs. 119-128.

la proclamación de una especie cualificada de normas que pretenden ser derecho, y a la que, en consecuencia, son reducibles todas las demás funciones, competencias y esferas de actividad del dominio público”⁶.

Las características de un Estado legislativo o Estado de Derecho son: a) existencia de tres poderes públicos separados: ejecutivo, legislativo y judicial; b) el Estado está dominado por normas impersonales, generales, predeterminadas, de contenido mensurable y determinable, en el que la ley está separada del caso concreto; c) la decisión judicial es una mera aplicación de normas y la vida estatal debe ser abarcada por un sistema de legalidad cerrada; d) la soberanía y el poder son ejercidos sobre la base de una ley o en nombre de la ley; e) el Derecho se manifiesta en la ley y la justificación del poder coercitivo del Estado es la legalidad.

Schmitt propone una distinción entre Estado legislativo, que basa su legitimidad en un sistema cerrado de legalidad, y otros tipos de comunidades políticas o Estados en los que la legitimidad y la voluntad política decisoria se manifiesta de forma distinta. Su clasificación distingue entre Estados jurisdiccionales, gubernativos, administrativos y legislativos.

La característica del *Estado jurisdiccional* es que el juez pronuncia la última palabra al dirimir un litigio, sin atenerse a normas creadas por ningún legislador. Se trata de la justicia del caso concreto, en el que la justicia, el derecho y la razón se manifiestan de manera inmediata, sin mediación de normas generales previamente elaboradas. En el *Estado gubernativo* la voluntad personal y soberana es ejercida por un mando autoritario de un jefe de Estado que ejerce personalmente el gobierno. Podemos decir que es el gobierno de los hombres por oposición al gobierno de las leyes. La tercera posibilidad es la del *Estado administrativo* en el que el poder y la autoridad que se ejercen no son autoritarios ni personales, y tampoco obedecen a la aplicación de normas soberanas, sino tan sólo a ordenanzas de carácter objetivo. En este Estado se adoptan medidas en atención a la naturaleza de las cosas, en vista de situaciones concretas y con puntos de vista puramente objetivos, por lo que no son las normas ni los hombres los soberanos sino que, por decirlo así, “las cosas se administran por sí mismas”.

La clasificación de Schmitt se muestra más actual que la tradicional división tripartita de Aristóteles entre monarquía, aristocracia y democracia, pues permite explicar la oposición esencial entre la ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad y otras formas de legalidad y legitimidad de comunidades políticas.⁷ Así, por ejemplo, en un Estado gubernativo la legitimidad puede descansar en una

⁶ Carl Schmitt. *Legalidad y legitimidad*, págs. 21.

elite burocrática; en un Estado jurisdiccional la legitimidad puede estar dada por un monarca; en el Estado administrativo la democracia plebiscitaria puede ser la fuente de legitimidad.

La clasificación le permite a Schmitt entender lo que está pasando en ese momento en Alemania, el debilitamiento de la legitimidad parlamentaria y el ascenso del Estado administrativo de corte totalitario:

“Además, nuestro Estado se encuentra en proceso de transformación, y el «viraje hacia el Estado totalitario», característico del momento actual, con su inevitable tendencia hacia la «planificación» (no hacia la «libertad» como hace cien años), se presenta como un viraje típico hacia el Estado administrativo. El Estado totalitario es, por su propia naturaleza, un Estado administrativo, aun cuando se sirva de la justicia —penal, civil, disciplinaria, administrativa o constitucional—, ya sea como instrumento, ya sea como correctivo”⁸.

Lo más interesante de la clasificación de Schmitt es que permite relacionar cada tipo de Estado con las distintas tendencias políticas internas. En tiempos de estabilidad jurídica y propiedad consolidada, el Estado jurisdiccional es promovido por la tendencia conservadora como medio apropiado para la consolidación de la propiedad, la conservación del *statu quo* social y los derechos adquiridos. Su *ethos* radica en que el juez juzga inmediatamente, en nombre del Derecho y la justicia, sin normas impuestas por otros poderes políticos no judiciales. Mientras que en tiempos de cambios y revoluciones, los Estados gubernativos y administrativos resultan más adecuados para llevar a cabo transformaciones radicales, revolucionarias o reaccionarias, por su capacidad de movilizar y planificar proyectos de amplia envergadura. El Estado gubernativo está animado por un *pathos* que puede ser el honor, la grandeza o la gloria. El Estado administrativo puede apelar a las necesidades objetivas de la época, a justificaciones no basadas en normas, sino en situaciones fácticas como la conveniencia, la utilidad o la adaptación a las circunstancias. En ambos tipos de Estado se toma por virtud el cumplimiento de un mandato que se obedece sin más, y se reconoce como un valor jurídico positivo al *Decisionismo*⁹ del mandato inmediatamente ejecutoriado.

7 Dado que de cada comunidad política hacen parte tanto la legislación, como la jurisdicción, el gobierno y la administración, la propuesta de Schmitt parece plausible y útil para clasificar los Estados, dependiendo de dónde se ponga el énfasis y qué tipo de voluntad se presenta como determinante. Desde luego que Schmitt no piensa su clasificación como excluyente, reconoce que en la realidad histórica se encuentran combinaciones de estos tipos e incluso a veces se pueden contraponer, pero lo importante es determinar en dónde está el centro de gravedad de la voluntad suprema decisiva.

8 Carl Schmitt. *Legalidad y legitimidad*, pág. 25.

9 El *Decisionismo* se puede entender como una forma de ejercicio del poder político en el que la concentración del poder en el soberano le permite su ejercicio discrecional. En la situación de excepción se pone de manifiesto la esencia de la autoridad del Estado, pues soberano es aquel que decide en caso de excepción. Para Schmitt, todo el orden jurídico descansa en una decisión, no en una norma; por eso, es necesario poner a la decisión como momento central de la política. Ver: Bertín, Hugo D. y Corbetta, Juan Carlos, *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Editorial Struhart & Cía., 1997, pág. 62 y ss.

El Estado legislativo, según Schmitt, es el vehículo típico de una era reformista-revisionista-evolucionista. Es promovido por el optimismo de quienes consideran la ley no como medio de estabilización, sino como medio para llevar a cabo una reforma pacífica y progresiva. Encarna el *ethos* republicano-democrático que erige en norma el Derecho justo, con un legislador sabio que representa la voluntad general, siempre buena y justa. En este tipo de Estado la legitimidad radica en la legalidad, rechazando por superflua cualquier otra fuente de legitimidad, ya se base en el monarca, en la voluntad plebiscitaria del pueblo, en los funcionarios o en las fuerzas armadas del Estado¹⁰.

Schmitt es crítico con el sistema de legalidad del Estado legislativo pues considera que, al abandonar los presupuestos esenciales y el *pathos* específico del concepto de ley, termina en un formalismo y un funcionalismo que no guardan relación con la realidad.

“Por ello ha surgido también la ilusión de que sería posible encontrar vías y procedimientos legales para todo lo imaginable, incluso para las aspiraciones, objetivos y movimientos más radicales y revolucionarios, de que estos podrían alcanzar su meta sin violencia y sin subversión y, finalmente, de que este proceso funcionaría a la vez como creador de un orden, manteniéndose, no obstante, «completamente neutral en cuanto a valores»”¹¹.

Para Schmitt la desventaja del Estado legislativo radica en su alejamiento de los problemas concretos. En efecto, mientras el Estado jurisdiccional y el Estado administrativo mantienen una estrecha e inmediata conexión con la situación concreta del momento, el Estado legislativo, a causa del principio dominante de la elaboración de normas generales y de la distinción entre la ley y su aplicación, padece de cierto carácter abstracto. Su normativismo legalista se transforma en un funcionalismo vacío. La acusación al Estado legislativo es que *como forma de gobernar* termina siendo inestable e ineficiente; además, que niega en últimas la división de poderes que como régimen liberal tendría que respetar, pues concentra el poder de gobierno en el parlamento. Todo esto lo ilustra Schmitt con el ejemplo de la inestabilidad e inoperancia de la República de Weimar.

El Estado legislativo requiere, para su buen funcionamiento, la creencia en la racionalidad e idealidad de su normativismo; por eso puede funcionar en pueblos que todavía son capaces de tener fe en las ideas generales, en donde la legalidad es tenida como algo elevado e ideal. En estos casos el Estado legislativo es apreciado como el triunfo de la razón frente al utilitarismo; el triunfo del Derecho frente a

¹⁰ Schmitt, C. *Legalidad y legitimidad*, pág. 26.

¹¹ Schmitt, C. *Legalidad y legitimidad*, pág. 29.

las medidas y órdenes de conveniencia; el triunfo de la razón frente al emotivismo y al pragmatismo¹².

Schmitt no detiene su crítica en la *forma de gobernar* –ineficaz e inestable– basada en el parlamentarismo, va más allá y sostiene que el Estado legislativo *como forma de Estado* está llamado a fracasar. No solo en países como Alemania, que no contaban con el proceso de “secularización” del Estado que respondiera a una consecuente neutralidad axiológica liberal en cuestiones confesionales y religiosas, sino en todos los países. El pluralismo liberal encierra para Schmitt el germen de la destrucción del Estado legislativo. Los poderes fuertes se terminarán organizando con miembros bajo una cosmovisión particular, ya sea esta económica, política, religiosa o una mezcla de ellas¹³. En alianza con otros grupos de poder, alcanzarán posiciones en competencias estatales, jurídicas, comunales y otras, hasta formar la voluntad estatal dominante. Impondrán su interés en nombre de todos y, lo que resulta más importante, no se dejarán vencer por una mayoría en cuestiones que consideren vitales. Usarán su influencia para cambiar o interpretar la Constitución y negar el derecho de resistencia de los otros, lo que pronto llevará a un Estado totalitario¹⁴.

La crítica más radical de Schmitt se centra en el sistema de legitimidad parlamentario basado en una legalidad positivista. En su escrito *El problema de la legalidad*¹⁵ se vuelve contra la célebre idea de Aristóteles de la preeminencia de la ley, según la cual, es mejor el gobierno de las leyes que el gobierno de los hombres. El interés de este texto de Schmitt radica en su explicación de por qué la burocracia alemana siguió a Hitler. Su respuesta tajante es que el gobierno de Hitler era visto como legal y por lo tanto legítimo. En efecto, el ascenso de Hitler al poder fue visto como algo legal tanto por la burocracia como por el pueblo alemán. También la ley de plenos poderes de marzo de 1933 fue vista como legal, en virtud de una ley del Parlamento que modificaba la Constitución. El poder que alcanzó Hitler no solo era tenido por legal, sino que era también la fuente de toda la legalidad jurídica positiva. Por eso, para Schmitt, la clave para conocer el régimen de Hitler hay que buscarlo en el concepto de legalidad.

¹² Schmitt considera que, a diferencia de Francia, en Alemania la burocracia y las fuerzas armadas, por su disciplina, sentido del deber y lealtad, son una auténtica elite creadora de autoridad y legitimidad en sentido sociológico. Schmitt anticipa que Alemania, por no contar con una tradición republicana que sirva de sustento a un Estado legislativo, está dando pasos hacia un Estado autoritario de corte administrativo, en el que las fuerzas armadas y la burocracia encontrarán una nueva base de legitimidad en una democracia plebiscitaria. Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, pág. 87 y ss.

¹³ Schmitt, Carl. *Legalidad y legitimidad*, pág. 109.

¹⁴ La idea de que la facultad para llevar a efecto ciertas reformas en la Constitución no implica la autorización para transformar fundamentalmente la estructura de la misma, no parecía tan clara en la época en que escribe Schmitt como lo es hoy para el constitucionalismo contemporáneo (art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn). Si no se limita la facultad para cambiar la Constitución, un partido puede llegar al poder por la puerta de la legalidad y, a partir de una reforma constitucional, cerrarle el paso a los enemigos políticos para perpetuarse en el poder. Esta es una tesis central de *Legalidad y Legitimidad*: “la legalidad de un partido podrá negarse tan sólo en el caso en que se limite la facultad de reformar la Constitución”. En su *Introducción* de 1956 a la reedición de *Legalidad y Legitimidad*, Schmitt se queja de la incomprensión de esto por parte de los juristas alemanes de la década del 30. Ver: Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, pág. 6.

¹⁵ Schmitt, Carl. “El problema de la legalidad”. En: *Legalidad y legitimidad*, págs. 119-128. Se trata del Apéndice a esta obra, en donde Schmitt responde a la siguiente pregunta que le hiciera un tribunal en 1947: ¿Por qué siguieron a Hitler los secretarios de Estado?

Schmitt aclara que la palabra *legalidad*, como procedente de la palabra *lex*, ha tenido contenidos muy distintos dependiendo de las épocas, los países y las distintas formas de organización. En el Estado moderno adquiere una significación especial muy específica:

“La legalidad de que aquí se trata no significa una mera manifestación concomitante externa, puramente formal, puramente jurídica, ni afecta a la significación del derecho y la justicia por razón de su contenido. También hay que distinguirla de la legitimidad, tanto en un sentido conservador como en un sentido revolucionario”¹⁶.

En el Estado moderno, como mostramos con Weber, la legalidad burocrática-funcionalista determina un método de trabajo y de funcionamiento de los organismos públicos. Por eso, a la sentencia de Weber “la burocracia es nuestro destino”, Schmitt agrega: “la legalidad es el modo de funcionar de esta burocracia”¹⁷.

Schmitt afirma, sin embargo, que el cambio de las nociones de *legalidad* y *legitimidad* ha dependido en cada país del desarrollo de la burocracia estatal. En Francia, en donde la burocracia desde 1789 ha sobrevivido a diferentes cambios de régimen, “han surgido las formulaciones más agudas de una legalidad puramente formalista y funcionalista, en oposición al derecho sustantivo y a la legitimidad histórica”¹⁸. Lo que ha permitido que en Francia se haya podido desarrollar desde principios del siglo XIX la antítesis entre legalidad y legitimidad. En cambio, en Alemania, la antítesis no ha llegado a la conciencia crítica sino mucho más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial. Esto debido a que, aun cuando el Estado alemán era un Estado burocrático desde el siglo XIX, sobrevivieron hasta 1918 dos tradiciones: la legalidad monárquico-dinástica y la descentralización federal. En 1918 cae la legitimidad dinástica; y, con el desarrollo económico empieza una creciente centralización. Por esta razón, concluye Schmitt, la legalidad estatal queda como único fundamento jurídico del funcionamiento estatal; la legalidad se convirtió en la única manifestación de la legitimidad.

Yendo más allá del caso alemán, la transformación del Derecho y el poder en legalidad es una consecuencia del positivismo que ha terminado por imponerse en el mundo. El proceso de positivización del Derecho, mostrado ejemplarmente por Weber, no es otra cosa que la transformación del derecho en un aparato técnico y racional, desprovisto de todo contenido sagrado. Recordemos que el positivismo jurídico de Kelsen ya había afirmado que “cualquier contenido puede

16 Schmitt, Carl. “El problema de la legalidad”. En: *Legalidad y legitimidad*, pág. 123.

17 Schmitt, Carl. *Legalidad y legitimidad*, pág. 124.

18 Schmitt, Carl. *Legalidad y legitimidad*, pág. 124.

ser derecho” y que, en últimas, lo decisivo para que un aparato estatal sea tenido por legítimo y fuente de derecho positivo, radica en que funcione eficazmente. Por eso puede decir Schmitt que el positivismo jurídico significa el reconocimiento de la tesis de que el derecho lo impone quien se impone de hecho: “el positivismo jurídico no quiere decir otra cosa, sino la transformación del derecho en una imposición de imposiciones. Es al propio tiempo el reconocimiento de la «fuerza normativa de lo fáctico»”¹⁹.

Lo que se critica al sistema de legalidad cerrado positivista, desligado de toda relación valorativa, es que se convierte en un arma de guerra contra los enemigos. El poder se organiza y estructura en el derecho, el derecho se transforma en legalidad, y la legalidad en arma. Según Schmitt, esto ya había sido claramente comprendido por Lenin quien dice: “Los revolucionarios que no saben combinar las formas de lucha ilegales con *todas* las formas de lucha legales son unos revolucionarios sumamente malos”²⁰.

Contra la idea de Aristóteles de que es mejor el gobierno de las leyes que el gobierno de los hombres, Schmitt opone el planteamiento del padre Laberthonnière quien recuerda que “detrás de cada ley terrenal hay inmediatamente hombres que se sirven de ella como de un medio para su poder”, y que “*la maxime «C’est la loi» nediffere en rienaufond de la maxime «C’est la guerre»*”²¹.

2. La legitimidad carismática

Frente a la concepción del “gobierno de las leyes”, que pretende hacer del poder una fuerza calificada por el derecho y que, por lo mismo, da paso al *Estado de Derecho*, la concepción del denominado realismo político sostiene que la obediencia está dada por la fuerza, por lo que concibe al *Estado como fuerza*. Sin embargo, todo poder que se pretenda duradero necesita legitimarse, esto es, encontrar una razón para ser obedecido más allá de la fuerza. El consentimiento por parte de los que obedecen el poder hace que la fuerza se legitime y se convierta en autoridad dando paso al *Estado como autoridad*²². Lo que quiere decir que aún el realismo político reconoce la necesidad de la legitimación de la fuerza, devolviéndonos al problema de ¿cómo se legitima el poder?

¹⁹ Schmitt, Carl. *Legalidad y legitimidad*, pág. 126.

²⁰ Vladimir Lenin. *La enfermedad infantil del izquierdismo en el comunismo* de 1920. Citado por: Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, pág. 127.

²¹ Laberthonniere, Critique de la notion de souveraineté de la loi, París, LibrairiePhilosophique J. Vrin, 1947. Citado por: Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, pág. 119.

²² Ver: Bertín, Hugo D. y Corbetta, Juan Carlos. *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*, pág. 48.

Schmitt tiene una concepción realista de la política. En *El concepto de lo político*²³, su texto más conocido y más propositivo, concibe la política no desde el punto de vista normativo como búsqueda del bien común, de la paz o del orden; por el contrario, la política es vista como conflicto, antagonismo permanente, lucha por el poder: “El fenómeno de lo político sólo se deja aprehender por la posibilidad real de agrupación entre amigo y enemigo”²⁴. Que la esencia de lo político sea la distinción amigo/enemigo quiere decir que todo antagonismo que se pueda presentar en el campo religioso, étnico, moral o económico, sólo se transforma en político cuando gana la fuerza para agrupar a los individuos en amigos/enemigos.

El Estado tiene como función la de establecer y conservar en su interior un orden que garantice la unidad política, impidiendo que las luchas internas degeneren en guerra civil; así como también, garantizar la supervivencia del Estado frente a otros Estados²⁵. En este sentido, el realismo político de Schmitt retoma la concepción hobbesiana de la seguridad como criterio de legitimidad. El pacto de sujeción hobbesiano, que expresa el compromiso de la obediencia legítima al soberano que garantiza la seguridad y que reconoce la *Summapotestas* del Estado absoluto cuyo lema es “*Autoritas, non verita facitlegem*”, encuentra una versión contemporánea en el Decisionismo de Schmitt, que hace radicar la creación, conservación y afianzamiento de la seguridad pública en el momento decisionista del soberano²⁶.

Al igual que en Hobbes, para Schmitt la relación protección-obediencia aparece como el vínculo que conecta y une al Estado con el pueblo:

“Es que no hay subordinación ni jerarquía, no hay legitimidad ni legalidad racional fuera del nexo protección y obediencia. El *protego ergo oblige* es el *cogito ergo sum* del Estado, y una teoría del Estado que sostenga una ignorancia sistemática de este principio será siempre insuficiente y fragmentaria”²⁷.

En *El concepto de lo político* el individuo aparece como necesitado de protección y seguridad, razón por la cual entrega al Estado soberano su cuidado a cambio de una obediencia total. La obediencia es tal que el Estado puede, en casos límite, reclamar la

²³ Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991. Con un prólogo y tres corolarios, versión española de Rafael Agapito.

²⁴ Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, pág. 65.

²⁵ “Sin embargo, la aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir dentro de un Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, de procurar la paz, seguridad y orden y crear así una situación normal que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia general”: Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, pág. 75.

²⁶ El profesor Roldán indaga sobre las raíces teóricas de la relación entre seguridad pública y libertad ciudadana, que en el pensamiento moderno sobre la legitimidad del Estado da origen a dos vertientes: la *Razón de Estado* y la *Razón Pública*. Muestra que en la primera vertiente hay una línea de continuidad entre Hobbes y Schmitt. Roldán, Ciro, “Dilemas de seguridad y legitimidad del Estado”. En: Revista *Sin fundamento*, Bogotá, Universidad Libre, No. 7, págs. 39-55.

²⁷ Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, pág. 82.

vida del individuo; por ejemplo, al declarar el *ius belli* el Estado dispone a voluntad de la vida de las personas²⁸. El pueblo, por su parte, es una masa amorfa que se identifica con un líder a quien cede sus derechos y se compromete en obediencia ciega.

En *El concepto de lo político* las relaciones de dominación-obediencia tienen una estructura piramidal, en cuyo vértice aparece el soberano, encargado de guiar al pueblo al cumplimiento de una misión, para lo que se le enviste de poderes extraordinarios para decidir en los momentos de excepción y, de acuerdo con su discrecionalidad, modificar el ordenamiento legal. Esto es lo que se conoce como *Decisionismo jurídico*, es decir, la idea de que no se impone el imperio de la ley formal ni de la ley de tradición, sino que es el soberano el que decide según su discreción los cambios en el ordenamiento jurídico: “*Voluntas, non verita facit legem*”.

El soberano es quien se hace obedecer. En los casos límites se descubre la verdadera esencia de la autoridad del Estado, pues el soberano es el que decide en los casos de excepción y quien identifica al amigo-enemigo. En casos de excepción el soberano se halla fuera del orden jurídico, pero la validez de sus decisiones políticas, que pueden estar en contra de las libertades individuales, se legitiman por la *Razón de Estado* que reclama obediencia para garantizar la seguridad nacional y salvaguardar la unidad política. En el pensamiento de Schmitt el soberano no tiene límites ni controles, lo que lo lleva a una concepción autoritaria:

Así, al definir la soberanía como absoluta e indivisible, colocada en un vértice superior, fuera del alcance del individuo, Schmitt se ubica en un modelo de Estado autoritario o, más aún, totalitario. En su visión el soberano no solo excluye a los destinatarios del poder en la participación real de la formación de la voluntad estatal, sino que, además, pretende modelar, a través de la ideología estatal dominante, al individuo, a su propia vida privada y pública²⁹.

En *El concepto de lo político* se defiende un criterio de legitimidad de carácter “carismático”, para decirlo en términos de la tipología weberiana. En oposición a la legitimidad legal o a la legitimidad tradicional, que pretenden instituciones duraderas y permanentes, la legitimidad carismática de Schmitt esgrime la razón de Estado en casos de excepción. En estos casos se impone la dictadura de un soberano al que se le atribuyen dotes extraordinarios y se le confieren poderes extraordinarios. La fuerza de la razón de Estado impone un Decisionismo jurídico en el que el soberano se alza por encima del ordenamiento jurídico, para producir, según su discrecionalidad, un

²⁸ “El Estado, en su condición de unidad esencialmente política, le es atribución inherente el *ius belli*, esto es, la posibilidad real de, llegado el caso, determinar por propia decisión quién es el enemigo y combatirlo”. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, pág. 75.

²⁹ Bertín, Hugo D. y Corbetta, Juan Carlos. *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Editorial Struhart & Cia., 1997, págs. 73-74.

ordenamiento nuevo o modificar el ordenamiento jurídico anterior. Todo ello cuenta con la legitimidad del reconocimiento del pueblo, que ve en su líder capacidades extraordinarias para guiarlo en su misión de preservar la unidad nacional. La representación del pueblo se entiende sólo como la identificación con el líder a quien aclama; se trata de la idea de democracia plebiscitaria.

3. La crítica a la democracia liberal

Schmitt es un crítico del liberalismo. Quizá sea “el mejor enemigo del liberalismo”, para decirlo con Jean Leca, expresión de la que hace eco Bernard Manin³⁰. En realidad no es una sino muchas las críticas de Schmitt al pensamiento liberal; su embestida abarca varios frentes en diversos pasajes de su obra. Para nuestro propósito solo nos interesa agregar a las críticas a las nociones liberales de *legalidad* y *legitimidad* mencionadas, una de sus más polémicas tesis: aquella que señala una incompatibilidad entre liberalismo y democracia.

El desafío que Carl Schmitt le plantea a los principios fundamentales de la democracia liberal, pone de presente algo que hoy olvidamos con mucha frecuencia, a saber, que la democracia y el liberalismo son dos tradiciones políticas distintas, con diferencias esenciales en sus formas de concebir las relaciones entre individuo y sociedad. En realidad, considerar que son tradiciones interdependientes esconde lo que Chantal Mouffe llama la paradoja de la democracia liberal³¹. La paradoja consiste en que, aunque hoy muchas naciones se declaren democracias-liberales, las nociones de *igualdad democrática* y de *igualdad liberal*, no solo son distintas sino excluyentes.

En el prefacio a *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual* (1926), Schmitt resalta dos elementos que a su parecer definen la democracia:

“Toda auténtica democracia estriba no solo en que lo igual sea tratado como igual, sino que, como consecuencia inevitable suya, lo desigual no sea tratado de manera igual. Por tanto, forma parte, necesariamente, de la democracia, primero, la homogeneidad, y, segundo —en caso necesario— la separación o aniquilación de lo heterogéneo”³².

³⁰ Manin, Bernard. Carl Schmitt, “¿el mejor enemigo del liberalismo?”. En: *Política y Gobierno*, Vol. 10, Número 2, II semestre de 2003.

³¹ Mouffe, Chantal. “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”. En: *La paradoja democrática*, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 53-72. (Traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar).

³² Schmitt, Carl. *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual* (1926), Madrid, Tecnos, 2008, págs. 22-23. (Estudio preliminar de Manuel Aragón, Traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso).

Dejemos de lado, por ahora, la concepción autoritaria que se desprende de la parte final de la definición. La igualdad democrática para Schmitt implica homogeneidad. Esto es, una igualdad sustantiva, una sustancia común que permita a los ciudadanos ser tratados como iguales. La igualdad democrática es una igualdad política que permite distinguir entre un *nosotros*, los pertenecientes a un demos, y los *otros*. Recordemos que para Schmitt el fenómeno político solo se deja aprehender por referencia a la posibilidad real de la agrupación entre amigos y enemigos. Mientras que para la democracia la igualdad tiene una sustancia política, en el liberalismo la igualdad es abstracta. De nuevo en *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual* (1926), Schmitt afirma:

“La igualdad de todos los hombres en cuanto personas no es democracia, sino determinado tipo de liberalismo; no una forma de Estado, sino una moral y una concepción del mundo de corte individualista y humanitario. La moderna democracia de masas se basa en la confusa vinculación de ambos”³³.

La noción de igualdad liberal es cosmopolita. Se basa en la ética universalista que se centra en el individuo; afirmando la igualdad de todos los sujetos humanos por el hecho de ser seres humanos. Toda persona, por ser persona, es igual a cualquier otra persona. Esta igualdad absoluta es, para Schmitt, una igualdad carente de sentido, una igualdad indiferente, una pura abstracción.

Por eso Schmitt sostiene que la democracia y el liberalismo son dos tipos de ideales distintos. La democracia es un ideal político y el liberalismo es un ideal ético. La democracia como concepto político busca la identidad de un pueblo que permita distinguirlo de los otros; el liberalismo es decididamente cosmopolita, se centra en el individuo y en la idea de humanidad. Mientras la democracia implica relaciones de inclusión/exclusión; el liberalismo es pluralista.

La conclusión de Schmitt es que son tradiciones tan opuestas, que la democracia niega al liberalismo y el liberalismo niega a la democracia. Por lo que un régimen parlamentario, que pretenda articular liberalismo y democracia es inviable.

Schmitt se reclama demócrata. Pero, la forma como entiende la democracia es la identificación, identificación de dominadores y dominados; democracia para él es igualdad, no libertad; igualdad que garantiza la unidad política basada en la homogeneidad del pueblo y en la eliminación de lo heterogéneo. La democracia en Schmitt puede ser autoritaria, pero no puede ser liberal.

³³ Schmitt, Carl. *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual* (1926), pág. 31.

Schmitt es antiliberal. Lo que rechaza del liberalismo es el pluralismo. No puede aceptar el reto de la convivencia entre mayorías y minorías. Considera que el pluralismo es un elemento corrosivo que resquebraja la estructura de la autoridad y la unidad estatal. Para él, la unidad estatal resulta tan importante (como en Hobbes) que exige la obediencia absoluta del individuo, por encima de cualquier derecho superior y anterior a la Constitución del Estado. Por lo mismo, rechaza la división entre lo público y lo privado; así como el derecho de resistencia; es decir, rechaza todos elementos con los que la tradición liberal trató de limitar el poder absoluto del Estado.

4. Comentarios finales sobre Carl Schmitt

- i) En el pensamiento de Schmitt encontramos claramente señalados los límites, consecuencias y peligros que encierra el formalismo del positivismo jurídico. La acertada crítica de Schmitt al positivismo jurídico desnuda el alto precio que implica la separación entre derecho y moral. Al reconocer que cualquier contenido puede ser derecho, se reconoce tácitamente que el derecho lo impone quien se impone de hecho. Basta que el aparato estatal funcione eficazmente para convertirse en una fuente legítima de todo derecho positivo. Por esto puede decir Schmitt que el positivismo jurídico no es un otra cosa, sino la transformación del derecho en una “imposición de imposiciones”. Transformado el derecho en una “fuerza normativa de lo fáctico”, se convierte en una fuerza poderosa que opera al servicio de quien detenta el poder; un poder que se presenta como legal. El proceso de positivización jurídica forma parte del triunfo de la racionalidad instrumental y de la transformación del pensamiento-sustancia en pensamiento-función, tantas veces celebrado por sus extraordinarios aportes al progreso científico, pero también denunciado por la terrible imagen de una funcionalización integral de la humanidad. Una de las consecuencias del triunfo del positivismo jurídico es la transformación del poder en legalidad. Esto es, concentrar en la ley toda la dignidad y la majestad del Estado, haciendo de la legalidad el único criterio de legitimidad. El positivismo jurídico, al identificar legitimidad con legalidad, no puede apelar a un punto de vista normativo, pues ha roto la relación con la moral y la justicia; tampoco puede apelar al proceso democrático de la constitución de la ley, pues reconoce que la ley es en última instancia una imposición de hecho. Por lo que, como cualquier ley puede ser derecho, la legitimidad queda reducida al ropaje que utiliza quien hace la ley para su beneficio y para atacar a los enemigos políticos.
- ii) Schmitt tiene razón cuando señala que el liberalismo y la democracia obedecen a dos lógicas distintas. También lleva razón al señalar que el pluralismo sin límites puede representar un peligro para la unidad estatal o para la estabilidad de un gobierno. En

cambio, la conclusión que afirma la incompatibilidad entre liberalismo y democracia resulta discutible. Schmitt no puede concebir que se pueda dar pluralismo y unidad estatal al mismo tiempo; por lo que nos lleva al dilema, forzando un poco su planteamiento, “o igualdad democrática o libertad pluralista”. Planteado de esa forma, el problema es el mismo que pretende resolver el *Liberalismo político* de Rawls: “¿Cómo es posible que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libre e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales?”³⁴.

Schmitt le atribuye dos características a la democracia: “primero, la homogeneidad, y, segundo, —en caso necesario— la separación o aniquilación de lo heterogéneo”³⁵.

La homogeneidad es entendida como una igualdad sustancial que comparten los ciudadanos de un pueblo. Como señala Chantal Mouffe, Schmitt se equivoca al caracterizar la unidad política como resultado de una homogeneidad concreta dada, estable, que da identidad a un pueblo también estable³⁶. La homogeneidad aparece como una sustancia que ha permanecido siendo la misma, y no como el resultado de un proceso de construcción política. A Schmitt se le puede plantear este dilema: o bien la identidad es una sustancia concreta empírica que permanece invariable, lo cual es tan contradictorio como pensar una entequeia platónica inmutable y empírica; o bien, la unidad política es el resultado de una identidad contingente que requiere construcción política, en cuyo caso el pluralismo, que tanto rechaza, sería necesario para dicha construcción.

Si la identidad es algo que se construye permanentemente, se puede pensar que un pueblo puede llegar a construir unos acuerdos básicos sobre el respeto a la diferencia y al pluralismo moral, religioso y cultural, que termine convirtiéndose en un *ethos* (llámese ética mínima); pero también puede pensarse en un mecanismo (llámese consenso traslapado) que construya políticamente *demos*, a partir de múltiples formas de identificación en competencia permanentemente abierta. De esta manera, una pluralidad de fuerzas que compitan en el esfuerzo de definir el bien común, que se propongan establecer la identidad de la comunidad, permitiría producir la articulación política del *demos*³⁷.

- iii) Después de la dolorosa experiencia de regímenes totalitarios de derecha como el fascismo o el totalitarismo comunista de izquierda, creemos haber alcanzado una conciencia sobre las terribles consecuencias que trae la homogenización de la sociedad

³⁴ Rawls, John. *Liberalismo político*, F.C.E., México, 1996.

³⁵ Schmitt, Carl. *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual* (1926), pág. 23.

³⁶ Mouffe, Chantal, *op. cit.*, pág. 69.

³⁷ Mouffe rechaza las respuestas que al pluralismo han dado Rawls y Habermas. El primero porque relega el pluralismo a la esfera privada; el segundo porque elimina el pluralismo de la esfera pública mediante los procedimientos de la argumentación. Mouffe apuesta por reconocer una pluralidad de fuerzas que compitan en el esfuerzo de definir el bien común, que se proponga fijar la identidad de la comunidad y la articulación política del *demos*. Ver: Mouffe, Chantal, *op. cit.*, pág. 68 y ss.

y la propuesta de una legitimidad carismática. Por eso, la segunda parte de la cita de Schmitt nos resulta sencillamente aterradora. Recordemos que la cita dice: “primero, la homogeneidad, y segundo, —en caso necesario— la separación o aniquilación de lo heterogéneo”. Esto quiere decir que la democracia, como la concibe Schmitt, da paso a un nacionalismo exacerbado que termina en una perversión agresiva. En otras palabras, la democracia y el fascismo no serían muy distintos.

Schmitt parece no distinguir entre una identidad nacional benigna y una identidad nacional agresiva. Una identidad nacional benigna produce un sentido de solidaridad hacia el propio pueblo y obligaciones morales que nos hacen responsables del bienestar de los demás. Responsabilidad y solidaridad que resultan indispensables, para el acatamiento de las decisiones y leyes del Estado. La identidad nacional benigna tiene un sentido ético, fomenta la responsabilidad moral y se opone a la uniformidad. La identidad nacionalista perversa, se caracteriza por ser anti-universalista y anti-pluralista. Genera un nacionalismo belicista, que se apoya en el desprecio de los otros. Ernst Tugendhat caracteriza el nacionalismo agresivo como un desvío moral que se genera por una mezcla entre la situación de soledad y debilidad en que se encuentra el individuo moderno, unido con sentimientos de desvalorización y venganza que produce la injusticia social. Todo esto lleva al individuo a una identificación con una masa amorfa (nación) que deposita sus expectativas en un líder y que se vuelca agresivamente contra los “otros”, supuestos enemigos que no son más que chivos expiatorios³⁸.

El planteamiento de Schmitt nos retrotrae a un problema más antiguo. Podemos decir que hace parte del problema central con el que nació la filosofía política moderna: establecer las relaciones entre individuo y la comunidad. Mientras que las filosofías individualistas y atomistas se centraron en el individuo y la libertad, afirmando la preeminencia de la parte sobre el todo; las filosofías totalizantes se centraron en la comunidad, afirmando que la parte existe solo como medio necesario para la existencia del todo. Liberalismo y democracia expresan, en sus comienzos, esas concepciones del mundo individualista o totalizante. Pero ya en el siglo XIX encontramos respuestas creativas a esa tensión entre derechos individuales liberales y soberanía popular democrática. La filosofía política de Stuart Mill, por ejemplo, nos ofrece una visión en la que la autonomía plural de las partes y la unidad del todo no solo se encuentran conciliadas, sino que constituyen condiciones recíprocas; una visión en la que en lugar de soluciones parciales y unilaterales de libertad o igualdad, de individuo o sociedad, de unidad o pluralidad, aparece la solución: libertad e igualdad, individuo y sociedad, unidad y pluralidad³⁹.

³⁸ Tugendhat, Ernst. *Identidad personal, particular y universal* (1992). En: Problemas, Barcelona, Gedisa, 2001, págs. 15-31.

³⁹ En su ensayo *Sobre la libertad* Stuart Mill pretende conciliar libertad individual y soberanía popular. El tema del ensayo es la libertad social o civil, es decir, “la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo”. Para

Ahora bien, esto no quiere decir que la crítica de Schmitt carezca de sentido y actualidad. La afirmación del pluralismo en las democracias contemporáneas lleva necesariamente a pensar en los límites de la tolerancia; el problema es, por supuesto, en dónde, cómo y quién fija los límites. Hoy se suele afirmar como límite que no podemos ser tolerantes con los intolerantes, lo que resulta aceptable si ya estamos de acuerdo en quienes son los intolerantes.

Bibliografía

BERTÍN, HUGO D. y CORBETTA, JUAN CARLOS. *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., 1997.

DOTTI, JORGE y PINTO, JULIO (compiladores). “¿Por qué Schmitt?” en: *Carl Schmitt: su época y su pensamiento*, Eudeba: Buenos Aires, 2002.

MANIN, BERNARD. “Carl Schmitt, “¿El mejor enemigo del liberalismo?””, en: *Política y Gobierno*, Vol. 10, Número 2, II semestre del 2003.

MILL, JOHN STUART. *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza, 1996.

MOUFFE, CHANTAL. “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”, en: *La paradoja democrática*, traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona: Gedisa, 2003, págs. 53-72.

RAWLS, JOHN. *Liberalismo político*, México: F.C.E., 1996.

ROLDÁN JARAMILLO, CIRO. “Dilemas de seguridad y legitimidad del Estado”, en: *Revista Sin fundamento*, Bogotá, Universidad Libre, No. 7, págs. 39-55.

Cont. nota 39

Mill la única forma justa de organización de la sociedad es la democracia. Entendía, sin embargo, que la voluntad del pueblo, expresada en soberanía popular, era la voluntad de la porción más numerosa o activa del pueblo, mayoría que puede desear oprimir a una minoría que hace parte del mismo pueblo, y que por lo tanto había que estar en guardia y tomar todas las precauciones contra lo que llamaba “la tiranía de la mayoría”. Los esfuerzos del alegato de Mill van encaminados a mostrar que, ya que los seres humanos somos falibles, limitar la libertad de opinión constituye un robo para la humanidad. Así como a convencernos de que la individualidad es uno de los elementos del bienestar, no solo del individuo sino de la sociedad. Es decir, mostrar que va en el propio interés de la sociedad permitir e incluso promover la libertad individual. “La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándolo a vivir a la manera de los demás”. Por eso, porque la individualidad es algo valioso y porque vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a cumplir una línea de conducta para con los demás, es necesario establecer un límite acerca de la legítima intervención de la sociedad sobre el individuo. Mill propone que “a la individualidad debe corresponder la parte de la vida en la que el individuo es el principal interesado; a la sociedad aquella en la que la misma esté principalmente interesada”. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Ver: Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1996. (Traducción de Pablo de Azcárate).

RÜTHERS, BERND. *Carl Schmitt en el tercer Reich. ¿La ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época?* Traducción de Luis Villar Borda, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 17.

SCHMITT, CARL. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 1991. Con un prólogo y tres corolarios, versión española de Rafael Agapito.

_____. *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual (1926)*. Estudio preliminar de Manuel Aragón, traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Madrid: Tecnos, 2008, págs. 22-23.

_____. *Legalidad y Legitimidad*. Traducción de José Díaz García, Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., 2002.

TUGENDHAT, ERNST. “Identidad personal, particular y universal (1992)”, en: *Problemas*, Barcelona: Gedisa, 2001, págs. 15-31.

**TERCERA
PARTE**

*Derecho, guerra y política.
La imagen del Leviathan*

ANDRÉS
ROSLER

Decisión política y decisión judicial en Carl Schmitt

Es un lugar común sostener que Carl Schmitt adopta una teoría política del derecho, y que dicha teoría es en líneas generales una reacción en contra de la pureza del derecho defendida por el positivismo kelseniano. Sin embargo, decir que alguien defiende una teoría política del derecho es una expresión ambigua. En efecto, el derecho podría ser político en términos de, por ejemplo, su origen, contenido o justificación del derecho. Y Hans Kelsen, el conocido blanco de las críticas de Carl Schmitt, no niega precisamente que el origen, contenido o la justificación del derecho puedan ser políticos. Lo que sostiene Kelsen es que la naturaleza del derecho es independiente de la política¹.

¹ V. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, ed. Matthias Jestaedt, edición para estudiantes de la primera edición de 1934, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, cap. 3. En realidad, Kelsen se opone al dualismo entre derecho público y derecho privado y está dispuesto a sostener que el derecho público es tan político como el derecho privado (p. 123).

En este trabajo voy a tratar de ilustrar la relación entre política y derecho en Schmitt mediante la distinción entre diferentes tipos de decisiones políticas y jurídicas. La tesis general de Schmitt es que, como sostiene en *El Defensor de la Constitución* “toda decisión, incluso en la de un tribunal decisorio en un proceso que subsume un estado de cosas [*tatbeständsmäßig*], reside un elemento de pura decisión, que no se puede deducir a partir del contenido de la norma” y designa a esto como “decisionismo”², ya que como había dicho Schmitt en su *Teología Política*, “[t]oda decisión jurídica concreta contiene un momento de indiferencia de contenido, porque la conclusión jurídica no es deducible hasta sus últimos restos a partir de sus premisas”³, de tal forma que para Schmitt toda decisión es “independiente de la rectitud de su contenido y corta la discusión adicional acerca de si aún pueden existir dudas. La decisión deviene instantáneamente independiente del fundamento argumentativo y contiene un valor autónomo”. En pocas palabras, la tesis de Schmitt es que toda “decisión, considerada normativamente, nace a partir de la nada. La fuerza jurídica de la decisión es algo diferente del resultado de su fundamentación”⁴. Sin embargo, dicho Decisionismo y su relación con la posibilidad de respuestas correctas admite matices significativos según el tipo de conflicto resuelto por la decisión y el sujeto que toma tal decisión. Es cierto que, como sostiene Ellen Kennedy, para Schmitt el “derecho contiene un momento de conflicto y decisión en el cual las diferencias son resueltas para la ventaja de un partido y la desventaja del otro”⁵; sin embargo, el conflicto y la decisión cambian significativamente de acuerdo con el momento en cuestión.

En primer lugar, la decisión jurídico-política por antonomasia que Schmitt en *Teología Política* llama “decisión en sentido eminente”⁶, es tomada por el soberano y emerge en momentos tales como el ejercicio del poder constituyente o la determinación del estado de excepción. Esta decisión da lugar a la normalidad o formación de la comunidad política y resuelve el conflicto político existencial. Podríamos decir que en el caso central de la decisión política la simetría entre las opciones es tal que no hay atadura normativa alguna, ni normas reguladoras de contenidos (*inhaltlicher Normierung*) ni atribución de competencias en términos de “proposiciones, órdenes, reglas, autorizaciones y decisiones”⁷, ni quizás posibilidad de evaluación o corrección alguna, sino que las mismas son precisamente creadas por la decisión política. Antes de la decisión misma no parece tener sentido hablar siquiera de una decisión política correcta. Y otro tanto le ocurre al sujeto mismo de la decisión: no solo las opciones sino quienes las siguen se encuentran en un estado de paridad o simetría normativa.

2 Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 3ra. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1985, págs. 45-6 [énfasis agregado].

3 Schmitt, Carl. *Politische Theologie*. 5ta. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1990, pág. 41 [énfasis agregado].

4 *Ibid.*, pág. 42. H.L.A. Hartd llamaría a algo muy parecido una razón independiente de contenido: “Commands and Authoritative Reasons”, en *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1982, págs. 254-255.

5 Kennedy, Ellen. *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*. Durham: Duke University Press, 2004, pág. 5.

6 *Politische Theologie. Op. cit.*, pág. 11.

7 *Der Hüter der Verfassung. Op. cit.*, pág. 39.

En segundo lugar, se encuentra la decisión política de índole constitucional, a menudo llamada control de constitucionalidad, tomada por el representante del soberano, la cual resuelve las diferencias de opinión respecto a la primera decisión política, y por lo tanto se trata de una decisión que opera sobre la base de la decisión política eminente. Sin embargo, si bien —a diferencia del primer tipo de decisión— opera sobre la base de cierta asimetría o superioridad provista por la atribución de competencia para formar la decisión, así y todo deja un significativo margen de maniobra. En otras palabras, la decisión constitucional se enfrenta a opciones que guardan cierta paridad entre ellas pero al amparo del estándar provisto por la decisión originaria y el sujeto que la toma.

Finalmente, la decisión judicial o normativa en el sentido schmittiano, tomada por los tribunales, la cual supone a las otras dos decisiones así como la posibilidad de respuestas jurídicas correctas, y resuelve precisamente los conflictos jurídicos. Esta decisión no solo deriva de una competencia sino que además restringe considerablemente las opciones del juez y de ese modo le concede independencia política. En este último caso, la competencia y el contenido de las normas están razonablemente fijados⁸.

I. La decisión política: normalidad

No es precisamente un secreto que Schmitt en *El Concepto de lo Político* ubica, por ejemplo, al Estado de Derecho dentro del conjunto de los conceptos que “son incomprensibles si no se sabe quién *in concreto* debe ser alcanzado, combatido, negado o refutado a través de tal palabra”, es decir, se trata de un concepto político y por lo tanto “polémico”, que tiene “en vista una oposición concreta, está[] unid[o] a una situación concreta, cuya última consecuencia es un agrupamiento amigo-enemigo (que se expresa en guerra o revolución), y se convierte[] en abstracciones vacías o espectrales cuando falta esta situación”⁹. De hecho, en *Legalidad y Legitimidad* Schmitt explica que hay “un Estado de Derecho feudal, uno estamental, uno burgués, uno nacional, uno social, además uno iusnaturalista, jurídico-racional [*vernunftrechtlichen*], histórico-jurídico”. Y agrega que “es comprensible que propagandistas y abogados de toda clase recurren gustosamente a la palabra para difamar al adversario como enemigo del Estado de Derecho”¹⁰.

⁸ Si bien este esquema no es fiel a la diacronía conceptual de Schmitt, ya que él parte del razonamiento judicial para llegar finalmente a la decisión política, sin embargo puede ayudarnos a entender mejor la relación entre política y derecho en Schmitt. De este modo, procederemos de manera similar a la de Wagner, quien primero escribió el libreto del *Oro del Rin*, pero compuso su música al final.

⁹ Schmitt, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963, pág. 31.

¹⁰ Schmitt, Carl. *Legalität und Legitimität*. 4ta. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1988, pág. 19.

El Estado de Derecho, en otras palabras, es el resultado de una decisión en el marco de un conflicto estrictamente político. Según Schmitt estamos en presencia de un conflicto político cuando hay que elegir entre formas políticas sin que existan reglas, normas, valores o intereses a los cuales se pueda reconducir la decisión de tal forma que pueden operar como estándares cuya razonabilidad no puede ser negada por ninguno de los involucrados. El conflicto político y la decisión política (con sus inherentes efectos incluyentes y excluyentes) se caracterizan precisamente por ser autónomos respecto a la moral y al derecho, y por lo tanto no pueden ser comprendidos ni juzgados en términos morales o legales.

En efecto, según Schmitt, el “caso extremo de conflicto sólo lo pueden arreglar los participantes mismos; es decir, sólo puede cada uno de ellos mismos decidir si el ser otro [*Anderssein*] del extraño en el caso concreto presente de conflicto significa la negación de la forma propia de existencia y por lo tanto rechazado o combatido, para defender la forma propia existencial [*seinsmäßige*] de vida”¹¹. Según Schmitt, “[t]odo conflicto genuino manifiesta el simple o-o [*Entweder-Oder*] de los principios de forma política mutuamente excluyentes”¹². Asimismo, en política no hay proposiciones o atracciones intelectuales, un diálogo entre partes que tratan de convencerse mutuamente mediante la operación de suposiciones comunes, sino argumentos a favor o en contra de una posición, acciones en una trama, sino que “[e]n el territorio de lo político los seres humanos no se enfrentan abstractamente como seres humanos, sino como seres humanos *políticamente* interesados y *políticamente* determinados”¹³.

Si nos preguntáramos cuáles son las opciones políticas a las que se enfrenta el Estado de Derecho liberal, y por lo tanto las opciones por las cuales tendríamos que decidirnos, Schmitt sostendría que entre las mismas se encuentran primero su enemigo originario o natural, i.e. la monarquía absolutista, luego la república soviética y el fascismo italiano¹⁴. Respecto del sujeto de la decisión política, para Schmitt en la modernidad dicho sujeto es el pueblo: “Es el pueblo quien “determina en virtud de su propia decisión, en qué consiste su independencia y libertad”¹⁵, el que ejerce el poder constituyente cuya decisión pone fin al conflicto político.

Pero Schmitt va más allá de la cuestión del origen del derecho y afirma que el derecho en sí mismo es un fenómeno político. En efecto, Schmitt no solo explica el origen del Derecho en términos de una decisión política sino que además sostiene

11 *Der Begriff des Politischen. Op. cit.*, pág. 27.

12 Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. 7ma. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pág. 54.

13 Schmitt, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 7ma. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1991, pág. 17.

14 V. *Verfassungslehre. Op. cit.*, pág. 40.

15 *Der Begriff des Politischen. Op. cit.*, pág. 46.

que para entender qué es el derecho hace falta tener en cuenta a la decisión política. Es este el punto en el cual reside la diferencia decisiva entre Schmitt y Kelsen. De hecho Kelsen se sentiría cómodo con la metáfora con la cual Schmitt describe en *La Dictadura* aquello que lo distancia de Kelsen: “para [Kelsen] . . . el problema de la dictadura puede ser tanto un problema jurídico como una operación del cerebro un problema lógico”. El problema, dice Schmitt, es que Kelsen no ve debido a su “formalismo relativista” que “la autoridad del Estado no puede ser separada de su valor”¹⁶.

El lugar clásico en donde Schmitt defiende su posición en contra de la pureza conceptual del normativismo kelseniano es *La Teología Política*. Allí Schmitt sostiene que la distinción normativista entre la filosofía del derecho como disciplina del deber ser y la sociología como disciplina del ser conduce a un simplista “o-o”¹⁷. Si bien Schmitt comparte la fórmula rousseauiana según la cual el poder no prueba nada respecto al derecho, sin embargo cree que el normativismo kelseniano reduce el Estado a una mera hipóstasis o duplicación de normas jurídicas. El Estado es identificado con el orden jurídico y por lo tanto entendido como un sistema de imputaciones, autorizaciones y competencias que descansan sobre una norma básica, no sobre una persona o un “complejo de poder sociológico-psicológico”, de tal forma que la unidad del orden jurídico normativista queda “‘pura’ de todo lo sociológico”. Desde el punto de vista jurídico según el normativismo no existen personas sino puntos de imputación¹⁸.

Schmitt cree que semejante pureza que describe al orden o al sistema en términos de normas en realidad designa solo una tautológica descripción del contenido del derecho –la tautología parece referirse a que la descripción del derecho no nos permite evaluarlo o qué hacer– o un “hecho brutal sociológico-político”¹⁹. Hoy en día un iusnaturalista como John Finnis describe precisamente la incoherencia del positivismo en términos similares: o bien el positivismo apunta un hecho que cualquiera puede observar, o bien no puede justificar nuestra adhesión al derecho. En otras palabras, el positivismo repite lo que un abogado competente afirmarí sobre la validez del derecho o lo que un mero observador advertiría son las consecuencias de no cumplir con el derecho. Pero no puede explicar cuándo el derecho es válido o autoritativo para la consciencia de un funcionario o ciudadano²⁰.

En realidad, según Schmitt, la teoría pura del derecho supone que existe una conexión o “armonía preestablecida” entre el “libre conocimiento jurídico” y la

16 Schmitt, Carl. *Die Diktatur*. 5ta. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1989, págs. xix-xx.

17 V. *Politische Theologie*. Op. cit., pág. 27.

18 Es digno de ser destacado que Schmitt no le critica a Kelsen el hecho de hacer de la norma que contiene la sanción la norma primaria, sino su normativismo.

19 *Politische Theologie*. Op. cit., pág. 29.

20 V. Finnis, John. “Natural Law: The Classical Tradition”, en Coleman, Jules; Schapiro, Scott y Himma, Ken (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pág. 23.

realidad política, sin poder explicar dicha armonía ni cómo se llega a la facticidad a partir de la normativa²¹. En efecto, donde más claramente emerge la crítica de Schmitt a Kelsen es en el territorio de la realización del derecho. Schmitt parece atribuirle la idea a Kelsen de que el derecho se aplica o realiza por sí mismo, sin que medie intervención significativa alguna de elementos extra-normativos²². Y el elemento extra-normativo clave que el normativismo pasa por alto según Schmitt es la decisión. Según Schmitt la idea del derecho no puede auto-realizarse ya que ella no dice nada acerca de quién debe aplicarla. La ley, por ejemplo, “no dice *a quién* le da autoridad”²³. Ahora bien, dado que el derecho siempre refiere a los órganos encargados de aplicarlo, salvo ciertos sistemas normativos relativamente primitivos o no desarrollados que solo contienen reglas de primer orden que imponen deberes pero no reglas de segundo orden —i.e. reglas que tratan sobre las reglas de primer orden—, y Kelsen ciertamente no ignora este hecho, Schmitt por realización del derecho tiene que tener en mente algo que va más allá de la mera actividad jurisdiccional. Según Schmitt, la decisión “[n]o es imputada con la ayuda de una norma, sino al revés; recién a partir de un punto de imputación se determina qué es una norma y rectitud normativa. A partir de la norma no resulta punto de imputación alguno, sino solo la cualidad de un contenido”²⁴. De ahí que para Schmitt la discusión sobre la realización del derecho debe llevarnos a pensar en la dictadura. Es el estado de excepción que permite entender el problema de la realización del derecho²⁵.

Es en este contexto que Schmitt propone la distinción entre dos tipos de “cientificidad jurídica”, uno de los cuales es el normativismo que Schmitt trató hasta este punto y el otro es el “decisionismo”, una palabra creada por él a tal efecto²⁶. El lema del Decisionismo es el principio hobbesiano según el cual *Autoritas, non veritas facit legem*. La última instancia que Schmitt tiene en mente no es una norma sino una decisión. Según Schmitt “la realidad de la vida del derecho depende de *quién* decide. Junto a la pregunta por la rectitud del contenido se encuentra la pregunta por la competencia”²⁷. Si las consideraciones anteriores tienen sentido, a esta altura la competencia en cuestión no es puramente legal o normativa. El final del segundo capítulo de la *Teología Política* es más que ilustrativo respecto a lo que está en juego: “En la oposición de sujeto y contenido de la decisión y en el significado propio del sujeto reside el problema de la forma jurídica. Ella no tiene la vacuidad apriorística de la forma trascendental, pues ella se origina precisamente a partir de

21 V. *Politische Theologie*. Op. cit., pág. 30.

22 V. *Ibid.*, pág. 39.

23 *Politische Theologie*. Op. cit., pág. 43.

24 *Politische Theologie*. Op. cit., págs. 42-43.

25 V. *Die Diktatur*. Op. cit., pág. xii. V. Hofmann, Hasso. *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Schmitt*, Carls. 4ta. ed. con una nueva introducción, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, pág. 55.

26 V. *Politische Theologie*. Op. cit., pág. 44. En el prólogo de 1933 ciertamente agrega el tercer tipo institucionalista (págs. 7-8) que desarrolla en *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3ra. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2006 [primera edición de 1934].

27 *Politische Theologie*. Op. cit., pág. 46.

lo jurídicamente concreto. Ella tampoco es la forma de la precisión técnica, pues esta tiene un interés de fines esencialmente disciplinar, impersonal. Ella finalmente no es tampoco la forma de la configuración estética que no conoce una decisión”²⁸.

Para Schmitt lo que demuestra la capacidad de dar “forma jurídica” de una teoría del derecho es la manera en que da cuenta del estado de excepción. Schmitt sostiene que el normativismo, a diferencia del Decisionismo, no puede dar cuenta del estado de excepción debido a que la “excepción es lo no subsumible; se escapa de toda comprensión general, pero a la vez manifiesta un elemento que da forma específicamente jurídica, la decisión, en su pureza absoluta”²⁹. Para el “racionalismo consecuente”, es decir el normativismo neokantiano, “la excepción no demuestra nada y... sólo el objeto [*Gegenstand*] normal puede ser de interés científico”. En las palabras de Schmitt: “[q]ue un neo-kantiano como Kelsen no sabe cómo empezar con el estado de excepción sistemáticamente, se entiende por sí mismo”. El normativismo sostiene que la excepción no prueba nada en el fondo debido a que sencillamente no es derecho. Schmitt afirma que un típico normativista como “Anschütz a la pregunta, cómo se ha de proceder ante una ley de presupuesto no existente”, respondería que “eso no sería una cuestión jurídica en absoluto: ‘existe no sólo una laguna en la ley, es decir en el texto de la Constitución, sino además una laguna en el derecho, la cual no puede ser llenada mediante ninguna operación de conceptos científico-jurídicos. El derecho público [*Staatsrecht*] se detiene aquí”³⁰. Según Schmitt, en cambio, como explica Portinaro, “la normalidad no puede ser reducida a ‘presupuesto externo de la norma’ sino que debe ser reconocida en su específica dimensión jurídica, como modalidad de existencia del derecho correlativa a la excepción”³¹.

Schmitt sostiene no solo que el estado de excepción pertenece al derecho, sino que además “el estado [*Zustand*] de excepción se diferencia del caos jurídico, de una anarquía caprichosa”. En efecto, “el estado de excepción siempre es algo distinto de una anarquía y un caos, aún perdura en sentido jurídico [*juristischen*] siempre todavía un orden, aunque no un sistema legal [*Rechtsordnung*]. La existencia del Estado preserva aquí una superioridad indudable sobre la validez de la norma jurídica [*Rechtsnorm*]. La decisión se hace libre de toda atadura normativa y deviene absoluta en sentido estricto”³².

Según Schmitt el estado de excepción pertenece al derecho porque “el caso de excepción aparece... cuando recién la situación debe ser creada en la cual las proposiciones jurídicas pueden valer. Toda norma general exige una configuración

28 *Ibid.*, pág. 46.

29 *Ibid.*, págs. 18-20.

30 *Ibid.*, págs. 20-22. V. *Verfassungslehre. Op. cit.*, pág. 56.

31 Portinaro, Pier Paolo. *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*. Milano: Edizioni di Comunità, 1982, pág. 61.

32 *Politische Theologie. Op. cit.*, págs. 20-22.

normal de las relaciones de la vida, sobre la cual ella puede encontrar aplicación típica [*tatbestandsmäßig*] y a la cual ella somete su regulación normativa”. Se trata de una “normalidad fáctica” que “no es meramente una ‘presuposición externa’ que el jurista puede ignorar; ella pertenece antes bien a su validez inmanente. No existe norma alguna que pudiera ser aplicable a un caos. El orden debe ser establecido para que el orden jurídico [*Rechtsordnung*] tenga sentido”. Es aquí donde entra en escena el protagonista olvidado por el normativismo, i.e. el soberano quien crea la “situación normal, y soberano es aquel que decide definitivamente si este estado [*Zustand*] normal domina en realidad”. Schmitt agrega que el soberano “tiene el monopolio de esta última decisión. En eso reside la esencia de la soberanía estatal, la cual también de manera correcta no se ha de definir jurídicamente como monopolio de la violencia o del dominio, sino como monopolio de la decisión, (...). El estado de excepción manifiesta la esencia de la autoridad estatal de la manera más clara. Aquí se separa la decisión de la norma jurídica, y (para formularlo paradójicamente) la autoridad demuestra que para que ella cree derecho no necesita tener derecho”³³.

Quizás la explicación schmittiana acerca de la naturaleza de la decisión jurídico-política suene mucho menos ominosa si recordamos la importancia que le atribuye al poder constituyente. Desde el punto de vista del universalismo moral la decisión política de un pueblo de darse una Constitución parece surgir de la nada³⁴, ya que para el universalismo las naciones son moralmente arbitrarias y por lo tanto las constituciones políticas en el fondo no son sino accesorios superfluos respecto a la moral, indicaciones que seguimos solo debido a su naturaleza moral³⁵. En otras palabras, no solo las opciones políticas entre las cuales debe optar la decisión política se encuentran en un pie de igualdad, sino que lo mismo ocurre en relación a los sujetos que toman tal decisión (v.g. el pueblo alemán o el francés). El universalismo moral entendería, por ejemplo, la discusión entre el Estado de derecho liberal y el comunismo, pero no vería el sentido de distinguir entre el pueblo alemán o el francés³⁶.

II. La decisión constitucional: representatividad

Para Schmitt, una vez tomada la decisión política fundamental acerca de la forma política que se da un pueblo, si se quiere una vez tomada la decisión constituyente,

33 *Ibid.*, págs. 18-20. La expresión que usa Schmitt también podría traducirse como “no necesita tener razón” [*nicht Recht zu haben*].

34 V. *Verfassungslehre. Op. cit.*, pág. 24. Cf. Miller, David. *On Nationality*. Oxford: Oxford University Press, 1995, págs. 49, 57-58.

35 V. *Verfassungslehre. Op. cit.*, págs. 10-11. Carlos Nino entendía que la justificación de la democracia como un sucedáneo del discurso moral permitía superar precisamente el problema de la superfluidad moral del derecho. V., v.g., Nino, Carlos. *Ética y Derechos Humanos*. 2da. ed., Buenos Aires: Astrea, 1989, cap. 9, y *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992, págs. 14-36.

36 No hace falta ser schmittiano para defender al nacionalismo. V., v.g., Miller, David. *On nationality. Op. cit.*, pág. 163, y Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford: Oxford University Press, 1995, págs. 93, 124-5.

quedan varias cuestiones respecto del sentido, alcance, o quizás interpretación de dicha decisión, como en el caso de “diferencias de opinión sobre una relación de cosas [*Sachverhalt*] que yace directamente delante de los ojos bajo los que comparten una convicción [*Gesinnungsgenossen*] del mismo círculo...”, en cuyo caso estamos en presencia de verdaderas cuestiones constitucionales que “jurídicamente consideradas siempre sólo pueden tratar acerca del *quis judicabit*, i.e. acerca de la decisión y no acerca de la pseudonormativa de una jurisdicción con forma de justicia [*justizförmigen Gerichtlichkeit*]”³⁷. Se trata de la situación en la cual “la *duda* sobre el contenido de una norma está tan fundada y la norma en sí misma tan poco clara en su contenido, que tampoco se puede hablar de una violación cuando el tribunal es de otra opinión que el legislador o el gobierno, cuyas disposiciones están en contradicción con la ley constitucional dudosa”³⁸. En estos “*hard cases*”, casos dudosos y/o controversiales, salen a la luz los principios y finalmente los valores e intenciones políticas que inspiraron a las normas³⁹.

Schmitt sugiere que puede haber desacuerdos razonables sobre el contenido de la Constitución, y por lo tanto de la decisión política, los cuales requieren otra decisión política para poder ser determinados o resueltos. La situación a la que se refiere Schmitt guarda cierta similitud con la simetría originaria mencionada más arriba al hablar de la decisión política en sentido eminente. En efecto, quien decide estos casos, “toda instancia que auténticamente pone fuera de duda el contenido dudoso de una ley, opera en la cuestión como un legislador”, a tal punto que si la duda a ser disipada es constitucional, el que decide se convierte en constituyente⁴⁰. Por lo tanto, todo conflicto constitucional genuino, el cual se refiere “a los fundamentos de la decisión total política”, solo puede ser decidido por “la voluntad del poder constituyente”⁴¹. Los casos en los que se resuelven las dudas sobre la constitucionalidad de las decisiones legales y políticas están emparentados con los casos que envuelven las leyes impositivas, presupuesto, estado de sitio, declaración de guerra, amnistías, etc.⁴². Dicho parecido de familia entre estos casos se debe a que se trata de casos de “acción política” para decirlo con la terminología schmittiana⁴³, y que en el caso de Schmitt coincide en el mismo sujeto, i.e. el Presidente de la República. Se trata, en efecto, de cuestiones que caen bajo lo que el artículo 56 de la Constitución de Weimar designaba como los “lineamientos políticos” determinados por el Presidente. Es hasta cierto punto refrescante comprobar que si bien Schmitt cree que tales lineamientos no pueden

37 *Der Hüter der Verfassung. Op. cit.*, págs. 30-31.

38 *Ibid.*, pág. 45.

39 *V. Ibid.*, pág. 19.

40 *V. Ibid.*, pág. 45; *Verfassungslehre. Op. cit.*, págs. 77, 56.

41 *Ibid.*, pág. 77.

42 *Ibid.*, pág. 144. No es casual que Schmitt argumenta a favor del Defensor de la Constitución en términos presidenciales sobre la base del artículo 48, el cual también prevé el estado de sitio.

43 *V. Ibid.*, pág. 110.

ser encuadrados bajo normativas o procedimientos puramente legales, tampoco pueden caer bajo un esquema de órdenes o mandatos militares. El Presidente no dicta sentencia ni ordena sino que lidera⁴⁴.

Si bien el grado de decisionismo de la resolución del conflicto constitucional es menor que el de la decisión originaria, es sin embargo mayor que el de la mera actividad jurisdiccional. Schmitt explica que “todo pronunciamiento de una instancia cuya función específica es decidir la duda, las incertidumbres y diferencias de opinión” constitucionales conlleva un decisionismo “aún más fuerte y más esencialmente determinante” que el de la actividad jurisdiccional, ya que en el caso de las decisiones constitucionales “el elemento decisionista es no solo una parte de la decisión que se acerca al elemento normativo para posibilitar en absoluto una *res judicata*”, sino que en este caso “la decisión es como tal sentido y fin del pronunciamiento, y su valor no reside en una argumentación avasallante, sino en la supresión autoritativa, que emerge precisamente a partir de las muchas posibles argumentaciones mutuamente contradictorias”⁴⁵. Schmitt remite a las decisiones más importantes de la Corte Suprema estadounidense y sus argumentaciones oscilantes y fuertes minorías, decisiones que a menudo son de cinco contra cuatro. Esto disipa la “ingenua creencia” de que la “argumentación de tales decisiones no tiene otro sentido que transformar la hasta ahora dudosa inconstitucionalidad en una inconstitucionalidad obvia para todo el mundo”⁴⁶. Lo que está aquí en juego “no es la argumentación avasallante, sino en realidad la decisión a través de la supresión autoritativa de la duda”⁴⁷.

Hay que tener en cuenta que según Schmitt en los así llamados casos constitucionales no se trata meramente de la aplicación de una norma constitucional, ni mucho menos de la reacción ante la mera violación de la Constitución, sino de la constante recreación de la unidad política⁴⁸. Esta instancia tiene que resolver conflictos de interés y poder que van más allá de la decisión sobre derechos⁴⁹. Dado que se trata de cuestiones en las cuales si bien “todo partido naturalmente sólo quiere el bien general”, “en eso consiste precisamente el *bellum omnium contra omnes*”⁵⁰: es el soberano el que decide sobre el orden público y la seguridad. El orden público y la seguridad pueden ser muy distintos de acuerdo con un régimen burocrático-militar, la autogestión de corte comercial o un régimen impuesto por un partido radical.

44 V. *Ibid.*, págs. 346, 348.

45 *Ibid.*, pág. 46.

46 *Ibid.*, pág. 46. Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pág. 306, propone la misma observación.

47 *Der Hüter der Verfassung*. *Op. cit.*, pág. 46.

48 V. *Verfassungslehre*. *Op. cit.*, pág. 6.

49 V. *Ibid.*, pág. 4.

50 *Politische Theologie*. *Op. cit.*, 15.

Dada la naturaleza política de las cuestiones constitucionales, según Schmitt deben ser resueltas por verdaderos órganos políticos y no por los tribunales. Mientras que las normas son creadas por órganos políticos, los jueces no deben decidir sobre su contenido sino solo aplicarlas. Schmitt explica que la distinción es pasada por alto debido a la confusión creada por la expresión “en virtud de la ley” (*auf Grund des Gesetzes*)⁵¹. Schmitt le reprocha a Kelsen no advertir la distinción al construir una “jerarquía continua” desde la Constitución hasta la decisión judicial⁵². Según Schmitt, la expresión “en virtud de la ley” pierde su “sentido específicamente de Estado de derecho” cuando es transferida a relaciones o cuestiones independientes de contenido y hecha “continua”. Para Schmitt se podría decir merced a una inexactitud del lenguaje que “también el legislador da su ley ‘en virtud’ de las determinaciones constitucionales las cuales lo hacen legislador”, o que “el canciller del Reich determina las directivas ‘en virtud’ del artículo 56 de la Constitución”, o que incluso “el presidente del Reich toma medidas dictatoriales ‘en virtud’ del artículo 48 de la Constitución”.

Pero Schmitt explica que “a partir de tales normas de competencia y «autorizaciones» no es posible deducción de contenido de los actos concretos del Estado, tal como se indica en el caso de la aplicación y decisión judicial de la ley ‘en virtud’ de una ley”. Cuando un juez “en virtud de una determinación penal condena al acusado a la cárcel”, “la sentencia de cárcel es deducida debido al contenido a partir de la ley con la ayuda de una subsunción típica [*tatbestandsmäßige*] del caso que subyace a la decisión bajo una norma”. De este modo, “el contenido del juicio ya está determinado por adelantado”⁵³. En cambio, cuando el canciller “en virtud” del artículo 56 de la Constitución celebra un tratado con Rusia, eso no puede ser deducido en términos de una subsunción típica tal como lo es la condena a prisión. Schmitt defiende la existencia de una línea muy nítida entre las normas reguladoras de contenidos (*inhaltlicher Normierung*) y la atribución de competencias, entre una “norma” y las “proposiciones, órdenes, reglas, autorizaciones y decisiones”⁵⁴. Schmitt no niega que la posibilidad de que un juez aplique una norma deriva de una autorización. Lo que sí niega es que la política pueda derivar de una norma, o mejor dicho, de una decisión judicial. Cuando un tribunal decide acerca de la política, deja de cumplir tareas estrictamente judiciales para convertirse en un

51 *Der Hüter der Verfassung. Op. cit.*, págs. 38-39, n. 2.

52 Cf. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre. Op. cit.*, pág. 85. Kelsen entiende que la tarea judicial que lleva a cabo el proceso de “individualización” de la norma general no tiene “un mero carácter declarativo, como si el derecho ya listo en la ley —esto es la norma general— sólo fuera a ser dicho o encontrado. La función de la así llamada *Rechtsprechung* es antes bien completamente constitutiva, es creación del derecho en el sentido propio de la palabra. (...) Sólo el prejuicio según el cual todo el derecho está decidido en la norma general, la errónea identificación del derecho con la ley, puede oscurecer esta idea [*Einsicht*]” (ibid., págs. 89-90). Kelsen en realidad toma el camino intermedio de sostener que “la mayoría de los actos del derecho son a la vez actos de creación y actos de ejecución del derecho. Con cada uno de estos actos del derecho se ejecuta una norma de nivel [*Stufe*] superior y se crea una norma de nivel más bajo” (ibid., págs. 92-93). Hablar de una “jerarquía de normas” equivale según Schmitt a una “antropomorfización de la ‘norma’ y una alegoría improvisada” (*Der Hüter der Verfassung. Op. cit.*, pág. 40). Cf. *Verfassungslehre. Op. cit.*, pág. 70.

53 *Der Hüter der Verfassung. Op. cit.*, pág. 39.

54 Ibid., pág. 39.

órgano político, deja de ser “justicia” o un verdadero “proceso judicial”. La ley misma sólo puede servir de base al proceso de decisión judicial pero no puede ser objeto de la decisión judicial⁵⁵.

Ahora bien, los desacuerdos constitucionales no deben ser resueltos por el poder constituyente mismo sino por un poder constituido pero representativo del pueblo a tal efecto. Los candidatos a ocupar dicho lugar son el poder judicial, el legislativo y el ejecutivo. Schmitt deja de lado al poder judicial por el déficit político expuesto, y al poder legislativo debido a la desconfianza que le inspira y que fue objeto de estudio en *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Lo que resta es el poder ejecutivo. Veamos por qué.

La teoría de la representación que explica la decisión tomada por Schmitt al respecto está expuesta en *Catolicismo Romano y Forma Política*, e ilustrada en relación a la Iglesia. Allí Schmitt sostiene que la Iglesia tiene su propia racionalidad, que es institucional y “esencialmente jurídica”⁵⁶. La Iglesia es una “persona jurídica”, pero no como una “sociedad por acciones”, ya que mientras que esta última es un “típico producto de la época de la producción, es un modo de cálculo”, la Iglesia “es una representación concreta, personal de la personalidad concreta”. Ella es “en gran estilo la portadora del espíritu jurídico y la verdadera heredera de la jurisprudencia romana”⁵⁷. Sin embargo, la racionalidad o capacidad jurídica del catolicismo no impide que el mismo sea “político en sentido eminente”⁵⁸. Incluso, si no es que sobre todo, en el siglo XX la Iglesia “permanece como la única portadora del pensamiento político y la forma política”⁵⁹. La forma jurídico-política de la Iglesia, según Schmitt, proviene del hecho de contener “la más sorprendente *complexio oppositorum*”⁶⁰, la cual designa la capacidad de contener oposiciones⁶¹, la más importante de las cuales es la combinación de la “eterna ambigüedad” con “el más preciso dogmatismo y una voluntad hacia la decisión, tal como culmina en la doctrina de la infalibilidad papal”⁶². De este modo, dentro de la Iglesia Schmitt encuentra tanto el conflicto como la autoridad y la síntesis entre ambos mediante la noción de representación.

La superioridad jurídico-política del catolicismo, o si se quiere la conexión entre derecho y política, reside precisamente en el hecho de que la Iglesia ejecuta el “principio de la representación”⁶³. En ello reside su superioridad respecto a la

55 V. *Ibid.*, pág. 41.

56 Schmitt, Carl. *Römischer Katholizismus und politische Form*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1984, pág. 23.

57 *Ibid.*, pág. 31.

58 *Ibid.*, pág. 27.

59 *Ibid.*, pág. 42.

60 *Ibid.*, págs. 24-25.

61 V. *Ibid.*, pág. 11.

62 *Ibid.*, pág. 14.

63 *Ibid.*, pág. 14.

economía, la estética y la técnica⁶⁴. Para ilustrar dicha capacidad Schmitt afirma que el “gran logro” del racionalismo católico consiste en que “hace del sacerdocio un cargo pero... de un tipo especial. El Papa no es un profeta, sino el representante [*Stellvertreter*] de Cristo”. El cargo sacerdotal no debe ser confundido con el carisma, ni tampoco con la impersonalidad de un funcionario, sino que se trata de un cargo ligado mediante una cadena ininterrumpida “al encargo [*Auftrag*] personal y la persona de Cristo”⁶⁵.

A la luz de estas consideraciones no resulta extraño que poco tiempo después en su *Doctrina de la Constitución* Schmitt explica que la representación “no es una operación normativa, un proceso, un procedimiento, sino algo *existencial*. Representar significa hacer visible y actualizar [*vergegenwärtigen*] un ser invisible a través de un ser públicamente presente”⁶⁶, y que la “representación pertenece a la esfera de lo político y es por lo tanto en su esencia algo existencial. No se ha de entender con la subsunción bajo normas generales”⁶⁷. Para ilustrar este punto Schmitt menciona la tentativa de la ideología monárquica decimonónica de ceñirse al principio de la legitimidad como un fundamento esencialmente normativo. Al hacerlo, “abandonó su carácter representativo. Legitimidad y representación son dos conceptos totalmente diferentes”. El punto de Schmitt parece ser que una vez que la monarquía tuvo que apelar a la legitimidad como un principio político, i.e. una vez que tuvo que defender su posición contra, v.g., la democracia, ya había perdido la batalla por el mero hecho de haber tenido que entrar en la batalla. La monarquía genuina es representativa, pero según Schmitt no debemos entender dicha representatividad como una “normativa”. Schmitt de hecho afirma polémicamente contra la tradición ciceroniano-agustiniana de la legitimidad: “que el gobierno de una comunidad ordenada es algo distinto del poder de un pirata, no se puede aprehender con ideas de justicia, utilidad social y otras normativas, pues todas estas normativas también le pueden corresponder a los piratas. La diferencia reside en que todo gobierno genuino *representa* a la unidad política de un pueblo”⁶⁸. La cuestión de la legitimidad en términos de la calidad del gobierno del Estado es reemplazada por la existencia del Estado, como explica Hasso Hofmann: “La antítesis de ser y deber ser es reemplazada por la antítesis ser o no ser”⁶⁹.

Dada la crítica de Schmitt al carácter representativo del parlamentarismo contemporáneo y su concepción del razonamiento judicial –como veremos más abajo– no es de extrañar que el carácter popular de la institución presidencial

64 V. *Ibid.*, pág. 32.

65 *Ibid.*, pág. 24.

66 *Verfassungslehre. Op. cit.*, pág. 209.

67 *Ibid.*, págs. 211-212.

68 *Ibid.*, pág. 212.

69 Hofmann, Hasso. *Legitimität gegen Legalität. Op. cit.*, pág. 15.

lo convenza de entender al presidente como un representante adecuado de la decisión política originaria, si se quiere, del poder constituyente. Quizás la terapia schmittiana no sea de nuestro agrado, pero es indudable que ha puesto su dedo sobre el déficit político, sobre la “dificultad contramayoritaria” del control judicial de constitucionalidad⁷⁰. La posición de Schmitt es que la “juridificación de la política” es imposible y que en realidad el intento de llevarla a cabo da lugar a “la politización del derecho”⁷¹, una posición que no tendría mayor sentido si Schmitt creyera que el derecho no es en algún sentido autónomo respecto a lo político.

III. La decisión judicial: normativa

Hemos dejado atrás tanto el momento eminentemente político como el momento político constitucional. Ahora, finalmente, llegamos al “caso normal [en el cual] el momento independiente de la decisión puede ser reducido a un mínimo”⁷². Aquí la independencia judicial tiene en realidad el sentido de un “rechazo de lo político. Todo lo que el juez hace como juez está normativamente determinado y se diferencia de la existencialidad de lo político”⁷³. Schmitt concede en esta dimensión que “[u]n mediador o un árbitro, sin [tener] también poder político, pueden disfrutar de una mayor o menor reputación personal”, sin dejar de recalcar que esto depende de “una doble presuposición: la primera, que las partes en disputa comparten ciertas representaciones de equidad, honestidad o determinadas premisas morales; y la segunda, que las contradicciones todavía no han alcanzado el grado más extremo de intensidad. Allí residen los límites de toda formalidad judicial y de toda actividad mediadora”⁷⁴. Una vez que la decisión política eminente y la constitucional ya han resuelto la simetría constitutiva de lo político, la decisión judicial puede disfrutar de la asimetría o superioridad que proviene de su argumentación avasallante. En rigor de verdad, la decisión judicial guarda un notable parecido con el razonamiento moral en la medida en que se encarga de subsumir casos bajo reglas generales.

En efecto, la actividad de los jueces se encuentra restringida tanto en su contenido cuanto en su ámbito de aplicación o competencia. Se trata de un área normativamente circunscripta⁷⁵. En derecho, a diferencia de la política, hay reglas

70 V. Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Op. cit., pág. 293, quien ciertamente no menciona a Schmitt.

71 *Der Hüter der Verfassung*. Op. cit., pág. 22; cf. págs. 26, 31.

72 *Politische Theologie*. Op. cit., pág. 18.

73 *Verfassungslehre*. Op. cit., pág. 274.

74 *Ibid.*, págs. 133-134.

75 *V. Verfassungslehre*. Op. cit., pág. 108.

como en el ajedrez o la teoría de los juegos⁷⁶. Es este el hábitat “de las doctrinas iusnaturalistas y liberal-individualistas”, es decir, “un sistema de relaciones entre seres humanos individuales que recién existe en verdad cuando está excluida la posibilidad real de la guerra está excluida y es imposible todo agrupamiento amigo-enemigo”⁷⁷. La “independencia judicial es sólo el otro lado de la atadura judicial a la ley y en esa medida apolítica”⁷⁸. El juez está obligado por la ley: “Su actividad está esencialmente determinada normativamente; él no es un representante autónomo de la unidad política como tal. Políticamente considerada es toda esta jurisprudencia dependiente de la ley ‘*en quelque façon nulle*’”⁷⁹. Schmitt explica que “[l]a posición especial del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su ubicación por sobre los partidos, su independencia e inamovilidad, todo esto descansa sólo sobre el hecho de que él justamente decide sobre la base de una ley y su decisión *en cuanto al contenido es deducida* a partir de otra decisión medible y calculable ya contenida en la ley”⁸⁰. Es precisamente la relación inversamente proporcional que guarda con la representatividad política la que le permite al juez ser políticamente independiente. Como sostiene Schmitt, el “derecho, sea privado, sea público, tiene como tal —lo más seguro a la sombra de una gran decisión política, también v.g. en el marco de un ente estatal estable— su propio círculo relativamente autónomo”⁸¹.

Podríamos decir entonces que al amparo de la decisión política que decide precisamente qué debe hacer un juez (v.g. “todos los X son Y”), el juez se limita a determinar si en un caso concreto Z es un Y. Para explicarlo en términos hegelianos —que Schmitt mismo invoca en su ensayo *Gesetz und Urteil*⁸²— el juez se limita a resolver disputas legales tales como las del derecho civil. En verdad, los “fundamentos jurídicos [*Rechtsgründe*]”, debido a su “multiplicidad y exterioridad” permiten que “una y la misma cosa puedan corresponder a diversas personas”, ya que “cada una de las cuales considera la cosa de su propiedad basándose en su fundamento jurídico particular. De esta manera surgen los *conflictos jurídicos*”⁸³. Ahora bien, de acuerdo con Hegel esto tampoco es tan conflictivo como parece: “[e]ste conflicto, en el que se reivindica la cosa *por un fundamento jurídico*, y que constituye la esfera de los *procesos civiles*, contiene el *reconocimiento* del derecho como lo universal y decisivo,

76 V. *Der Begriff des Politischen*. Op. cit., pág. 120. No es un “juego” en el sentido puramente lúdico ni un “play” en el sentido estético, aunque sí podría ser un “play” shakespeareano, ya que la teatralización barroca de la vida en la Inglaterra isabelina de Shakespeare “todavía no estaba organizada en el marco fijo de la estatalidad soberana y en la tranquilidad, seguridad y orden públicos establecidos por el Estado, como el teatro de Corneille y Racine en la Francia de Luis XIV. En comparación con el teatro clásico el *Spiel* de Shakespeare es... brutal y elemental, bárbaro y todavía no político en el sentido estatal de la palabra político de entonces” (Schmitt, Carl, *Hamlet oder Hekuba*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1985, págs. 42-43).

77 V. *Der Begriff des Politischen*. Op. cit., pág. 56.

78 *Der Hüter der Verfassung*. Op. cit., pág. 157.

79 *Verfassungslehre*. Op. cit., pág. 273.

80 *Der Hüter der Verfassung*. Op. cit., págs. 37-38.

81 *Der Begriff des Politischen*. Op. cit., págs. 65-66.

82 Schmitt, Carl. *Gesetz und Urteil*. 2da. ed., Munich: Beck Verlag, 1969, págs. 49.

83 Hegel, G. W. F. *Principios de la filosofía del derecho*. Traducción y prólogo de Juan Luis Vermal, Barcelona: Edhasa, 1988, § 84, pág. 152.

de manera tal que la cosa debe pertenecer a quien tenga derecho a ella. El conflicto se refiere sólo a la *subsunción* de la cosa bajo la propiedad de uno u otro; es pues un juicio *simplemente negativo* donde el predicado de lo mío sólo niega lo particular”⁸⁴.

Por otro lado, la esfera de libertad de acción del juez es ilustrada por Hegel en el caso de la administración de justicia penal: “[n]o se puede determinar *racionalmente* ni decidir por la aplicación de una determinación proveniente del concepto si para un determinado delito lo justo es una pena corporal de cuarenta golpes o de una cuarenta menos uno, ni si corresponde una multa de cinco táleros o de cuatro táleros y veintitrés centavos, o una pena de prisión de un año o de trescientos sesenta y cuatro días, o de un año y uno, dos o tres días”⁸⁵. Según Hegel, “[a]quí únicamente está presente el interés de la *realización*, el interés de que se determine y decida, de cualquier manera que sea (dentro de un límite)”⁸⁶. A los tribunales precisamente se les encargan el “*conocimiento y realización* del derecho en los casos particulares”⁸⁷.

Según Schmitt, la independencia de los jueces no se restringe al ámbito del derecho privado, sino que incluso se extiende al derecho público, exceptuando el derecho constitucional y el derecho internacional. Schmitt no duda de la independencia política de los jueces ni de la autonomía al menos del derecho civil, penal y administrativo respecto de la política⁸⁸. En efecto, Schmitt está dispuesto incluso a abrir el juego de la actividad judicial al “territorio del derecho público, es decir en cuestiones administrativas y asimismo de policía constitucional [*polizeirechtlichen Fragen*]” cuando “la situación, que toda norma supone, también puede encontrar una normativa lo suficientemente clara y segura mediante las opiniones de los colegas juristas y de la práctica jurídica sin la decisión expresa de la legislación o del gobierno”⁸⁹. Lo único que no puede ser objeto de actividad judicial o jurisdiccional es el derecho constitucional en sentido estricto y el derecho internacional público⁹⁰.

El derecho, en su hábitat natural, puede invocar por definición cierta objetividad que lo inmuniza contra toda oposición racional –a diferencia de lo que sucedía en el caso de la decisión política. Nadie podría salir airoso al pretender justificar la desobediencia a los dictados del derecho. Quien viola el derecho se comporta básicamente como alguien que en el fondo sólo busca salirse con la suya, obtener los beneficios que otorga la ley sin tener que pagar sus costos, sin oponerse en realidad a la norma que está violando. En todo caso, quien cae bajo esta descripción denota

84 Hegel, G. W. F. *Principios de la filosofía del derecho*. Op. cit., § 85, pág. 152.

85 Hegel, G. W. F. *Principios de la filosofía del derecho*. Op. cit., § 214 Obs., págs. 286-287.

86 *Ibidem*, pág. 287.

87 Hegel, G. W. F. *Principios de la filosofía del derecho*. Op. cit., § 219, pág. 293.

88 V. *Der Hüter der Verfassung*. Op. cit., pág. 12.

89 *Ibid.*, pág. 19.

90 V. *Verfassungslehre*. Op. cit., págs. 118-119.

a lo sumo su desapego respecto a la ley al momento de actuar, pero no por eso está totalmente en contra de la ley. Si no existiera el sistema jurídico cuyas normas viola el delincuente común, este último dejaría de existir porque no podría siquiera operar. Es por eso que no puede ni quiere expresar públicamente su voluntad de violar la ley, y mucho menos se arroga el permiso de violar la ley. En todo caso, el delincuente se contradice al querer violar la ley, y de ahí que la manera de tratar al delincuente consista en la aplicación jurisdiccional de la ley civil⁹¹. Este es el hábitat natural del castigo en sentido estricto. En todos estos casos, la justicia actúa en relación a una conducta que ya tuvo lugar, i.e. *ex post*, y de ese modo opera de manera vindicativa⁹². Quizás por esto Schmitt considera que el Derecho Penal, a pesar de ser parte del derecho público, se puede aplicar de manera jurídicamente autónoma. Schmitt cree que el tipo (*Tatbestand*) penal que contenga referencias a la seguridad y bienestar del Estado en aras de la protección del orden constitucional “ya cruza hacia lo político [*geht bereits in das Politische über*], pero permanece el procedimiento conforme al poder judicial [*justizförmig*] y pierde de ese modo su fuerza política”⁹³. A juicio de Schmitt, “la Justicia, en la medida en que permanece justicia, políticamente siempre llega demasiado tarde, y tanto más tarde, cuanto más detenida y cuidadosamente, cuanto más de acuerdo con el Estado de derecho y la forma judicial esté estructurado el procedimiento. En el caso de indudables violaciones de la Constitución, la cuales no serán un hecho cotidiano en un Estado civilizado, esto conduce en el caso favorable al castigo del culpable y a la indemnización de un ilícito que reside en el pasado”. Se trata de “una contradicción *evidente e indudable* contra las determinaciones constitucionales”, en cuyo caso el tribunal castiga el quebrantamiento de la Constitución⁹⁴.

Quizás el caso siguiente ilustre la diferencia entre lo que Schmitt llama “una clara violación” de una norma constitucional, la cual debería ser objeto de la actividad jurisdiccional, y un caso estrictamente constitucional o político⁹⁵. Quien viola la ley por razones políticas no lo hace porque meramente quiere salirse con la suya, de tal forma que no violaría la ley si estuviera seguro de que su acción sería castigada si fuera detectada y mucho menos si su vida corriera peligro al hacerlo, sino porque se opone al soberano por razones estrictamente políticas. En otras palabras, lo que está en juego no son deficiencias motivadoras sino un genuino conflicto entre la autoridad del derecho y quien se niega a reconocer la misma. Quien desobedece, si bien sabe que su conducta —de ser generalizada— llevaría a la deposición del gobernante y por lo tanto al cambio del gobierno en cuestión, desea precisamente ese resultado, con lo cual demuestra que no se contradice al querer su acción. De hecho,

⁹¹ Es en este sentido que Hegel sostiene que el delincuente quiere el castigo. V. *Principios de la filosofía del derecho*. Op. cit., § 100, pág. 161.

⁹² V. *Der Hüter der Verfassung*. Op. cit., págs. 26, 32.

⁹³ *Verfassungslehre*. Op. cit., pág. 331.

⁹⁴ V. *Der Hüter der Verfassung*. Op. cit., págs. 33, 45.

⁹⁵ V. *Verfassungslehre*. Op. cit., pág. 121.

quienes desobedecen a la autoridad en este sentido, a diferencia de los delincuentes, suelen estar más que dispuestos a aceptar el castigo si lo consideraran apropiado para obtener sus fines. Además, los desobedientes ni siquiera reconocen que el gobierno en cuestión esté en condiciones de aplicar un castigo, esto es, la imposición de un daño por haber cometido una acción ilegítima o justificadamente prohibida, sino lisa y llanamente creen que el gobierno sólo es capaz de dominar a sus súbditos. La posición de Schmitt es que semejantes casos dejan de ser cuestiones judiciales y se transforman en políticas. Muy probablemente deban ser resueltos mediante medidas políticas antes que judiciales —si es que pueden ser resueltos en absoluto.

En su ensayo sobre *El Defensor de la Constitución*, Schmitt remite expresamente a *Gesetz und Urteil*, su libro sobre el razonamiento judicial, en donde Schmitt defiende una posición que anticipa en parte la teoría del derecho de Ronald Dworkin, al menos en lo que respecta a la auto-comprensión de los jueces. En primer lugar, entiende al derecho como una práctica autónoma. La autonomía de la práctica le otorga una coherencia que los jueces deben reconocer y defender en sus sentencias. En segundo lugar, Schmitt defiende una tesis de la existencia de respuestas correctas: “Una decisión judicial es hoy entonces correcta, cuando se puede suponer que otro juez hubiera decidido lo mismo. ‘Otro juez’ significa aquí el típico empírico del jurista letrado moderno”⁹⁶. De este modo, la coherencia de la práctica les permite a los jueces intentar persuadirse de cómo entender el derecho vigente y cuándo una decisión judicial es correcta.

Finalmente, Schmitt rechaza la concepción mecánica de la actividad del juez. La subsunción que realiza el juez implica más que la mera aplicación, contiene una “complicada construcción”⁹⁷. El juez no es una “máquina de subsunción, un autómatas de la ley”⁹⁸. En realidad, salvo algunas excepciones, toda ley contiene un momento que “un civilista quizás describiría como aleatorio”⁹⁹. Hasta cierto punto, es más importante *que* algo sea ley que *qué* es la ley¹⁰⁰. Schmitt da el ejemplo de los casos de coordinación. Se trata de casos en los cuales existe un “momento de contenido arbitrario en todo derecho”¹⁰¹. La corrección de una sentencia depende en cierto sentido de una determinación positiva de la ley, pero de ahí no se sigue que la decisión correcta “se pueda dejar deducir lógicamente a partir de la ley”. Sin embargo, el juez no crea el derecho, no es un legislador, sino que lo descubre¹⁰², y todo esto sin aplicarlo automáticamente. Nuevamente, la concepción dworkiniana

96 *Gesetz und Urteil*, op. cit., pág. 71.

97 *Ibid.*, pág. 8.

98 *Ibid.*, pág. 9.

99 *Ibid.*, pág. 48.

100 V. *Ibid.*, pág. 63.

101 *Ibid.*, pág. 49.

102 V. *Ibid.*, pág. 103.

del derecho como una novela en cadena nos permite entender la fenomenología libre pero restringida que caracteriza a la auto-comprensión judicial. Según Dworkin, ni la esclavización mecánica textual ni la creatividad romántica captura lo que hacen los jueces al tomar decisiones. Un juez siente más libertad que la de un traductor de un idioma extranjero, pero más restricciones que la de un autor de una obra literaria completamente nueva o propia¹⁰³. Los jueces son autores y críticos de una única práctica a la cual tratan de entender en su mejor luz, como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece. La historia de dicha práctica “restringe las interpretaciones disponibles” de la misma, pero al interpretar el juez no puede evitar la necesidad de tomar una decisión y por lo tanto de agregar algo que antes no estaba¹⁰⁴.

Si estas consideraciones tienen asidero, el esclarecimiento de la relación que guarda la decisión judicial con la decisión política según Schmitt puede ayudarnos a apreciar que su teoría del derecho no solo anticipó varios de los temas que componen la agenda de la filosofía del derecho contemporánea sino que además puede seguir contribuyendo en especial a resolver cuestiones tales como el control de constitucionalidad y la naturaleza del razonamiento judicial. Los schmittólogos y los filósofos del derecho contemporáneo tienen mucho más en común de lo que se suele suponer¹⁰⁵.

103 V. Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge - MA: Harvard University Press, 1986, pág. 234.

104 V. *Ibid.*, págs. 51-52.

105 Sobre la relación entre la teoría política de Schmitt y el positivismo liberal anglosajón contemporáneo quizás le sea útil al lector consultar Rosler, Andrés. “El conflicto político y la autoridad del derecho: la crítica schmittiana al positivismo liberal”, en Storck, Alfredo Carlos y Barreto Lisboa, Wladimir (eds.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2009, págs. 117-144.

VÍCTOR
GUERRERO

El Leviathan de Hobbes en el pensamiento de Carl Schmitt: guerra civil clásica y guerra civil internacional

*La guerra civil es el momento donde se desvanecen todas las ilusiones legitimistas y normativas
a las cuales los humanos se acogen gustosamente durante las épocas de tranquila seguridad.*

CARL SCHMITT

La relación teórica y existencial mantenida por Carl Schmitt respecto del Leviathan hobbesiano resulta de inagotable interés y aguda pertinencia contemporánea, no solo por las posiblemente insuperadas observaciones que sobre el filósofo político inglés realizara, sino también, y en no menor medida, por la reveladora aproximación que posibilita sobre la propia obra schmittiana, en la cual se ocupara de modo continuo, desde las vísperas de la Primera Guerra Mundial hasta las postrimerías de la Segunda¹.

¹ Este ensayo encuentra su motivación inmediata en el Congreso Internacional sobre el pensamiento político de Carl Schmitt convocado por la Universidad Libre de Bogotá en septiembre de 2010 y la reciente traducción al español de *El Leviathan en la Doctrina del Estado de Thomas Hobbes*—realizado por la Universidad Autónoma Metropolitana de México, 2007.

En el mismo sentido, un ensayo analítico sobre esta compleja relación intelectual y epocal ha de dar cuenta, así sea en mínima medida, de la recepción que del Leviathan se había realizado en el pensamiento alemán de la época, que quizá, a diferencia de sus homólogos franceses e italianos, tuvo una intensidad nunca alcanzada por estos, y en especial, porque Schmitt se encontraba en alguna medida influenciado, así fuera para su expreso rechazo —una modalidad no menos eficaz de influencia que la del acogimiento compartido— por pensadores como Ferdinand Tönnies y Leo Strauss.

En tal sentido resulta necesario destacar la ubicación y el papel desempeñado por Hobbes como referencia sustancial en la construcción del propio pensamiento político de Schmitt en tanto filósofo clásico en relación con aquellos otros pensadores europeos determinantes para su trayectoria reflexiva.

Estos podrían agruparse en dos grandes categorías; de un lado, lo que podría llamarse los fundadores secularistas, ejemplificados en Bodino y Hobbes, en cuya obra dispar se concluye la ruptura con el mundo teológico anterior, y por otra parte, los decisionistas conservadores, De Maistre y Donoso Cortés, cuya obra se define por el radical rechazo de la revolución y sus prolongaciones democratizantes y liberales, entre cuyos aportes y posiciones se consume buena parte de la inspiración y la admiración de Schmitt. Esta misma repartición indica ya la *complexio oppositorum* en la que siempre se encontró un pensamiento desgarrado por sus propias contradicciones y hondamente ambivalente pero al mismo tiempo, en medio de, y probablemente gracias a ellas, capaz de los más lúcidos desvelamientos. Esta particular condición del pensamiento político de Schmitt torna imprescindible, con casi un siglo de profundas transformaciones acontecidas, su consideración en el doble registro de lúcida visión y síntoma perturbador, aporte teórico decisivo e *hybris* extraviada.

1. El oculto suelo común de la guerra civil para la construcción de la soberanía

En el ámbito de Bodino y Hobbes tenemos a los dos principales teóricos de la soberanía y del Estado absoluto, cuya construcción teórica tuvo como horizonte ineludible el desolador panorama de las guerras civiles religiosas tanto como la guerra civil inglesa, respecto de las cuales, uno y otro fueron no solo testigos presenciales y directos, sino, además, y esto sea quizá lo más relevante para la aproximación aquí propuesta, potenciales víctimas que debieron ponerse precavidamente a resguardo o huir de su escenario a fin de salvar su propia integridad física y mental.

Esta inmersión en la guerra civil como problema político de índole a un tiempo existencial y epistémico es el ambiente histórico que los tres compartían y en el cual

respiraron, cada uno de ellos profundamente incrustado en sus respectivas esferas de reflexión y especulación teóricas: la Francia de la segunda mitad del siglo XVI desgarrada en la guerra sin cuartel desencadenada por la liga católica contra los sectores protestantes o hugonotes, que se prolongaría por cerca de media centuria y en el curso de las cuales las atrocidades perpetradas alcanzarían unos abismos de crueldad probablemente sin paralelo hasta entonces en el incipiente ámbito europeo; la Inglaterra de mediados del siglo XVII en cuyo territorio la lucha entre el monarca de la dinastía Tudor inspirado en el derecho divino de los reyes se decantaría por su derrota, enjuiciamiento y ejecución a manos de los sectores parlamentarios; y por último, la guerra civil que se había entronizado en las calles de las ciudades alemanas durante la década de los años 30 del siglo XX con el enfrentamiento entre brigadas rojas y camisas pardas cuando la república de Weimar agonizaba, que culminaría con el ascenso del nacionalsocialismo acompañado de la brutal liquidación de los opositores comunistas, anarquistas y socialistas.

La elucidación de este enraizamiento en las honduras turbias y terribles del *bellum internecinum* por parte de cada uno de estos autores y sus respectivos periplos existenciales permite observar, con las diferencias históricas obligadas y la específica direccionalidad de sus apuestas, la conexidad entre el problema mayor de su época y la formulación conceptual de orden político mediante la cual se intentó dar respuesta a los dilemas, contradicciones y puntos ciegos que aquellos planteaban. Cada uno a su manera pensó desde los abismos de la guerra civil en función de construir un dispositivo material y discursivo cuyos contornos precisos continúan siendo referentes ineludibles para la comprensión de los fenómenos contemporáneos.

Bodino es un autor que hunde sus raíces en el mundo mágico y platonizante del Renacimiento tardío pero el cual bajo los impulsos del redescubrimiento de los autores griegos y latinos, se asoma al mismo tiempo a los inicios racionalistas que preludian y anteceden el amplio movimiento de la Ilustración, lo cual permitió que fuera a un tiempo consejero real, exorcista graduado y en ejercicio, iniciador de nuevos derroteros en el derecho y acuñador original del sintagma de “ciencia política”, y activo protagonista en los sucesos de su época. En su condición de autor a medio camino entre dos mundos y épocas, fue capaz de escribir un tratado de demonología que gozó de enorme influencia en su época —*De demonologie des sorciers*—, un libelo a favor de la tolerancia religiosa —*El Heptalómeros o Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas* recientemente traducido al español después de cuatro siglos— en el que desde una perspectiva irenista proclama la ausencia de incompatibilidades entre las religiones y la ciencia natural al igual que la posibilidad de la concordia entre las confesiones, y finalmente, del tratado conocido *Los siete libros de la República*².

² Una presentación informada de Bodino se encuentra en Blair, Ann. *Theater and Nature: Jean Bodin and Renaissance Science*. Princeton, 1997; las afinidades entre ambos pensadores han sido tematizadas por King, Preston. *The Ideology of Order: a Comparative Analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*. London, 1974.

En este último, Bodino construye su célebre definición de la soberanía como *potestas suprema* proporcionando el programa del naciente absolutismo francés y no menos el paradigma del Estado europeo, cuya formulación es una directa respuesta a la necesidad de salir de la guerra civil religiosa mediante una instancia de poder supremo que se desmarque de las facciones y bandos en contienda. En desarrollo de esta tesis, hoy común pero entonces innovadora y crucial, Bodino acuña por primera vez el término de “ciencia política”³, se integra al sector de los llamados “politiques” y escapa por poco a las masacres de agosto de 1571 ordenadas por Catalina de Médicis en París y provincias vecinas que cuestan la vida a cerca de 7.000 hugonotes en la conocida Noche de San Bartolomé. Si bien Schmitt manifiesta en varias ocasiones su admiración por la obra de Bodino –al punto de expresar en su correspondencia con Jünger su seria intención de ir a visitar Angers, la ciudad natal del filósofo político francés⁴– no confrontó su obra en un texto específico. Sin duda, parte de su admiración proviene de la común situación existencial compartida, pese a la separación de cerca de tres siglos y medio, de hallarse en el centro de la tormenta política y militar que entonces como en el ahora weimariano cobra vidas, cabezas regias y transforma las estructuras políticas de su época. No es descabellado encontrar en la noche de San Bartolomé el equivalente de las purgas ordenadas por Hitler contra su adversario Rohm en la denominada noche de los Cuchillos Largos cuando el cuerpo paramilitar al mando de este último es ejecutado, librándose así del último obstáculo para adueñarse por completo del liderazgo al interior de la organización político-militar.

Igualmente, el vestigio iconográfico más estremecedor de la atmósfera de la guerra civil religiosa francesa en medio de la cual se gestara el pensamiento de Bodino se encuentra en el óleo terrible del pintor real Antoine Caron –*El triunvirato*–, que hoy se conserva en un salón no demasiado visitado del Museo del Louvre (ver ilustración). Allí se representa la fórmula canónica y más desgarradora de aniquilación contra los disidentes religiosos, meticulosamente puesta a punto en las calles de una París completamente romanizada, donde el degollamiento de los adversarios, la persecución de las mujeres, el incendio de las residencias, el apilamiento de las cabezas barbadas de los hugonotes y el desventramiento en primer plano del cuerpo yacente en cuyas entrañas hurga el verdugo, continúan ejerciendo su efecto estremecedor y alucinatorio.

Por su parte, la conmoción intelectual suscitada por la principal obra de Hobbes es perceptible en Schmitt desde un texto temprano como *Romanticismo Político* escrito antes de la instalación de la República de Weimar, es decir, durante la caída de

³ Cox, Neil. *A Painting by Antoine Caron*, p. 19, *Papers of Surrealism*, 2007.

⁴ La carta de 1936 se encuentra en la *Briefwechsel zwischen Carl Schmitt und Ernst Jünger 1925-1983*. Klett-Clotta Verlag, 2001.



la Alemania Guillermina, pasando desde luego por su texto clave *El Leviathan en la Doctrina del Estado de Thomas Hobbes* hasta sus referencias al mismo en un texto relativamente tardío como *Ex Captivitate Salus*, escrito en los años inmediatamente posteriores a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de su relación intelectual con Bodino, en el caso del filósofo político inglés, Schmitt sostendrá una verdadera confrontación teórica —una *Auseinandersetzung*— en el sentido de un enfrentamiento con el autor y un desafío con el *opus magnum* hobbesiano. De cierta irónica manera a su vez, en Hobbes encuentra Schmitt al partidario inequívoco y radical de la autoridad absolutista como mecanismo para confrontar exitosamente la enfermedad de la guerra civil. En su condición de tutor de la casa real Hobbes era un agudo observador de su época y al mismo tiempo un participante, si bien indirecto, en la larga confrontación que durante de la década de 1640 opuso en una larga y costosa

guerra civil a los partidarios del monarca y a las fuerzas parlamentarias. La derrota del bando al que pertenecía Hobbes resultó determinante en su emigración más o menos forzada —un refugiado político *avant la lettre*— hacia París donde conocería a las más destacadas luminarias de su época, tales como Descartes y Malebranche.

Y si bien no puede establecerse un paralelo exacto con un hecho equivalente del que hubiera sido testigo o potencial afectado como en el caso de la Noche de San Bartolomé o el asesinato de los falangistas de Rohm, Hobbes entendió su propia vocación intelectual como una existencia hondamente marcada por los desastres de la guerra: en su autobiografía atribuye su propio nacimiento a las contracciones uterinas ocasionadas por el estruendo de la malograda invasión de la Flota Invencible de la España católica de Felipe II contra la Inglaterra Isabelina en 1588, y en su madurez autoral fue testigo cercano de las múltiples batallas que enfrentaron los ejércitos puritanos de Cromwell con los ejércitos realistas a lo largo y ancho de las campañas inglesas. De ahí que la pasión de su vida tanto como el motor intelectual de su obra haya sido el miedo, el temor ante esa fractura bélica que desquicia un orden absolutista y estamental cuya antigua grandeza ya es tanto histórica como políticamente imposible de recobrar. Desde la orilla existencial y epistémica del miedo el orden social colectivo ya no es el clásico del *summum bonum* sino el más realista y descarnado, despojado de ilusiones religiosas —por eso mismo moderno— del *minimum malum*. Este contacto con el peligro de su época y su condición de íntima proximidad con episodios decisivos de violencia es una condición compartida por estos tres autores con Maquiavelo y Espinosa. A diferencia suya y en perfecto antagonismo, tanto el secretario florentino como el pulidor de espejos de La Haya habrán de repudiar la insidiosa pasión del miedo convirtiéndose en sus grandes desafidores.

Para Maquiavelo el miedo es una herramienta en manos del príncipe cuyo empleo más allá de toda consideración moral es, simplemente, un recurso del poder, que entre más despiadadamente se emplee mayor permanencia en él habrá de procurar; para Espinosa el miedo es la más baja de las pasiones, el que nubla la capacidad natural de la razón y mantiene en la obediencia aún respecto de quienes buscan nuestra propia destrucción, aquello que infunden los sectarios y teólogos de su tiempo para perpetuar el engaño, el fanatismo y en último término, la propia violencia. En una república democrática la libertad de pensar no puede engendrar ningún desorden y su condición esencial es la impunidad de las opiniones.

Mientras que Maquiavelo conoce el exilio, Spinoza siente el puñal de los fanáticos que perfora su jubón dejándolo accidentalmente ileso durante los tumultos que sacuden el régimen de Witt y sus partidarios cuyos cadáveres son arrastrados por las calles vecinas ante las acometidas de los partidarios monárquicos. Pero en diametral confrontación con el postulado hobbesiano, Spinoza apela por el contrario, a la alegría y el amor como presupuestos posibles de la construcción de lo social, y esboza en el instante

de un relámpago otro horizonte, emancipador y utópico de esa misma modernidad, en cuya gramática no tiene cabida el mito del contrato, el politologema contractual de sometimiento al soberano, sino, por el contrario, la irrenunciable capacidad autónoma y propia de la multitud. Esta postura de Spinoza será objeto de tratamiento por Schmitt en su valoración del Leviathan de 1938 –capítulo 5– pasando a convertirse en el punto de toque de la eficacia o fracaso de la totalidad del proyecto de Hobbes.

Todos los pensadores y filósofos del siglo XVII se vieron obligados a producir sus obras en un ambiente hostil y peligroso donde la censura religiosa, ya fuera católica o protestante, podía entrañar su condenación con la consecuente confiscación, quema de ejemplares y expulsión de los respectivos autores. Descartes teme verse acusado de rosacruz y se desplaza a Holanda; Grocio toma partido contra las pretensiones monárquicas al lado del estatúder Ordenvanderbelt y termina en la cárcel, de la cual escapará camuflado entre las grandes cajas de libros que las benévolas autoridades de las Provincias Unidas toleraban; Alberico Gentili, que funda la moderna concepción de la guerra como enfrentamiento entre enemigos relativos se pone a salvo de las persecuciones de la Inquisición, refugiándose en la corte londinense de Isabel I. El recuerdo de la quema en la hoguera del filósofo natural Giordano Bruno en el Campo de Fiori, justo al inicio del siglo (1600) es todavía demasiado cercano, y gravita, al igual que la quema de Miguel Servet por las autoridades eclesiásticas de Ginebra presididas por el propio Calvino, como una amenaza fulminante sobre filósofos, juristas y médicos. Hobbes suma a su condición de emigrado –refugiado, desplazado– su ambigua y peligrosa relación con las autoridades religiosas tanto católicas como anglicanas para cuya severa ortodoxia un texto como el *Leviathan* no dejó nunca de suscitar sospechas de blasfemia e incluso de herejía. Al igual que sus contemporáneos y en no menor medida, en el propio Schmitt, el juego entre lo esotérico –el mensaje de fondo y secreto solo perceptible para los iniciados y verdaderos conocedores– y lo esotérico –la parte visible y manifiesta destinada a una opinión pública influyente pero poco perspicaz de cuya miopía depende la propia seguridad personal se convierte tanto en una técnica de escritura como en un rasgo estilístico y no menos, en una táctica de supervivencia. En alguna medida la densidad de sus textos, la espesura gramatical y conceptual que los alienta y caracteriza proviene de esta tensión entre el mensaje superficial y el significado de fondo, tratando de hacer pasar el contenido profundo para los verdaderos entendidos y el porvenir, mientras que el superficial y aparente –edulcorado y mitigado de sus contenidos provocadores– buscaba eludir los censores reales.

La otra dupla de pensadores del siglo XVIII cuya influencia Schmitt asume y reconoce sin tapujos está constituida por el español Donoso Cortés y el saboyano De Maistre, quienes son por el contrario, opuestos a los anteriores casi término a término, virulentos voceros del amplio movimiento restaurador que en el marco de la Santa Alianza se había apoderado de los gobiernos europeos, y funcionarios diplomáticos que ejercieron sus funciones con el celo de convencidos monárquicos

176

en un siglo que hizo de las revoluciones el enemigo número uno de la estabilidad y la civilización. En tanto que privilegiados nobles de familias venidas a menos, los cambios revolucionarios o la amenaza de tales había significado la pérdida de prestigio y posiciones privilegiadas, por lo que su hostilidad acérrima en contra de la Revolución Francesa siempre ostenta tonos de resentimiento, que no obstante, no impiden la brillantez de sus análisis y movilizan la radicalidad de sus planteamientos. Donoso Cortés funge como embajador de la monarquía española de la reina Cristina en Berlín y sostiene la causa de su patrona con un celo y una brillantez sin par ante las cortes madrileñas, descalificándolas del todo como clase discutidora. De Maistre sostiene una apocalíptica visión punitiva de la revolución como pecado colectivo merecedor de la muerte para sus perpetradores en cuya sangre habrá de darse la expiación indispensable al mismo, exalta la figura del verdugo como institución imprescindible para el sostenimiento de las sociedades, y busca refundar la autoridad religiosa del papado romano propugnando su condición de infalibilidad. Esta doble apoyatura en pensadores reaccionarios, autoritarios y decisionistas, de un lado, y de la otra, fundadores modernos de la filosofía política, este andar a horcajadas entre innovación y reacción, resultan decisivos para la singular mezcla de visión y ceguera que caracteriza el conjunto de su obra, su condición de lucidez y síntoma, y en particular, su aproximación al autor inglés.

2 • La cuádruple fundamentación del Leviathan. Hacia una onto-zoo-anthro-teología-política del Estado

El escrito de 1938 se ocupa prolijamente del valor simbólico que la criatura bíblica ocupa en la tradición cristiana, en sus múltiples usos condenatorios realizados desde los cruzados hasta el propio Lutero, señalando con agudeza el cambio radical de signo a que Hobbes la somete: de ser una encarnación negativa y demoníaca —que incluso señala su posesión de las nuevas tierras americanas cuya conversión religiosa debe pasar forzosamente por su destrucción— pasa convertirse en el poderoso símbolo del mismo régimen político inglés concebido como naciente potencia marítima, en donde su talante naval se corresponde plenamente con la talasocracia isabelina. Esta innovación se extiende a un nuevo diseño figurativo mediante el cual esta criatura sobre humana se compone de cientos de personas que literalmente integran y dan contenidos a su cuerpo físico como parte constitutiva suya.

Como lo han corroborado investigaciones posteriores, incluyendo los trabajos más recientes de la historiografía política inglesa, el propio Hobbes tomó parte considerable en el diseño del frontispicio, cuidó de transmitir cuidadosamente sus ideas al impresor, de manera que la factura final es cuando menos, parcialmente obra suya como conceptualización de la misma.

A partir de esta constatación formal, Schmitt pasa a caracterizar lo que agudamente califica como la cuádruple naturaleza de la república leviatánica, y de contera, de todo estado en la formulación del autor. El Estado es pues, a un tiempo, dios mortal, bestia, máquina y organismo. Tiene una cuádruple naturaleza en la que coexisten dimensiones heterogéneas cada una de las cuales resulta imprescindible para dar cuenta de la nueva realidad política que bajo tal condición intenta describirse. Con ello Hobbes asume sin ambages la tradición teratológica de pensadores medievales como Aldrovandi —cuya relevancia en la conformación de la episteme clásica había puesto de presente Foucault⁵— y se inscribe, anticipatoriamente según Schmitt, en el intento de fundamentación de la razón humana que en pleno siglo XIX la filosofía del joven Schopenhauer había intentado realizar.

La lectura schmittiana deriva esta clave interpretativa de la temprana obra “La cuádruple raíz del principio de razón suficiente” con la que este compatriota filósofo había dado comienzo a su propia producción, sin por ello hacer una mención o remisión expresa a la misma, trasladándola como fórmula categorial del Estado moderno. Las implicaciones que se derivan de esta cuádruple condición son la médula misma de la concepción hobbesiana del Estado y a partir de las cuales va a resultar posible efectuar un giro profundo en la comprensión de lo estatal, cuya relevancia todavía está por explorar y cuya validez el propio Schmitt trató cuidadosamente de delimitar.

La primera condición o el nivel inicial de existencia del Estado como un “dios mortal” es, de lejos, la más célebre de las fórmulas empleadas cuyos ecos llegarán hasta la propia filosofía política de Hegel, pero aquella cuya eminencia tiende a empalidecer las hondas implicaciones de las restantes tres, cuando no a sumirlas en el olvido o la irrelevancia. Su carácter de oxímoron resulta evidente y ha sido ampliamente destacado, pero no así la consecuencia obligada de la misma, esto es la configuración de un “*covenant*” o alianza con los sujetos que lo conforman. Si Hobbes es el filósofo político contractualista por excelencia —un movimiento o una inclinación claramente secularizadora— según la apreciación común y dominante, al mismo tiempo esta concepción hunde sus raíces y es tributaria de una cualidad teológica dividida, que le otorga la condición de “alianza” con los sujetos que la componen, más que un pacto o contrato propiamente dicho.

Ello le permite situarse en un familiar terreno bíblico —su índole exotérica— que de alguna manera purga la heterodoxia de sus innovaciones y sacraliza la procedencia del arreglo de alianza permitiéndole acoger el término admitido por la tradición sancionada. Hobbes ha creado con ello un poderoso e influyente politologema cuyo éxito posterior, en Rousseau por ejemplo, no radicará sino en la profundización de su

5 Foucault, Michel. *Las Palabras y las Cosas*. Capítulo II, 1977. Foucault analiza su *Monstrorum Historia*.

aspecto secular, sin que se varíen sustancialmente los términos de su composición. Este *filum* divino está en la base de los efectos constitutivos que se derivan del pacto o alianza, que pasa ahora por vez primera no a fundar una comunidad de creyentes o cualquier variante comunitaria sino propiamente el estado mismo como ordenamiento, que se instituye en el momento evanescente de la materialización de aquella. Se trata de unidades compositivas atomizadas e individualizadas que pasan en el mismo instante de la alianza a conformar esta nueva y superior unidad en la que se despojan de su fuerza para endosarla constitutivamente a la deidad finita. Su ineluctable y contradictoria condición temporal marca en este nivel su naturaleza paradójica, que sin embargo resulta perfectamente lógica y consecuente en los restantes niveles o naturalezas.

El segundo nivel o registro constitutivo es el de bestia, animal o monstruo, cuya índole de tal la proporciona tanto el grabado como la denominación, y el cual carece propiamente de desarrollo argumental o textual dentro de la extensión del tratado. Schmitt es particularmente atento a este registro que relievaa la dualidad de bestia y soberanía. El soberano no puede ser sino bestial, la soberanía no existe sino acompañada de la monstruosidad, los rasgos del uno revelan los del otro, o bajo su apariencia permiten transparentar los trazos opuestos. Con esta insistencia particular, Schmitt inaugura, preludia o anticipa la vertiente más contemporánea e inquietante de la filosofía política sobre la soberanía en autores como Agamben y Derrida.

En tanto bestia el soberano se encuentra igualmente por fuera de la ley, es un *bors de la loi*, cuyos términos no lo tocan y respecto de los cuales puede diferir o permanecer afuera. Si el *homo sacer* —aquel a quien a nadie puede dar muerte pero cuyo asesinato no constituye un crimen— es el reverso del soberano —en tanto aquel que puede ordenarla *ad libitum* sin perpetrar una transgresión en tanto intocable por ella— en la interpretación de Agamben, la bestia —a quien cualquiera puede sacrificar pero que pudiendo privar de la vida no comete ningún crimen al hacerlo y cuyo contagio se evita para no caer en ese registro— viene a ser la condición ineluctable de la soberanía. Dando un paso más allá, al plantear la condición común de los cuatro registros categoriales o de naturaleza del Estado, Schmitt va mucho más lejos, sosteniendo la coexistencia de la bestialidad y la divinidad, parcial o paradójica. El Estado moderno conjunta ambos extremos, se encuentra dotado de las potencias y dominaciones propias de lo celeste, pero al mismo tiempo en un registro común, también de los déficit de su extremo más distante y opuesto.

Derrida, por su parte, habiendo reflexionado el estatuto de los denominados “Estados canallas” y la reversibilidad de su atribución entre los Estados occidentales que acuñaron la denominación y aquellos Estados que fueron objeto o destinatarios de la misma, insiste a lo largo de su seminario dedicado a esta correlación sobre el carácter ontológico de tal dualidad. Las reflexiones de Derrida permanecen confinadas



a la oposición y consustancialidad de la bestialidad y la soberanía como ámbitos de co-pertenencia y recíproca inteligibilidad pero sin tocar el ámbito de su divinidad, privándose con ello de un horizonte de reflexión mucho más inquietante⁶. En una

⁶ Derrida, Jacques. *Séminaire La Bête et le Souverain Volume I (2001-2002)*. Editions Galilée, 2008. Las sesiones del 12 y 19 de diciembre de 2001 se ocupan especialmente de Hobbes y Schmitt.

interpretación errónea, producto del estrecho espacio en el que ha decidido inscribir su meditación deconstructiva –y probablemente de una parcial aproximación a la obra de Schmitt cuyo ensayo de 1938 no cita en parte alguna– Derrida intenta conjuntar esta dualidad de registros en la noción del doble cuerpo del rey, elaborada por Kantorowicz en el marco de la teología política medieval, la cual serviría para dar cabida a dichos dos registros o naturalezas. Pero la reflexión de Kantorowicz estuvo destinada a dar cuenta de la continuidad y discontinuidad del poder soberano en el contexto de la soberanía medieval para la que la condición mortal del monarca entraba en contradicción con la intemporalidad continua de la institución soberana que se prolongaba sin límites temporales. Que la extensa reflexión se centre en esta pareja o atributos binarios quizá indique la afinidad de la deconstrucción con pares oposicionales duales y sus dificultades para superarlas.

El tercer y cuarto estratos que componen al Leviathan están constituidos por su naturaleza maquina de mecanismo y de hombre artificial. Apoyado en la ciencia de su época y asumiendo los descubrimientos de William Harvey de la circulación de la sangre esta concepción del Estado como mecanismo artificial complejo hace a Hobbes plenamente contemporáneo de su época cuando el interés experimental por las máquinas empieza a desarrollarse (Leibniz y sus autómatas matemáticos) y que en el siglo XVIII pasarán a constituirse en una verdadera obsesión. Hobbes prelude a La Mettrie, cuyo *Hombre Máquina* aparecerá en 1784 y los experimentos de Vaucanson con sus patos parlantes y sus marionetas dotadas de movimiento propio. Este carácter artificial donde se combinan rasgos de máquina y elementos corporales posibilita a Hobbes una descripción sofisticada, neutralizada y no teológica del mecanismo estatal, cuyas partes están conformadas por los atributos de poder o las marcas de soberanía. Así, la sangre es el dinero, los nervios son los magistrados y funcionarios, el alma es la soberanía, y la sedición es su enfermedad o su desarreglo.

Los cuatro niveles se reúnen en punto a aquello que significa la muerte del Estado, cuyos efectos afectan por igual a cada uno de ellos. La muerte del Estado es la guerra civil. El Leviathan no es otra cosa sino la fórmula política para superar la situación de contienda civil que Hobbes experimentara como problema existencial en tanto tutor del futuro monarca Jacobo I y cuyo resultado provisorio, la instauración del protectorado bajo Cromwell, le obligara a emprender el camino de la diáspora hacia el continente. Porque el Leviathan es una obra del exilio. A la fundamental categoría de los grandes textos políticos escritos en prisión, que formulara Leo Strauss, habría que añadir aquellos escritos en el destierro y el exilio⁷. En estricta correspondencia con el problema inglés y epocal de su tiempo, esas dos terribles confrontaciones que

⁷ Strauss, Leo. *Persecución y el Arte de Escribir*. Amorrotu, 2009.

temporalmente se superponen parcialmente, la Guerra civil inglesa como primera confrontación moderna y la Guerra de los Treinta Años como última guerra religiosa de exacerbación confesional, en sus respectivos ámbitos geográficos, van a obtener la fórmula para su superación, en el mecanismo inmunitario por excelencia –según el lenguaje de Roberto Esposito– que es esta amalgama imposible de dios, bestia, persona y máquina. Si el momento supremo del Leviathan es la guerra civil, esta obtiene a su turno una representación iconográfica semejante en el Behemoth. Las dos monstruosidades se enfrentan una contra otra en un plano de igual urgencia vital y extrema tensión. Sin embargo, la cuádruple naturaleza del Leviathan contiene un elemento no menos fundamental y es su carácter neutral, su acabamiento como unidad dirigida y dirigible a partir de su propia índole dada por la capacidad de decisión que surge de las profundidades de su propia supervivencia frente a otros cuerpos políticos semejantes.

Este equilibrio supone una neutralidad valorativa y se funda en la neutralización de lo teológico –reiterada por Schmitt en todos sus textos políticos sin excepción a lo largo de más de media centuria– que emerge como el rasgo distintivo y crucial del complejo proceso de secularización en el que el pensamiento político y filosófico europeo se había embarcado con creciente radicalidad. Por ello en este sistema de Leviathanes enfrentados entre sí, las guerras que los oponen como hostiles no pueden ser otra cosa que guerras públicas, acotadas y reguladas, desatadas entre monstruos, si se quiere, pero no guerras de aniquilación. El Leviathan combate y domina a sus adversarios iguales y conjura mediante la violencia al Behemoth. De allí que sus guerras no puedan ser en modo alguno o calificarse como guerras justas. Son guerras legales, contiendas rituales encuadradas en el sistema normativo propio de las entidades políticas estatales.

3. Guerra Justa Total y Guerra Civil Internacional

Si se produce la incorporación o la reintroducción del elemento trascendental de la justicia de la guerra o de la guerra, justa se descoyunta la totalidad del sistema construido. Ya desde 1938 Schmitt formula con toda radicalidad la necesidad moderna de la eliminación conceptual y categorial de la noción medieval de la guerra justa. Hobbes sería en esta línea de interpretación empleada por Schmitt, solo plenamente moderno en tanto ha vuelto innecesaria y desueta la idea de la guerra justa; solo en la medida en que el pensamiento político sobre la guerra se muestre capaz de mantenerse ajeno a la idea de justicia será posible afirmar su talante secular y moderno. Toda forma o construcción teórica que llegase a implicar algún tipo de trascendentalización de la misma es retrotraerse, de manera inexorable, a una guerra de aniquilación. Y entonces viene la lapidaria sentencia: “Sólo la guerra justa es la verdadera guerra total” (p. 115⁸).

En su rechazo frontal a cualquier modalidad de trascendencia de la guerra, Schmitt no vacila en apelar a un pensador tan ambiguo en la tradición filosófica alemana como Hamann, de quien retoma su célebre crítica a las categorías trascendentales empleadas por Kant como herramientas demónicas. En la variada resistencia desencadenada por el kantismo en el pensamiento romántico con nombres de la magnitud de un Herder o Jacobi, el llamado “Mago del Norte” representó la más férrea de las oposiciones, reivindicando una esencial irreductibilidad de la vida a la razón⁹, y situándose con ello a la cabeza (o la cola) de la denominada Contra-Ilustración¹⁰.

Su rechazo de toda trascendencia lo lleva a acogerse a las tesis de Hamann que sospechan de los elementos empleados por Kant y los repudian como contrarios a la infinitud de la vida. Los peligros que Schmitt olfatea en este elemento de trascendencia conforman un desarrollo aparte y posterior de su opúsculo de 1938 que se ocupa directamente del Leviathan.

Dos consecuencias nefastas se derivan de cualquier tentativa de encuadrar la reflexión sobre la guerra en términos trascendentales, tanto de su causa como de su fin: de un lado, la irreversible creación de un concepto discriminatorio de guerra que servirá para la reintroducción de un criterio criminalizador de la misma, que como tal se opone al gran esfuerzo moderno por desteologizarla, es decir, destrascendentalizarla, cuyas consecuencias Schmitt detecta en el Tratado de Versalles, el Pacto Briand Kellog de 1928 e incluso, el tipo criminal creado por el tribunal de Nüremberg en artículo 6 literal a) de su correspondiente estatuto¹¹; de otro lado, la correspondiente noción de guerra justa se modula en una lógica axiológica que la transforma en un valor superior y eminente cuya validez en manos de potencias económicas habrá de originar una tiranía de su valor bajo la formulación de la “última guerra por la humanidad”¹². Con ello Schmitt encuentra un nuevo argumento que enrostrarle al sistema internacional de entreguerras contra el cual había combatido sin denuedo, especialmente en su vitriólico texto de 1927 “Weimar, Ginebra y Versalles”, cuyas cabezas de turco eran exactamente las mismas contra las que se dirigió siempre la propaganda nacional socialista.

Este repudio radical e indeclinable a lo largo de su vida intelectual habrá de encontrar formulaciones diversas y cruciales, en las más disímiles circunstancias históricas: su alegato sosteniendo la errónea y contradictoria erección del crimen de

⁸ Concepto que había sido casi simultáneamente planteado en *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* escrito en el mismo año de 1938, y al cual se refiere expresamente.

⁹ La figura de Hamann ha sido objeto de un estudio más vulgarizador que crítico por parte de Berlin, Isaiah. *Hamann, el mago del Norte*. Tecnos, 1999. Su obra permanece virgen en español.

¹⁰ Se trata de un concepto polémico esbozado entre otros por Jonathan Israel en *Enlightenment Contested*, Oxford, 2006.

¹¹ En tal lógica fiel e inflexible de su obra, haría falta una crítica desde esta perspectiva a los intentos por definir dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional el crimen de agresión internacional.

¹² *La Tiranía de los Valores (Die Tyrannei der Werte)*, título de uno de sus últimos escritos, casi 40 años posterior a la publicación de su texto sobre el Leviathan.

agresión internacional o crimen contra la paz que el Estatuto del Tribunal Nüremberg erigiera como núcleo de su enjuiciamiento contra los grandes criminales nazis redactado en una Berlín vuelta escombros¹³ pretendiendo que sirviera más que para su defensa, como salvaguardia de la herencia ilustrada del derecho público europeo forjada por los filósofos políticos de los siglos XVI y XVII en tanto prerrequisito para la construcción del *Ius Publicum Europaeum*, cuyo encomio habría de sistematizar años más tarde en la obra del mismo título durante el periodo del milagro alemán.

Pero Schmitt avanza un paso más en el capítulo cuarto de su ensayo sobre el Leviathan¹⁴, cuyas consecuencias para el análisis de nuestras guerras de comienzos del siglo XXI sean incluso, de mayores repercusiones. La otra vuelta de tuerca que la reflexión de Schmitt culmina, consiste en dotar a la introducción del elemento medieval de justicia en el pensamiento sobre la guerra de la capacidad de transformar por completo su propia naturaleza. En un contexto mundializado y globalizado –cuya anticipación bien podía encontrarla en la liga europea que contra las ambiciones hitlerianas había tomado forma– la introducción de la noción de justicia en la espacialidad de la guerra conlleva, forzosamente, el advenimiento de una “guerra civil internacional”, en la cual lo espacial nacional ha perdido su relevancia definitoria. A lo que se alude con esta acuñación no menos paradójica que la misma fórmula del “dios mortal” es a un *bellum internecinum* planetario cuya brutalidad visceral se ejercita no ya al interior y entre las facciones o bandos que descomponen la desgarrada comunidad política, sino aquel exterminio desencadenado por gobiernos o coaliciones gubernamentales en contra de comunidades refractarias o marginales, califiquense estas ya sea como Estados fallidos, Estados canallas, o Estados terroristas. La justificación habrá dejado de ser teológica, al menos nominalmente, para tornarse civilizatoria, humanitaria o democrática. Los valores puestos en liza para su adelantamiento serán la justicia infinita, la libertad occidental, las futuras generaciones.

Y las formas que adopte serán el “*drone*” o avión no pilotado, el “*targeted killing*” o asesinato programado, que hoy la OTAN practica en gran escala con el respaldo entusiasta pero taimado de todas las democracias europeas bajo la batuta norteamericana. Resulta fascinante que el jurista coronado del nazismo en su fase ascendente al poder, cuya lucidez y ceguera habían proporcionado tantos puntos de apoyo doctrinarios a la empresa más aniquiladora de todas, sea el mismo que avizore antes que nadie, nada menos que con medio siglo de anticipación, la médula de las guerras de hoy, cuya reflexión actual, por contraste, se debate en medio de una enorme pobreza filosófica¹⁵. En esta guerra civil internacional los límites fronterizos han dejado

13 *Pladoyer before Nüremberg*, 2000.

14 *El Leviathan en la Doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. Universidad Autónoma Metropolitana, 2008, pág. 114.

15 Esta precariedad se extiende desde las variaciones sobre las guerras justas que Michael Walzer entronizara desde los 70 proviniendo paradójicamente de las movilizaciones contra Vietnam, pasando por las falazmente bautizadas “nuevas guerras” de Mary Kaldor, hasta llegar

de ser los vectores determinantes y los valores impuestos trascendentalizados en su preeminencia universal dictan la intensidad y las modulaciones tecnológicas para su adelantamiento. En tal sentido, las revelaciones de WikiLeaks sobre las guerras de Iraq y Afganistán —esa parrehisia informática en sentido foucaultiano— no hacen más que confirmar las premoniciones de Schmitt acerca de su cabal comprensión como guerras civiles internacionales. Cuya aplicación también arrojaría luces sobre las guerras colombianas inscritas ineludiblemente en parámetros semejantes.

4. El fracaso del Leviathan

El último aspecto de la honda reflexión schmittiana es la marcada contraposición que el autor destaca entre Spinoza y Hobbes. El juicio conclusivo sobre el Leviathan es negativo y pesimista, la constatación de un fracaso, la evidencia de un intento formidable, pero fallido. Lo sorprendente, sin embargo, es que este fracaso tiene un obstinado responsable, que no es otro que el judío Spinoza, sinuoso y quietista, quien opone a la majestad del Leviathan los llamados “poderes indirectos”, la libertad interior, la independencia del pensamiento. Nótese que Schmitt tilda a Spinoza en varios pasajes de ‘filósofo judío’, conectado con todos sus congéneres posteriores, desde Mosses Mendelson, pasando por Heine, hasta el propio Marx, quienes no han cesado de debilitar el proyecto imperial germano, ya contra el estado de Federico el Grande como contra el Reich de la Primera Guerra Mundial. Su antisemitismo es notorio y se aleja radicalmente de su contemporáneo y aliado, Heidegger, quien al menos tuvo la precaución de considerar que si la filosofía de Spinoza era considerada como judía, entonces toda la filosofía desde Leibniz hasta Spinoza también lo era¹⁶.

En otros términos, mientras Heidegger impidió una racialización de la filosofía, Schmitt asume una racialidad de la política. La gran debilidad del Leviathan radica en la precaria adhesión que suscita en sus miembros, pese a que estos lo compongan materialmente, porque ellos conservan la libertad de pensar, su capacidad de disenso. Esa fisura la ha abierto Spinoza en su *Tratado Teológico Político* escrito veinte años después de la publicación del Leviathan, y entre tanto y hasta entonces no ha dejado de ampliarse. La fragilidad del Leviathan está en su interior, en su incapacidad de inducir una adhesión completa y total. No basta que el Leviathan haga efectiva la fórmula *auctoritas non veritas facit legem* ni que la autoridad

Cont. nota 15

a los teóricos de las guerras asimétricas. Resulta significativo que los aportes más incisivos provengan de especialistas de contrainsurgencia, como Kilcullen, quien sin mencionar a Schmitt incorpora elementos próximos a esta línea de pensamiento en *The Accidental Guerrilla: Fighting Small Wars in the Midst of a Big One*. Oxford, 2009.

¹⁶ Friedländer, Saúl. *El Tercer Reich y los Judíos 1933-1939*. Galaxia Gutemberg, 2009, pág. 84.

tenga la capacidad de señalar los milagros aunque ya no se crea en ellos, porque esa duda interior, esa lejanía íntima que el sujeto puede ejercer mediante la razón, habrá de conducir a su decadencia, que Schmitt constata en el propio destino de Inglaterra. El interrogante que se plantea a esta altura de la meditación es qué opone Schmitt en lugar del símbolo fracasado. Y la respuesta no es otra que su tesis sobre él, como aquello que resiste, lo que detiene la decadencia, eso que mantiene a raya el advenimiento del anti Cristo. Es profundamente significativo que la alternativa al Leviathan se funde o provenga del pensamiento de los teóricos de la contrarrevolución, en un movimiento que riza el rizo y se abre a insondables abismos. Habiendo partido de los grandes filósofos políticos de la guerra civil, cuando estos ya no resultan útiles como inspiración para su pensamiento, Schmitt levanta su apoyatura en ellos para descargarse en los segundos. Solo el paulino y decisionista, sin figura determinada, y en tal sentido opuesto al Leviathan, podría constituir una alternativa válida a su funcionalidad como símbolo y a su capacidad política de evocación. Esa sería la tarea o misión de Schmitt, abocada desde luego al fracaso. En ese extremo podrá saludarlo, en una de sus tantas gestualidades dramáticas —en la última línea de su ensayo—, por encima de cuatro centurias, como el “solitario detentador de la antigua prudencia”.

JORGE E.
DOTTI

Algunas consideraciones sobre la concepción hobbesiano- schmittiana de *representación*

1

El pensamiento de Hobbes y el de Schmitt en torno a lo que este conceptualizó como *lo político* se acomunan en la respuesta que el Estado *debe* dar al problema de una guerra de tipo novedoso, cuyas condiciones y desarrollo acompañan –si no directamente enmarcan– la génesis del mundo moderno y sus metamorfosis hasta la actualidad.

La cifra de esta toma de posición radica en la conciencia de que el Estado y la conexas responsabilidades del estadista *deben* asumir que la paz interior jaqueada por un enfrentamiento *total*, ilimitado en intensidad y profundidad, es posible solo si se logra neutralizarlo política y jurídicamente, en conformidad a las premisas

del derecho moderno. En ambas circunstancias históricas, se trata de componer un orden planetario que establezca –según Hobbes– o que recomponga novedosamente –según Schmitt– la diferencia espacial entre lo interior (territorio estatal) y lo exterior (espacio des-estatalizado), sin presuntas potestades supranacionales ni justificaciones internacionalistas para intervenciones desconocedoras de las soberanías de los Estados.

Es en la comprensión de *lo bélico* y de la potestad soberana donde ambos pensadores focalizan el punto de convergencia y de choque entre guerra, la amenaza, y Estado, la solución. Solo que la lucidez realista de Hobbes incluye una moderada esperanza en que esta articulación entre la dimensión *intra*-estatal pacificada y la de las relaciones *inter*-estatales tanto de paz como de guerra, pero potencialmente siempre conflictivas y armoniosas solo cuando así lo aconseja el interés nacional. Más de dos siglos y medio después, en cambio, la no menos lúcida conciencia de Schmitt es pesimista, pues comprende que la solución de la modernidad clásica se ha vuelto imposible.

Desarrollamos a continuación algunas consideraciones sobre la respuesta que Hobbes y Schmitt dan al problema de la correlación entre orden estatal y guerra, a partir de lo que, en este esquema, resulta ser el eje portante de la fortaleza (conceptual y real) del Estado: la cuestión de la *representación*, en su intrínseca ligazón con la peculiar potestad de la autoridad estatal, la *soberanía absoluta*. Nuestra intención es contribuir a la evaluación del sentido que los elementos teóricos en juego puedan mantener en las condiciones presentes, etiquetables como *posmodernas*; esto es, como las de una modernidad agotada porque ya ha encontrado un cumplimiento coherente con su metafísica, pero quizás no deseada por sus heraldos y pioneros.

2

Pese a que sus vivencias y reflexiones pertenecen a momentos históricos diversos, Hobbes y Schmitt están, entonces, motivados por un mismo problema: el de cómo neutralizar un enfrentamiento radical que impugna sin medios términos los principios existenciales básicos del adversario, las visiones religiosas, político-jurídicas, morales, culturales e *ideológicas* en general (no en sentido distintivamente marxista), sobre las que reposa la convivencia de su enemigo. O sea, cómo desactivar una guerra tan intensamente activa en los más diversos ámbitos de la vida humana, que cabe calificarla como *guerra total*, pues atraviesa –con efectos devastadores– no solo las dimensiones institucionales intrínsecamente políticas, sino también los espacios sociales públicos y los personales privados.

Esta caracterización nos resulta adecuada inclusive para referirnos a sus manifestaciones tempranas, como las Guerras Religiosas europeas de los siglos XVI y XVII, abarcando su concreción y su profundización institucional en las vicisitudes de la Revolución Inglesa en el siglo XVII. El principio de la libre conciencia y del individualismo que anima al protestantismo (sobre todo en las iglesias calvinistas y puritanas) es moderno, de un modo casi expreso; antimoderno parece ser, en cambio, el del catolicismo, en virtud de muchas de las afirmaciones y doctrinas básicas de la Contrarreforma. Solo que esta dicotomía adolece de cierta superficialidad, pues los posicionamientos ideológicos conflictivos son siempre contemporáneos, más allá de la persistencia de sentidos precedentes cobijados bajo los significantes inalterados y formulaciones repetidas. La guerra como fenómeno que involucra tanto los fermentos y prolegómenos doctrinarios, las constelaciones ideológicas, las palabras movilizadoras, como las acciones violentas de todo tipo, confiere identidad epocal a los contendientes y les imprime una forma de desarrollar el combate. Somete a ambos a una semántica siempre contemporánea que los vuelve coetáneos dentro de una misma configuración histórica (o *Gestalt* espiritual, diría Hegel) del dinamismo confrontativo que los relaciona. Más allá del recurso a formulaciones que luzcan unas como las modernas y progresistas (renovadoras o revolucionarias) y las otras como antiguas y reaccionarias (ortodoxas, tradicionalistas, antirrevolucionarias), la contraposición actualiza a ambos y obliga a leer una y otra a la luz de una clave interpretativa que debe respetar su contemporaneidad. Las modalidades del enfrentamiento bélico ofrecen esta clave. *Dime cómo combates y te diré quién eres.*

Lo bélico, el *logos* de la violencia en curso, la fenomenología de la lucha practicada en la diversidad de sus aspectos (convicciones, ideologías, recursos tecnológicos y materiales en general, intensidad y extensión del compromiso humano, y específicamente las estrategias y tácticas, etc.) son los elementos que conforman la significación de las posiciones que se confrontan.

Por cierto, el desarrollo de lo bélico moderno va conociendo una creciente agudización del impulso totalizante a través de manifestaciones diversas, tal como lo muestra su rica historia, con distintos estadios hasta llegar al actual. En todos ellos se entrecruzan instancias diferentes o se separan las homogéneas, según las circunstancias, pero el contexto ideológico es siempre común, aunque varíen las finalidades.

Es así que este proceso muestra, por ejemplo, que la lucha entre cristianos de iglesias enfrentadas, que cohabitan dentro de un mismo orden político, une a cada bando con los correligionarios de otras naciones —pues comparten el mismo credo eclesiástico— en lucha contra los connacionales y contra los extranjeros, cuando estos pertenecen a la otra iglesia cristiana, enemiga. Sin embargo, en condiciones análogas, puede prevalecer la lealtad patriótica que lleva a todos los súbditos de un reino —más allá de sus credos— a enfrentar a los extranjeros, independientemente

de la fe religiosa del reino de estos últimos. O también, una situación análoga se plantea muchos años después, cuando se recurre a la *levée en masse* para formar los ejércitos republicanos, a los que se les adscribe la tarea de liberar a los pueblos del despotismo, por encima de las nacionalidades y luchando contra la aristocracia, sin más; es decir, una situación donde prima la libertad como factor ideológico aglutinador y legitimante, sin diluir empero las lealtades nacionales. Estas guerras de la Revolución y napoleónicas avivan el sentimiento *nacionalista* en Francia, invadida por los realistas (franceses y extranjeros), fautores del despotismo (según los libertadores revolucionarios). Al mismo tiempo, en los países que Francia invade en nombre de los ideales revolucionarios, se genera un espíritu nacional equivalente y los invasores que invocan la libertad-igualdad-fraternidad son combatidos en nombre de la libertad de la propia nación y de su *pueblo*, con lo cual dan esta idea recibe un contenido concreto y deja de ser una abstracción importada de París (el caso prusiano es sumamente interesante al respecto). El resultado es abrir una fase nueva de la totalización bélica, donde lo nacional y popular justifica la intensificación totalizadora de una guerra imposible de someter a reglas (v.g., afianzamiento de la guerrilla para encarar la guerra asimétrica contra ejércitos superiores desde otra perspectiva; Rusia y España son el ejemplo), junto al nuevo sentido que resemantiza la antítesis *multitudo-populus*, sin desdibujarla totalmente. Hoy en día, luchan ejércitos profesionales contra agrupaciones guerrilleras o terroristas integradas por todo tipo de militantes, inclusive —y hasta preponderantemente en ciertos casos— niños; asimismo tienen lugar acciones de todo tipo y en cualquier espacio. En un mismo o en diversos escenarios operan fuerzas heterogéneas y se desarrollan acciones polimorfas. Actos de violencia, cuya tipología incluye diferentes conductas bélicas a cargo de tropas tanto regulares como irregulares: batallas, bloqueos, bombardeos indiscriminados, represalias indiscriminadas, aniquilación de poblaciones no combatientes, lucha partisana, atentados terroristas de todo tipo y magnitud, etc., sin que el núcleo idiosincrásico de esta violencia y sus manifestaciones sean distinguibles con nitidez en uno y otro bando.

3

En la Inglaterra de 1600, Hobbes experimentó una suerte de anticipación de lo que sucederá después. Schmitt, en cambio, durante tres cuartos del siglo veinte tuvo la vivencia de la violencia abarcadora de todas las dimensiones de la existencia.

De una época a otra y ya en la modernidad avanzada, se ha llevado a cabo la transición definitiva desde una lógica de la guerra aceptablemente regulada (en conformidad a las pautas de contención propias del derecho internacional que los mismos modernos elaboran, conscientes del peligro que amenaza a las naciones europeas si no acotan la praxis bélica que la modernidad misma ha

incentivado) a procedimientos y conductas bélicas liberadas de toda restricción y medida. Coherentemente, quedan desactivadas las distinciones tradicionales entre combatientes y población civil; teatros de operaciones y zonas pacificadas; países que intervienen en la contienda y países neutrales; ejércitos, agrupaciones guerrilleras, células terroristas. En última instancia, se disuelve la distinción entre *paz y guerra*. Así lo exige la violencia funcional a las motivaciones y perspectivas totalizadoras que animan a las ideologías de los contendientes.

No es solo ni principalmente en el terreno de la metafísica y ontología, sino sobre todo en el de la comprensión y formulación de las categorías centrales de la política y del derecho donde la modernidad derrumba definitivamente el *logos* propio de la guerra entre naciones de la misma Europa. A grandes trazos, puede entenderse que las unidades políticas premodernas en guerra unas con otras en territorio europeo no cuestionaban el fundamento conceptual (teológico, metafísico) del orden del adversario, cuando este pertenecía a la misma unidad civilizadora; por el contrario, esos contendientes compartían principios de orden y de vida, con lo cual el sentido de la lucha era decidir simplemente quién sería el titular de una potestad, o qué nación ocupaba o desalojaba un territorio, o cuestiones análogas. Paradigmático de esta *no impugnación del fundamento* lo ofrece la aceptación de la noción vertebradora de la legitimidad cristiana en Europa: el origen divino de la monarquía como doctrina compartida ya sea por monarquías enfrentadas en una situación internacional, ya sea por pretendientes a un mismo trono, enfrentados en una situación de *bellum intestinum*. Este esquema se derrumba con los conflictos religiosos modernos, que son la prolepsis de la guerra posterior.

El ciclo de la modernidad política, entonces, se abre y se despliega con una experiencia bélica donde los contendientes invocan principios *existenciales* antitéticos e incompatibles, visiones del mundo que atraviesan todas las dimensiones de la convivencia y que, dotadas de una fuerza polemógena inagotable, de hartazgo difícil enervación, conducen consecuentemente a buscar la aniquilación del adversario, recurriendo a una violencia creciente que culmina en la destrucción del enemigo criminalizado, *pues no pueden coexistir dos totalidades, cada una de las cuales se proclama la racional y justa*.

En su faz incipiente, la experimentada por Hobbes, la guerra (proto-) total aparece concomitante a otros fenómenos distintivos de la modernidad, pero ninguno como ella lleva a la luz la nueva visión de la política y de la sociabilidad, por ende del actor novedoso de la práctica humana: la *subjetividad libre*, o sea la *voluntad*. La voluntad como facultad metafísico/teológico-política está en el origen mismo del activismo bidimensional del Yo: su activismo constructivo de orden estatal y también, cual el otro rostro jánico del mismo sujeto-fundamento, su rechazo de la obediencia a todo mandato que su conciencia (santuario de la libertad) no juzgue racional y

al cual, por ende, le niegue su consentimiento, primero en el fuero interno y luego —en continuidad necesaria— en el externo. Quien contrata se concede el derecho de desencadenar la guerra civil. Esta lógica de la anti-estatalidad no resulta alterada por los sucesivos cambios en el referente de la misma subjetividad, ya sea que devenga pueblo oprimido o clase explotada. La *razón/voluntad* como facultad de juzgar y opinar libremente sobre cuáles son las acciones racionales y cuáles no, y de efectivizar las primeras y destruir a quienes realizan las segundas, constituyen el plexo belicoso de la praxis distintiva del actor moderno, toda vez que la soberanía no responda a los intereses particulares (individuales, corporativos, sectoriales) de estas subjetividades.

La nota característica de la violencia irrestricta que se sigue de la potestad omnímoda del sujeto moderno es que, lanzado a defender la razón y la justicia contra los que juzga que lo agreden, necesariamente deslegitima acerbadamente al agresor, en quien no puede visualizar más que la máxima irracionalidad, la injusticia y la criminalidad inexpiables. Cuando su otro no es la exteriorización de sí mismo (cuando su contraparte no es una repetición tautológica de su propia conciencia), es un agresor en potencia o en acto. No puede ni debe tolerarlo. El sujeto se politiza y simultáneamente no puede tolerar un adversario *político*, otro sujeto cuyas opiniones y acciones se asienten en el mismo derecho que las propias; no puede reconocer que el enemigo a combatir posee la misma dignidad que él. Por eso lo degrada a agresor absoluto, a *fiera salvaje, enemigo del género humano*, al que solo cabe aniquilar sin miramientos (para recordar las fórmulas de Locke).

Que el conflicto sea inevitable surge, entonces, de que el sujeto que se eleva a fundamento puede limitarse a sí mismo porque tiene la potestad absoluta de no respetar ninguna restricción. Imponerse límites y no violarlos tiene sentido solamente para quien tiene la capacidad política y jurídica de superarlos. Consciente de todo ello, Hobbes buscará desactivar los fundamentos ideológicos de las invocaciones a la maleable y poli funcional idea de *libertad* como palabra de orden de la desobediencia y la rebelión, pues sabe que conduce a situaciones que amenazan la idea de un orden convivencial respetuoso de las distintas esferas y dimensiones de la convivencia, las cuales presuponen —en términos tanto de legitimidad como de realidad— a la soberanía, y no viceversa. Tanto él como Schmitt entienden que esta paradoja (del sujeto que en su autolimitación simultáneamente se proclama ilimitado) deviene concepto político sólo si se encuadra dentro de la lógica de la estatalidad y se concretiza en términos operativos a la luz de la responsabilidad propia del ejercicio de la soberanía. Conciencia que en Hobbes se conforma como proyecto a realizar; pero que, en Schmitt, no puede ser más que un intento de preservación y renovación —en conformidad a los rasgos epocales— del rasgo básico del esquema soberano moderno: la decisión fundacional de estatalidad. Común a ambos momentos es la aspiración a neutralizar la guerra total (incipiente en el siglo XVII; desencadenada sin restricciones en el XX) mediante el esquema estatal.

Entendemos que en ambos el tema de la representación es el momento teórico donde se plantea el sentido de la eticidad religiosa del Estado, en tanto que el soberano se configura como tal en virtud de la continuidad que mantiene con la fundación de Iglesia por parte de Cristo, esto es, en tanto la soberanía, eje portante de la estatalidad, es reconocida como institucionalidad político-ética por ser la prolongación de la dependencia de lo mundano respecto de lo trascendente. Solo así el orden convivencial no reposa en el dinamismo utilitario que, en la perspectiva hobbesiano-schmittiana, es incapaz de asegurar las condiciones de –insistimos, porque son los términos de Hobbes– de paz y seguridad que conforman la teleología de la función soberana. En los escritos de los años veinte, Schmitt acepta como lugar de lo trascendente en el mundo y por ende de la rectoría conceptual de la decisión política los principios constitucionales básicos, y es recién casi cuatro décadas después que expone con claridad cómo está articulado en clave teológico-política el Leviatán hobbesiano. Análogo a las cuestiones seculares de lo que es la Iglesia cristiana en las espirituales) que, aceptando las premisas de la subjetividad moderna, las reformule mediante un planteo novedoso de la dependencia del soberano con lo trascendente, para actuar en lo inmanente en conformidad a tales principios irreductibles a esquemas pragmáticos, de manera tal que con esta mediación se desacelere la dialéctica de lo universal abstracto y lo particular constituido por intereses materiales. Comprenden que la cuestión de esta apertura a la trascendencia como legitimación del soberano secular tiene su prueba de fuego en las condiciones excepcionales, no en la paz y la normalidad, sino en la excepcionalidad extrema, en la guerra. En Hobbes, el estado de naturaleza; en Schmitt, el estado de excepción; en ambos, el orden estatal supone la resolución decisionista del conflicto.

En suma, el proceso de la conflictividad extrema, simultáneamente civil e internacional, esfuma las reglas de la *guerre en forme* y vuelve porosas, si no inútiles, las líneas que otrora delimitaban los espacios conflictivos, hasta desembocar coherentemente en la violencia posmoderna: planetaria, fluida, endémica, *desustancializada*, irrespetuosa de cualquier distinción y/o pauta de contención tradicional. La guerra total, simultáneamente *civil-internacional*, es la forma moderna y posmoderna del conflicto extremo e ilimitado, desde las guerras civil-religiosas de la primera modernidad hasta llegar al actual terrorismo de los terroristas sin uniformes militares y de los antiterroristas que operan como fuerza estatal uniformada.

No obstante las distancias históricas y las peculiaridades biográficas que los separan, el problema de cómo neutralizar esta violencia en su principio constitutivo mismo es la motivación que Hobbes y Schmitt comparten dentro de una confianza común en que el Estado (por instaurar, en el primero; por conservar vigente con las adaptaciones exigidas por un mundo post-estatal, en el segundo) es la respuesta adecuada. De aquí la importancia que adquiere en ellos la noción de representación.

En rigor, respecto de esta lógica de la modernidad político-jurídica en su tendencia paradigmática, el liberalismo, Hobbes y Schmitt aceptan algunas de sus premisas básicas, pero simultáneamente les imprimen un giro o torsión antitética al sentido de las mismas en la doctrina liberal.

El motivo central es claro en Hobbes, pero en Schmitt aparece modulado en términos menos drásticos, dado el horizonte nihilista en que lo modula: se trata de la remisión —en clave de teología política— a una trascendencia religiosa irreductible a las nociones universales abstractas, habituales en los doctrinarios modernos. Esta apertura a la trascendencia como voluntad omnipotente sostiene una legitimación de la *soberanía* y de la *representación* —como el eje de la nervadura estatal— que pone en discusión las invocaciones del progreso moral y material de la humanidad para justificar la guerra total e irrestricta.

La clave de la familiaridad epocal entre Hobbes y los doctrinarios liberales es que el poder estatal sólo puede ser legítimo cuando es representativo; pero la diferencia es que el liberalismo entiende por representación el expediente útil para limitar y controlar la acción soberana en nombre de los intereses *individuales*, legítimos independientemente de toda política, y que, como tales, conforman el criterio regulador y justificatorio o invalidante de la acción del Estado. Toda decisión política (legislativa, ejecutiva o judicial), además de estar sometida a las instancias representativas (v.g. la opinión de los parlamentarios), encuentran su justificación en primera y en última instancia en el foro inviolable de su conciencia libre, o sea en las enseñanzas que la razón le proporcione acerca de lo justo o injusto en cada caso. Para el liberalismo, lo importante es que la representación controle que el poder público no sea nada más que el mecanismo garante de esa libertad *a priori* respecto de todas las obligaciones comunitarias, y que los modernos ficcionalizaron como *natural*. Por cierto, el referente real y concreto que se afirma en el *quiero, luego existo* no es sólo el individuo de la ficción metafísica moderna, devenido ciudadano, sino referentes con una ontología más densa, los grupos particulares y corporativos de todo tipo que pueblan el ámbito societal, reclamando —en conformidad a la auto-fundamentación que el sujeto da de su autonomía y de su actividad— la anulación de las trabas políticas para desplazarse libremente por el mercado de ideas y productos. Aceptada esta premisa, es coherente confiar en que el sistema de protección de la libertad (el Estado) complemente la racionalidad utilitaria de la convivencia, que en su concepto no necesita de la soberanía, pero que en su realización recurre a la máquina más apta para tener a raya —y llegado el caso, aniquilar— las manifestaciones de irracionalidad. Los individuos racionalmente operativos según el cálculo pragmático

desarrollan las conductas pacíficas y tolerantes necesarias para el desarrollo del progreso simultáneamente moral y técnico, la paz y la tolerancia; los irracionales son reprimidos. La razón utilitaria es más que suficiente para legitimar este dinamismo.

No razona así Hobbes, pese a que, innegablemente, es una de las figuras clave para entender esta *forma mentis* moderna. Pero es un pensador teológico-político que, si bien no duda en la necesidad de que la vida política cree las condiciones para el despliegue del dinamismo de la racionalidad utilitaria, sin embargo *no confía en la virtud cívica de las conciencias motivadas por la lógica del pragmatismo*. Hay una maldad previa, inherente a la humanidad de los humanos, a la cual queda sometido el cálculo instrumental, y esta marca teológico-política vuelve imposible la convivencia asentada en la utilidad personal del individuo y de la mera suma de individuos.

Para Hobbes, la delimitación de la legitimidad a los parámetros de una racionalidad exclusivamente instrumental (dinamismo por excelencia de la sociabilidad asentada en fundamentos exclusivamente inmanente) como condición de posibilidad de la convivencia, con la consiguiente reducción del orden civil a mera prosecución del *ius naturale* en la forma de poder represivo aceptado en virtud de su función de garante de la paz y seguridad no se sostiene conceptualmente (un contrato sin soberano protector es irracional¹) como para legitimar un soberano-representante deudor de la condición natural, tal como lo teoriza el liberalismo: acción política legítima es la que está funcionalizada a la lógica de la no-política, lo natural. En Hobbes, lo natural tiene que ser neutralizado al máximo por la soberanía (basta comparar su teoría de la propiedad con la lockeana). El planteo liberal es, en este sentido, antitético: la savia del derecho natural debe alimentar continuamente la conciencia individual, tribunal y juez último de la racionalidad o irracionalidad de las decisiones soberanas y, por ende, instancia decisora en la privacidad de si cabe obedecer o no la ley civil. Por el contrario, el pensador del leviatán rechaza, expresamente esta creencia, factor predominante en la etiología de la muerte del Estado. La persistencia del derecho natural en el foro interno de los sujetos prontos a invocarlo para cuestionar la ley civil, porque se creen autorizados por su diálogo con Dios/Razón a priorizar sus convicciones personales, es el crisol de las tensiones y los conflictos que, a través de desarrollos e intensificaciones inevitables, ponen a la república en situaciones extremas, hasta llegar a la de la guerra en su especificidad moderna: civil e internacional a la vez². Por eso Hobbes atribuye al soberano el monopolio exclusivo de la prudencia hermenéutica y aplicativa de los mandatos divinos y racionales, deslegitimando el uso público de lo que entienden por ella los individuos que, pese a ser ciudadanos, conservan en su conciencia las pautas propias del derecho natural:

¹ El capítulo 14 de *Leviathan* es claro al respecto.

² En este caso, el capítulo 29.

no solo juzgan las leyes civiles opinando según su conciencia sobre la prudencia o no de las mismas, sino que guían su conducta en conformidad con sus opiniones personales, como si no pertenecieran a un *Body Politick*³.

5

Retomemos la cuestión de la espacialidad del dispositivo estatal moderno, junto con la antipoliticidad del tiempo.

Si tenemos en cuenta que la soberanía estatal es una relación jerárquica de los hombres entre sí y de estos con el espacio, Hobbes —y más tarde Schmitt, que prolonga y profundiza el derrotero que traza el filósofo de Malmesbury— responde a la necesidad de establecer y preservar un orden jurídico como régimen de soberanía absoluta con un *reordenamiento geopolítico del orden estatal en su interior y en su exterior*. La propuesta del filósofo inglés es plausible y, de hecho, alcanzó un grado notable de realización histórica; en las condiciones del jurista alemán, en cambio, la solución hobbesiana ya se ha vuelto impracticable y teorizar el sentido de la estatalidad vale más bien como un esfuerzo comprensivo en vista de rescatar de la lógica de la soberanía lo que pudiera ser rescatable aún; es decir, lo que podría (y debería) mantener una capacidad performativa inclusive en una época post-estatal.

Insistamos en esto. Hobbes y Schmitt se encuentran en el origen y en la disolución del nomos planetario impuesto por la modernidad. Desde esta perspectiva, coinciden en que la respuesta —coherente con la idea misma de *Estado*— al conflicto inherente a la situación excepcional (resistencia, revolución, guerra civil-internacional) radica en la instauración de un orden geopolítico basado en el trazado de espacios diferenciados según el tipo de praxis humana que, de esta manera, debe encontrar en ellos su espacialidad propia. Lo cual conlleva formulaciones claras y el respeto consecuente de lo propio de cada una de estas distinciones geopolíticas, lo interior y lo exterior. Particularmente decisivo es la instauración y preservación de un espacio pacificado gracias a la acción soberana, o sea el territorio estatal. Que el trazado de fronteras y que la delimitación entre un adentro y un afuera conlleva en el concepto y en la realidad espacios de pasaje y transiciones, componendas e incertidumbres, no afecta el sentido de este esquema ni el grado de su vigencia que debe mantenerse y que puede ser mantenido, no obstante las dificultades y provisoriedad de las soluciones particulares. Esta *prudencia* política

³ Claro al respecto *De Cive*, XII, 4 y XVII, 11; reafirmando, en XVII, 12, leemos que Cristo “no vino a este mundo para enseñar lógica”; que cuestiones como “el derecho, la política y las ciencias naturales” no son objetos de sus prescripciones o enseñanzas, y que la única ley que nos ha dado en el ámbito político es obedecer al soberano. Tanto en esta obra, como en *Leviathan*, es clave la etiología hobbesiana de las enfermedades del Estado.

(reconocer que lo que divide también debe permitir el paso de un lado al otro de la línea divisoria, y que la realidad de esta mediación comporta zonas *grises*), pues lo contrario sería un hermetismo que, además de fácticamente imposible, es antitético a la lógica de la estatalidad) es una facultad del soberano que resulta intrínseca al problema y a la respuesta: el mantenimiento de las delimitaciones políticas y la pluralidad de entidades estatales autónomas, en contra de toda unificación planetaria y de la violencia pacifista. Promover el raquitismo estatal en aras de una gubernamentalidad global a cargo de instituciones internacionales que determinan cuándo una guerra no es guerra sino ayuda humanitaria lejos está de eliminar los conflictos; más bien, da lugar a una gestión discriminatoria de la violencia total, pero en nombre de la paz y la justicia.

Cabe profundizar este aspecto de la espacialización geopolítica en Hobbes y Schmitt aludiendo al común rechazo del sostén del pensamiento utópico: *la paradójica manipulación del tiempo (el pasado y el futuro) para el cuestionamiento radical del orden estatal (el presente regulado espacialmente)*.

El correlato de este realismo hobbesiano-schmittiano es el rechazo compartido de la manipulación utópica, revolucionaria o pedagógica gradual, por sus efectos deletéreos del orden estatal, en la medida en que la dislocación temporal como respaldo de la alternativa radical al orden estatal permite justificar cualquier actitud arbitraria y desencadenadora de enfrentamientos extremos. De aquí también la denuncia, por parte de ambos pensadores decisionistas, de las abstracciones y enunciaciones vacías que sostienen los dinamismos revolucionarios, cualquiera fuere la forma imaginativa con que se dibujen esas ciudades anti-políticas. (En este sentido, Hegel es el *trait d'union* entre Hobbes y Schmitt).

Como ya hemos observado, la determinación espacial hobbesiana localiza la guerra en el estado de naturaleza *a-dikelógico* (ya que donde impera el derecho de todos a todo, no hay justicia ni injusticia), con lo cual anula la posibilidad de que un combatiente se defina como justo y tache al otro de injusto, o que así los defina una autoridad espiritual con aspiraciones universalistas (obviamente, Hobbes mienta al Papado), pues todos los contrincantes tienen el mismo derecho natural a la guerra. Schmitt especifica con claridad que la noción de *enemigo*, que da sentido a lo político, es intrínsecamente política (no religiosa, moral, económica, privada, etc.) y que, en consecuencia, los adversarios están en pie de igualdad política y jurídica, sin que a ninguno de ellos ni a un tercero por encima de las partes (con una presunta potestad de juez mundial, i.e. con jurisdicción planetaria) le quepa determinar quién es el vicario de la justicia (Schmitt alude a organismos supranacionales que se atribuyen una jurisdicción planetaria y anhelan disponer sin restricciones de fuerza propia para ejercer una coacción global, utilizando mientras tanto la de los Estados a los que le conviene acatar sus resoluciones, pero que no lo hacen si no les conviene y nada sucede si son suficientemente poderosos).

Ambas posiciones, entonces, conllevan una determinación de la actividad bélica como sometida a limitaciones y regulaciones, para las cuales la dimensión espacial es constitutiva. En estos pensadores, el espacio es la verdad del orden político estatal; el tiempo es el instrumento revolucionario que sume al cuerpo político estatal en la guerra civil. Para uno y otro, la *decisión soberana* pacifica porque define y detiene la errancia unidimensional, lo indistintamente espacio-temporal. Al circunscribir un territorio delimitado donde impera la soberanía, trazando de este modo una distinción entre un *adentro* (paz y seguridad) y un *afuera* (guerra), lo político también somete la temporalidad a las exigencias de ordenamiento jurídico: neutraliza el tiempo, porque este vehiculiza la *crítica*; al permitir un manejo subjetivista y discrecional de la urgencia, en alternativa a, y como impugnación de las decisiones del poder soberano, cuestionan radicalmente el nexo de mandato y obediencia en vigor. El paradójico discurso sobre un *no-espacio* equivale a la manipulación del *tiempo* para socavar la estatalidad.

En suma: la irrupción desquiciante del tiempo en el espacio ordenado tiene su vehículo en el relato utópico, cuyo equivalente no literario son los universales abstractos de la moral, que encubren tomas de posiciones concretas contra lo político. La intrínseca especialización que opera lo político se contrapone a la remisión a las abstracciones morales y a su estatización como utopías morales, económico-tecnológicas, hedonistas, místicas. Decidir políticamente (instaurar/restaurar estatalidad) es lo contrario. No eliminar, sino *con-tener*, mantener dentro de espacios de maniobra amplios pero no absolutos ni absolutizables, el fluir, la movilidad intrínseca a lo utilitario y por ende a lo valioso; es definir políticamente para evitar la hermeneusis infinita, rescatar instancias institucionales y culturales de la caída en la deriva relativista; dogmatizar para confrontarse con la intercambiabilidad irrestricta de la lógica mercantil. El Estado se *sostiene* mediante sus decisiones soberanas.

6

Lo notable en Hobbes y en Schmitt es que teorizan esta *delimitación política* de la conflictividad extrema mediante la argumentación de que la guerra es una confrontación entre actores soberanos, los Estados, cuyas relaciones son horizontales, entre iguales (sea como situación natural; sea como enemistad exclusivamente política), en condiciones que —en conformidad a los respectivos momentos históricos— revelan que esta concepción nace debilitada y condenada por sus propios presupuestos. Particularmente, en el siglo XX esos presupuestos y la paradójica corrosión de lo que fundamentan —que esas mismas premisas llevan consigo— ha alcanzado su cumplimiento. Es la saga del *sujeto* político.

En el caso hobbesiano y, en general, en las doctrinas de la modernidad clásica, el respeto de la *guerre en forme*, del *ius ad bellum e in bello*, tiene vigencia aceptable desde fines del siglo XVII y hasta mediados del XIX aproximadamente, si bien casi exclusivamente en el continente europeo, no en los océanos ni en América. Este periodo del *sistema de Estados* vio nacer la complementación histórica —en doctrinas y conductas— entre una visión que admite la racionalidad del conflicto entre unidades políticas en igualdad de derechos y sin soberano planetario común, pero que también extiende esta racionalidad a las conductas bélicas, a las que se les impone el deber (entre jurídico y religioso-ético) de obedecer pautas restrictivas en el espacio civilizado. Esta lógica no desdibuja, sin embargo, que en el espacio no-civilizado (esto es las aguas y las tierras infinitas, los océanos y América como extensiones *desiertas*, en el sentido de estar fácticamente despobladas o habitadas por pueblos salvajes y/o por déspotas que los explotan: *i.e.* los nativos americanos y los españoles) todo vale contra los agresores de la racionalidad y amenazas para el progreso (España, el catolicismo y el Papado). Solo que la matriz legitimante de esta visión de las cosas es la misma *subjetividad moderna* que reclama para sí la prioridad del juicio dialéctico y la evaluación de cuándo es justa la desobediencia, lo cual corroe al Estado en su base misma.

En el caso de Schmitt, esa guerra regulada ya ha fenecido (posiblemente su lápida esté en Verdun) y apenas si tendrá alguna ejemplificación en situaciones particulares de los primeros momentos de la conflagración 1939-1945. Como enseña Hegel, todo gran pensador llega tarde: simplemente comprende lo perimido. Digamos, entonces, que, a diferencia de las guerras pre modernas (y de las que acontecerán en suelo europeo hasta finales del siglo XIX, *pero excluyendo las guerras de la Revolución Francesa*, de carácter civil-internacional), la realidad de la guerra total es un *factum* ineliminable. Para el Schmitt de los años veinte, si el Estado conserva algo de su sentido pristino, lo hace gracias a una resemantización de la soberanía absoluta a la luz de la situación histórica durante la primera post-guerra, de modo de mantener vivas la tarea y la posibilidad de neutralizar la violencia incontenible, norte de la tarea estatal. El *fracaso* al respecto (como reza en el subtítulo del ensayo sobre Hobbes de 1938), justifica la conciencia schmittiana del fin del ciclo estatal, que expresa sin ambigüedades en el segundo lustro de los años treinta. Su esfuerzo intelectual desde entonces es pensar de qué manera *das Politische* puede mantener una extemporánea vigencia a la luz de la responsabilidad política y jurídica que imponen las circunstancias.

Tanto Hobbes como Schmitt, entonces, entienden que el Estado es la única posibilidad de efectivizar la neutralización de la conflictividad extrema. Solo que uno se posiciona en el estadio inicial de la estatalidad específicamente tal; y el otro lo hace cuando el Estado ha agotado el ciclo de su vitalidad histórica. A su modo, lo que en el primero podría ser moderada esperanza, a la cual su filosofía le proporciona un respaldo admirable, en el otro es esfuerzo por intentar rescatar lo que de la soberanía estatal pueda cumplir alguna función significativa en la era del nihilismo desencadenado y del inmanentismo consecuente.

Hobbes propone una distinción *adentro/afuera* (insistimos: Estado pacificado en su espacio interior mediante la soberanía absoluta; conflicto interestatal en el espacio exterior, rechazando la inevitablemente despótica soberanía planetaria única). Esta propuesta resulta plausible y sensata; es una exposición modélica de la manera como se resolvió históricamente el problema de las guerras religiosas, imponiendo paz *intra*-estatal y regulando el conflicto *inter*-estatal en Europa). Para Schmitt, aun cuando el planteo absolutista moderno haya quedado superado por los acontecimientos, la idea que lo sostiene como esquema político se mantiene viva, es decir que persiste la necesidad de articular un *nuevo orden del mundo*, un nomos de la Tierra que imponga contención y límite a la guerra total planetaria. Algunos elementos desarrollados en sus escritos clave de los años veinte y primeros treinta subsisten y re-aflozan en los cincuenta. En su conjunto, presentan no solo algún tipo de añoranza del *macro-anthropos* leviatánico, sino también cierta esperanza de que la función catejónica (neutralizante y defensivo-conservadora o retardataria de la crisis excepcional) que debe cumplir el Estado pueda mantener operatividad frente al estado de excepción contemporáneo, que presenta la extrema agudización del conflicto simultáneamente interior y exterior. Lo que era evidente, por ejemplo, en su exégesis del artículo 48 (inciso 2) de la Constitución del Reich se prolonga *mutatis mutandis* en la reflexión sobre un orden internacional de “grandes espacios [*Grossräume*]”, caracterizados por una aceptable homogeneidad interior (entre los Estados que lo conforman) y una clara heterogeneidad exterior (entre los distintos contextos espaciales), diverso del bipolarismo y alternativo a la monocracia global; un dinamismo entre actores plurales que, en analogía como la regulación de la guerra en la modernidad clásica, podría atemperar la totalización indiscriminada de la violencia en la modernidad de masas y —este el tema de estas reflexiones— la violencia endémica de las condiciones postmodernas.

En este punto hemos llegado al motivo específico de estas páginas. La confianza hobbesiana en el futuro del Estado y la conciencia schmittiana de que el fenecimiento de la era de la estatalidad no involucra la definitiva inanidad de la soberanía (sino que impone la exigencia de que sea adecuadamente resignificada), hacen convergir sus ideas en el tema de la *representación*. A su modo, esta doctrina es la clave de bóveda del edificio estatal que uno quiere construir y el otro evitar que se derrumbe completamente.

7

La teología política (como estadio de la secularización y como saber atinente) proporciona al *Estado* la sustancia sobre la que se aúnan legitimidad y legalidad, respaldando el doble imperativo de la convivencia civil: el de la prudencia en la acción soberana y el de la obediencia en la actitud ciudadana.

Es sobre la base del fundamento teológico-político que la soberanía estatal justifica tanto su contraposición al impulso del sujeto revolucionario y belicoso, como también su rechazo del lado complementario de tal derecho innato a la resistencia de la persona como sujeto de racionalidad instrumental, a saber: el relativismo nihilista anidado en esa misma subjetividad. El Estado *vive* de y en la dialéctica entre el momento de la prioridad de lo político y el del respeto prudencial por parte del soberano de las aspiraciones pragmáticas de los diversos actores societales (el individuo en su privacidad o particularismo más propio, las corporaciones y los grupos de presión e intereses particulares); sin que esta actitud sensata, empero, haga decaer la necesidad de tener a raya el avance de lo societal sobre lo político, de esos actores cuyas lógicas específicas son extrapolíticas, y que desde esta irresponsabilidad política alegan derechos naturales, prerrogativas innatas y autonomía, reduciendo la legalidad soberana a mero instrumento de sus intereses y expectativas; en suma, los *poderes indirectos* mentados negativamente por Hobbes y Schmitt (si bien sus respectivos referentes concretos no sean los mismos, dada la diversidad de las situaciones epocales).

Adentrémonos ahora en nuestra cuestión específica.

El filósofo inglés es el gran teórico de la *representación* como legitimación teológico-política de la soberanía absoluta: el soberano como “mortal god” encuentra su fundamento primero en lo trascendente, y es sólo a partir de esta relación entre el soberano y Dios que adquiere su justificación la relación política con sus súbditos. Ciertamente es que Hobbes desarrolla con habilidad, aunque sin explicitar excesivamente, la manera como esta deuda fundacional con la legitimidad tradicional se conjuga con el motivo democrático del consenso del súbdito, en cuanto libre por naturaleza. El texto más articulado al respecto es, precisamente, el capítulo del Leviathan sobre la “representación” (XVI). Es en virtud de su sometimiento a Dios legislador que el soberano puede constituirse como actor del poder absoluto del Estado que Hobbes rechaza las teorías revolucionarias que ponen al pueblo como intermediario imprescindible entre Dios y la autoridad política, y de esta manera someten la legitimidad del poder estatal a la opinión popular (que en los católicos es, por esta vía, sometimiento a la autoridad papal: Bellarmino) y de este modo elevan la lógica de la rebelión a criterio evaluativo y restrictivo del poder estatal. Es a partir del rechazo hobbesiano de estos planteamientos que se entrecruzan en la legitimidad leviatánica el motivo moderno de la igualdad y el consenso con el motivo tradicional de la derivación directa a Deo del poder civil. Y es recién con esta fundamentación antirrepublicana y antipopulista que Hobbes puede teorizar el sentido primario de la acción soberana como el de operar como dique de contención de la violencia constitutiva de la subjetividad moderna, desencadenada con la invocación al cielo por parte de quien ya ha matado a Dios, aunque todavía no lo sabe. Al consagrarse a sí mismo como intérprete y ejecutor de la verdad (lo cual es el gesto inaugural de

la modernidad), el sujeto es teocida inconsciente y heraldo *malgré soi-même* del nihilismo que irrumpirá incontenible dos siglos después. En esta *hybris* de la conciencia encuentra Hobbes el punto principal de las teorías que debe rebatir, por sediciosas, en nombre de una “ciencia” de la política, la cual es bien distinta de los saberes rigurosamente lógicos, asentados en inferencias analíticas: en el caso del derecho y la política (y al igual que en las ciencias naturales), las enseñanzas están abiertas a controversias inherentes a las cuestiones mismas tratadas, a la libertad interpretativa. Nadie va a la guerra civil alegando que dos más dos es cinco; sí por la definición de poder estatal, libertad, etc. Hobbes aspira a enseñar con claridad que, sobre estos presupuestos, el hombre libre por naturaleza *debe* (obligación redentora en términos religiosos y éticos, porque *solamente creyendo en Dios se comprende la racionalidad de obedecerla*) libremente renunciar a su libertad y obedecer al soberano⁴.

Intrínsecamente moderno, un Hobbes consciente de que la voluntad debe doblegarse a sí misma para actuar políticamente, y de que solamente la fe cristiana articula creencia íntima y orden secular (en función de las ideas de culpa, redención y obediencia a la ley natural-civil), razona desde la perspectiva teológico-política, de modo que la representación no devenga instrumento para debilitar la soberanía, que es lo que acontece cuando se la entiende como expediente útil para preservar la superioridad de la libertad natural respecto de la legalidad estatal, o sea como un instrumento adecuado para quienes persisten en su fuero íntimo en el estado de naturaleza, pese a que gozan de los beneficios de la sociedad civil, que es lo que sucede no solamente con quienes violan de hecho las normas cuando tienen la ocasión de hacerlo impunemente, sino inclusive, y sobre todo, aquellos que no ven otro sentido en las normas e instituciones políticas más que servir al particularismo de sus propias conveniencias personales. En la medida en que la razón instrumental se expanda en detrimento de lo político y que la dimensión estatal sea reducida a mero complemento utilitario de una racionalidad autosuficiente en su inmanencia, entonces la convivencia carece de toda dignidad espiritual capaz de cimentar una comunidad política a la luz de lo político, y las condiciones necesarias para la sociabilidad diventan inestables, efímeras y/u opresivas, ya que el espacio estatal es (schmittianamente) colonizado por grupos particulares en conflicto por hacer prevalecer sus intereses corporativos, universalizables en clave formal y concretamente corporativos, si no facciosos.

Dicho de otro modo, tanto para Hobbes como para Schmitt, teóricos de la neutralización estatal del estado de excepción permanente dentro del perímetro de la soberanía, la conciencia que no se doblega a lo trascendente se proyecta en conductas cuya legalidad o ilegalidad termina dependiendo de hecho —porque se asume que es lo correcto *de iure*— del juicio personal que cada elemento individual tenga sobre la

⁴ Cf. Lev., XLIII; De Cive, XVII, 11, 12, 13.

norma, la cual será obedecida solo si la opinión personal es que resulta conveniente obedecerla y desobedecida si se juzga que no es conveniente hacerlo. No es distinta la situación del soberano, porque su conciencia debe asumir como criterio de legitimidad el respeto de las normas naturales que le impuso Dios, interpretándolas y aplicándolas como ley de manera prudente y sensata, pero sin deudas ontológicas con ningún criterio prudencial exterior a los que él tenga en cada decisión soberana.

Cuando, por el contrario, en ambos actores prima la conciencia privada (hobbesianamente) “natural”, pre- y anti-política (sea de los elementos componentes de la multifuncional *opinión pública*, sea de las instancias colectivas variadas), no hay orden auténticamente estatal. Prevalece, en cambio, la dialéctica entre conceptos vacuos y planificación arbitraria y particularista, en un estado de excepción permanente. Atrás de ella reside la conciencia que se proclama atea, es decir, que cree en los universales de la razón y sobre todo en los valores, cuyo formalismo y relativismo siempre respalda justificaciones de la violación de la ley, ya que invoca derechos, prerrogativas, libertades absolutas, y que tienen en la violación de la ley juzgada injusta su verdadero cumplimiento.

Retomando el discurso específicamente hobbesiano, el gran pensador inglés rechaza esta línea de pensamiento típicamente moderna, a la cual no deja de pertenecer, sin embargo, por otros aspectos. Las pretensiones de fundamentar el orden civil en consideraciones meramente pragmáticas solo es posible si se asume forzosamente una antropología racionalista para justificar principios de la convivencia cuya solidez conceptual es, o sería, independiente de la noción de soberanía. Desde esta perspectiva, las instancias político-jurídicas no conformarían más que un complemento técnico (el sistema represivo de la irracionalidad) del fundamento no político. La actitud de Hobbes ante estas consideraciones puede ser ilustrada con la famosa frase schmittiana: *la verdad se venga*; una verdad que es la de la violencia no ya meramente incontenible, sino además directamente fomentada por tales planteos. Si entramos en el detalle de la argumentación hobbesiana, cabe observar que un pacto social entre individuos fieles a los imperativos pragmáticos del derecho natural, como *generación* de la soberanía es una petición de principio, *porque tal pacto es imposible sin la existencia del soberano* (*Lev. XV; De Cive*, V, 6 y 7). En rigor, el soberano ni siquiera participa del acuerdo en sentido estricto, el “covenant” entre quienes deciden deponer el *ius* y transferir su poder al soberano, el cual simplemente accede a representarlos porque aquellos han decidido unánimemente obedecerlo (*Lev. XVI a XVIII*; menos claramente en *De Cive*, V, 7, 9 y 11 y VII, 7, 9, 12, 14). En rigor, no hay horizontalidad entre los pactistas y el soberano garante del pacto, que no participa en este, sino que acepta asumir la responsabilidad (ante Dios) de ser el actor del poder político, autorizado por los contrayentes a representarlos como su prudencia y voluntad lo motiven, sin otro compromiso más que proteger la república con decisiones que concretizan el mandato universal de las leyes naturales, de las

cuales monopoliza la interpretación y aplicación. Hobbes seculariza el esquema testamentario de la primera Alianza, pues sería absurdo hablar de una igualdad entre Yahvé y el pueblo judío, como también de la Nueva Alianza cristiana, ya que el Estado es el orden que, si bien tiene su fundamento directo en Dios, no surge de una intervención directa por parte de la divinidad, sino que participa en el dinamismo de la representación, en virtud de la cual el Estado como institución secular tiene una dignidad análoga a la que la Iglesia tiene en lo espiritual.

Pactar significa simplemente expresar un consenso a obedecer y renunciar a rebelarse, porque tal actitud es incompatible con el orden civil. Hobbes no da lugar a criterios privados desde los cuales resulte racional controlar al soberano e imponerle conductas, pues no nace del pacto sino que, por el contrario, el pacto es posible gracias a él. Así como Dios le abrió al pueblo judío un espacio de libertad decisoria y luego renovó con Cristo este inicio de la redención, universalizándolo para todos los seres humanos como creyentes reales o potenciales, así el soberano —que es tal porque Dios lo ha agraciado⁵— concede a los que se hallan en igualdad de condiciones entre sí la oportunidad para que depongan sus armas, de modo que todos puedan vivir civilmente. Redención religiosa y nueva vida secular conforman el eje teológico-político de la estatalidad. Cabe insistir en el punto clave: ambos, soberano que acepta representar y súbditos que lo autorizan a hacerlo (*i.e.* que aceptan obedecerle) se presentan como obedientes a la ley natural, o sea creen en el Dios bíblico y en su presentarse en el mundo para redimirlo, sin anular la libertad de la voluntad, y dejar al ser humano la libre decisión de comenzar a redimirse del pecado y, en el plano político, de abandonar el *ius naturale* y comenzar a redimirse de la soberbia mediante la obediencia a los mandatos simultáneamente religiosos y naturales (*lex naturalis* aplicada como *lex civilis* por el soberano y acatada por los súbditos).

La única garantía de que el soberano (quien es condición de posibilidad —con su fuerza coactiva— del pacto colectivo de renuncia a la libertad y sometimiento como súbditos) se desempeñará como tal auténticamente, como protector de la república, y por ende también la única garantía de que pueda tener lugar el acuerdo entre los que abandonan el derecho natural y se le someten, es *espiritual*: la fe en Dios como causa legislativa suprema, de la cual se sigue la obediencia a sus leyes naturales y, consecuentemente, la obediencia a su vicario, el soberano, y a sus decisiones normativas y ejecutivas. A su modo, trinidad, la noción de una causa primera absoluta como fuente ontológica de toda causalidad ulterior (leyes naturales físicas y

⁵ Lev., XXIII, "For instruction of the People"; XLII, "The question of Superiority between the Pope and other Bishops" (en el *Leviathan* en latín, la fórmula es "Potestas enim legitima omnis a Deo est", cf. *Opera Philosophica Omnia*, ed. Molesworth, III, p. 419); *De Cive*, XII, 3 ("Quare enim appellas tu *tyrannum*, quem Deus *regem* fecit, nisi tu, privatus existens, cognitionem ad te trahas boni et mali?"); *Behemoth*, I Dialogue *in fine* ("the civil laws are God's laws, as they that make them are by God appointed to make them; [...] the King owes his crown to God only, and to no man, ecclesiastic or other; [...] the King's laws are God's laws"). En la portada de la edición parisina (1642) de *De Cive*, un lugar destacado tiene el proverbio bíblico (8, 15) que resume estas cuestiones: "*Per me Reges regnant et legum conditores iusta decernunt*".

leyes naturales-civiles políticas) y estatalidad conforman el andamiaje conceptual de la teología política hobbesiano-schmittiana⁶.

Es sólo con este respaldo espiritual que el Estado adquiere una eticidad propia, que lo legitima en términos superiores a los de la conveniencia pragmática de cada miembro (en el fondo, una referencialidad de las subjetividades modernas, como el individuo, el pueblo, la clase, etc., pero tampoco las insustancialidades posmodernas, deconstruidas, impolíticas, multitudinarias, fragmentarias, etc., no pueden salir), pues ninguna república sana se sostiene por una racionalidad utilitaria exclusivamente: sin soberano, es inútil y peligroso confiar en el otro y pactar; con soberano, si la ocasión asegura que es fácticamente imposible ser castigado, conviene desobedecer la ley. Aquí radica el núcleo de lo que Schmitt, tardíamente, calificara como la apertura a la trascendencia del “System-Kristall” hobbesiano⁷.

De aquí que el sentido distintivo que su filosofía le imprime al nexo representativo como un *estar en lugar de otro* se apoye en su derivación genealógica del dinamismo trinitario del Dios cristiano, porque solo la religión cristiana dobla el orgullo y las aspiraciones egoístas del ser humano libre por naturaleza, fiel solamente a su cálculo pragmático; solamente ella es la fuerza de la ciudadanía estatal, y los regímenes que no lo son expresamente, lo son en su concepto y en su funcionamiento; los que no, no son Estado. Caben acá las siguientes preguntas, de cuyas respuestas prescindiremos: ¿qué religión no bíblica asume la libertad e igualdad de todos los hombres en cuanto creaturas divinas, base del concepto de derecho llevado a cumplimiento, es decir: el derecho moderno? Y en cuanto al judaísmo, religión con la cual este esquema comparte tantos presupuestos, ¿puede aceptar la eticidad religiosa de un orden político no que no responde al modelo bíblico sino al de la representación, a partir del eventualmente profeta Jesús de Nazareth, que no es el Mesías? De todos modos, es evidente que para Hobbes todo soberano y todo súbdito que procede de acuerdo a la enseñanza de su filosofía política, tiene el comportamiento racional del ciudadano en general y del ciudadano cristiano en particular, más allá de lo que pueda creer en su fuero íntimo en términos estrictamente religiosos.

Este núcleo teológico-político gira en torno a las connotaciones del *Jesus is the Christ*, pues solamente el cristianismo media entre fe, obediencia al Dios inmortal y la obediencia al dios mortal, vicario de aquel y participante principal, decisivo porque

⁶ *Lev*, XII, “Which makes them fear the Power of Invisible things”; XXXVIII (“[...] the Kingdom of God is a Civil Common-wealth, where God himself is Sovereign, by vertue first of the *Old*, and since of the *New Covenant*, wherein he reigneth by his Vicar, or Lieutenant”); XLIII (“For our Saviour Christ has not given us new Laws, but Counsell to observe those we are subject to; that is to say, the Laws of Nature, and the Laws of our several Sovereigns: Nor did he make any new Law to the Jews in his Sermon on the Mount, but onely expounded the Laws of Moses, to which they were subject before. The Laws of God therefore are none but the Laws of Nature, whereof the principal is that we should not violate our Faith, that is, a commandment to obey our Civil Sovereigns, which we constituted over us, by mutual pact one with another”).

⁷ Remitimos al ampliamente conocido paso de las “Hinweise” publicadas en la edición de *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker u. Humblot, Berlin 1963; cf. págs. 121-123.

decisor, de la mediación entre trascendencia e immanencia: la *única* enseñanza del Salvador respecto de la política son las “leyes naturales”, “es decir, el mandato de la obediencia civil” (*De Cive*, XVII, 11; cf. *idem*, XVIII, entre otros pasos similares).

Jesucristo como Dios encarnado y la Redención del género humano que la muerte en la cruz y la fundación de Iglesia hacen posible, al enseñar el camino de la Salvación en el mundo, son dogmas de fe que devienen —en virtud de la reformulación secularizante y las conexas adaptaciones— conceptos que legitiman instituciones y categorías políticas y jurídicas en términos diversos a los de la racionalidad utilitaria y del inmanentismo en general. El Estado tiene su fundamento en la perspectiva abierta por la religión cristiana del inicio de la redención en el mundo para el ser humano sin más, posibilitando así una mediación entre cielo y tierra que vuelve efectiva esta apertura universal de la fe mediante una particularización que obedece a las peculiaridades de las cuestiones temporales, y teoriza una relación armónica entre potestad eclesiástica y potestad secular.⁸ La insuficiencia de la racionalidad utilitaria es cubierta por la creencia religiosa que, al instaurar la representación como modelo de fundación de institucionalidad en el mundo, confiere al Estado una dignidad propia, y permite superar la impasse argumentativa del contractualismo (sin soberano, todo pacto carece de validez), pues la fe en Dios legislador y en Cristo fundamenta la obediencia al soberano civil y hace del consenso un componente más de la arquitectura leviatánica, pero no el elemento genético-legitimante de la misma. El consenso es reconocimiento del soberano; el soberano es el *a priori* del pacto, del cual no surge pero al cual concede la garantía de la espada pública; la obediencia a la ley en las conciencias de los contrayentes y del soberano tiene en este dinamismo de la representación su proyección en el foro externo, en el Estado. Pero para que los teoremas de la razón tengan fuerza de ley en el hombre natural, este tiene que creer en Dios como poder legislativo omnipotente, y en ellas como sus mandatos. Esta fe es tan propia de la condición natural como lo es el derecho, pero solo ella civiliza, al neutralizar ese derecho natural, y constituye el sostén no pragmático, plenamente immanente, sino teológico-político del orden civil. En el dinamismo de la representación convergen todos estos motivos.

8

La dignidad religiosa y ética que tiene el movimiento del devenir-otro como confirmación de la propia identidad sustancial única, tiene en la representación

⁸ En rigor, si bien aludimos a la única teología política que legitima al Estado, la cristiana, entendemos —en contra de Hobbes— que la separación católica entre Iglesia y Estado es más propicia para esta armonía tensa, que —conceptualmente al menos— responde adecuadamente al dinamismo de lo político. Obviamente, ni Hobbes ni los racionalistas modernos aceptan este planteo. El modelo hobbesiano es la Iglesia de Estado, la unidad de las dos soberanías ejercidas por el mismo y único representante, “vicario” o “lugarteniente” de Dios en lo secular y en lo espiritual.

hobbesiano-schmittiana (el hombre *natural* que al devenir otro, *político*, confirma su identidad más plena, la de *ciudadano*, ya sea que mande, ya sea que obedezca) la reverberación filosófica secularizada de la doctrina intrínsecamente religiosa de la Segunda Persona de la Trinidad; así como, en virtud del mismo desplazamiento semántico, el Estado remite a la fundación de Iglesia por Cristo como a la matriz del sentido de su poder legítimo. O sea, Dios creador, redentor y juez deviene, mediante el proceso de secularización de la teología bíblica, el fundamento trascendente de la soberanía.

Solo que la secularización *prosigue su camino* y el sustancialismo teológico-político queda neutralizado por los principios universales abstractos (propios de los estadios neutralizadores: moral, economía, tecnología) que el sujeto invoca para justificarse como realizador legítimo de los mismos en virtud de su libertad individual. De esta manera, el carácter vago y polisémico (el formalismo vacío) de las nociones que deberían sostener la vida estatal (respeto al prójimo; no matarás; libertad, justicia y similares), al abrirse a una pluralidad de mediaciones interpretativo-aplicativas, esto es: al privilegiar la mediación personal en la conciencia y la colectiva en el espacio de la opinión pública, en detrimento de las definiciones nítidas propias de las decisiones estatales, que transforman los principios generales en leyes y de aquí en las normas de los otros poderes (la actividad de los tres poderes), esa universalidad vacua entonces deviene cobertura formalista de beneficios e intereses particularistas, que en sí mismos no contienen las determinaciones políticas necesarias para que pueda desarrollarse una convivencia pacífica. Lo político es puesto a merced de la *proyección práctica* (sea utilitaria, sea revolucionaria) de la subjetividad moderna⁹.

A modo de resumen, entonces, digamos que, para evitar la deriva antipolítica inherente al activismo moderno, el modelo leviatánico se asienta en un dinamismo de representación entre lo alto y lo bajo de impronta teológico-política; pero, al mismo tiempo, acepta —y no puede no hacerlo— el punto de partida epocal (la voluntad libre del yo que decide vivir políticamente o no hacerlo). De aquí el esfuerzo hobbesiano por liberarse de la paradoja destructiva del Estado: su fundamento, la conciencia individual, es la causa de su derrumbe. De aquí también la sutil justificación de que el individuo *debe renunciar* en su foro interno a su derecho a ser libre, y *debe obedecer* a la ley natural que le impone obligaciones también naturales pero incompatibles con su libertad, para así obedecer como ciudadano la ley civil en el foro externo y convivir en la seguridad de la paz garantizada por la espada pública¹⁰.

A la luz de lo precedente, entonces podríamos presentar la nota fundamental de la *representación* como pilar del Estado del siguiente modo: cuando la mediación

⁹ La diferencia entre el sentido que tiene la propiedad privada en Hobbes y en el liberalismo es ilustrativa de esta tensión entre dos actitudes modernas ante el Estado.

¹⁰ *Lev*, XXIX.

política y jurídica entre lo *alto* y lo *bajo* no es en *cruz*; esto es, cuando la mediación entre el principio y la realidad sometida a él, entre lo que funda y ordena y lo que es fundado y ordenado en conformidad a ello, entre lo estructurante y lo estructurado, no es simbolizable como intersección entre una directriz teórica e institucional de tipo vertical y otra de tipo horizontal, las cuales conforman una visión filosófico-político-jurídica que justifica el orden estatal de mandato y obediencia o relación soberano-súbditos, articulando soberanía y dinanismos sociales y personales variados; en suma, cuando la legitimación de un orden intrínsecamente moderno como el Estado no remite a un fundamento trascendente, irreductible a un principio economicista o inmanentista en general, entonces *no hay representación política y jurídica en el sentido específicamente hobbesiano-schmittiano*, pues la misma adquiere su peculiaridad a partir de la preeminencia de lo trascendente respecto de lo inmanente; y (en lo relativo específicamente a la representación) a partir de la prioridad del movimiento descendente —desde el fundamento al soberano— por sobre el movimiento ascendente como consenso del pueblo, instancia polimorfa a la cual —desde posiciones filosóficas que *no son las de Hobbes*— se le atribuye habitualmente la condición de hontanar de la representación y de única instancia legitimante de la soberanía.

9

De lo precedente se sigue que, en el proceso de secularización pero antes de su cumplimiento como relativismo y nihilismo, el cristianismo es el crisol conceptual de la representación hobbesiano-schmittiana, porque, al conferir a lo secular una auténtica dignidad religiosa, abre la posibilidad de una ética cívica que, en armonía con la fe cristiana, sustente la prudencia del soberano y la obediencia del súbdito en términos que no son exclusivamente pragmáticos ni tampoco revolucionarios, que refrenan el hedonismo y la guerra civil.

El caso de Hobbes es particularmente ilustrativo al respecto, pues su articulación entre cristianismo y estatalidad neutraliza el uso de la religión en términos de derecho de resistencia, tiranicidio y semejantes justificaciones de la desobediencia a la autoridad.

De este modo, también propone una relación armoniosa, conciliatoria, entre autoridad legitimada en términos trascendentes, arraigo en la realidad concreta (mundana pero redimida) y confirmación —no negación— de la libertad e igualdad de todos los seres humanos por naturaleza, en cuanto todos somos hijos de Dios, sin diferencias que alteren este dogma. *El alma es democrática*; universaliza la libertad y la igualdad; pero el ser humano, como ser anfibio o *compositum* metafísico, no es más que *imagen* de Dios y apenas sí *semejante* a Él. Esto significa que actúa libremente

y es responsable, que su conducta puede ser justa o injusta y, así, contribuir a su redención o a su condena, puede pecar o redimirse; y específicamente en el plano secular, puede desobedecer u obedecer al soberano representante que los respeta y protege como ciudadanos, puede persistir en el estado de naturaleza (si no hay vigilancia, violar la ley) o vivir en el estado civil como ciudadano auténtico (obedecer, aunque no haya vigilancia). Este esquema se asienta en la mediación representativa.

La *representación* como correlación entre el nexo vertical y el reconocimiento horizontal del soberano, como dinamismo descendente de la protección-obediencia y como consenso ascendente del pacto, legitima la *mediación entre lo universal* (norma) y *lo particular* (caso normativizado), un movimiento del cual ninguna configuración político-jurídica de la convivencia puede prescindir. La teología política cristiana de la *representación de lo trascendente en lo inmanente* ofrece al Estado una justificación política, alternativa a la instrumental.

Es en este sentido que cabe considerar a Hobbes y a Schmitt como teóricos de una *representación* congruente con la modernidad y simultáneamente alternativa a significado de *representar* que en ella prevalece; esto es, una concepción no pacíficamente encuadrable dentro del esquema liberal clásico (no obstante muchas connotaciones sean comunes y otras parezcan serlo, pues se trata de posiciones indiscutiblemente modernas ambas).

10

El tema no encuentra un desarrollo especular, simétrico, en nuestros pensadores.

Hobbes desarrolla estas nociones con claridad. En Schmitt, en cambio, en los trabajos anteriores a 1938, la teología política hobbesiana no recibe ninguna consideración especial (fuera de las indicaciones fundamentales, pero breves y apenas trabajadas, de *Teología política*). En todo caso, su elaboración del tema recorre las variantes y vicisitudes generales y las específicamente germanas de la totalización como rasgo epocal (en la pluralidad de sus actores y manifestaciones y con el resultado de que se van progresivamente disolviendo, hasta quedar prácticamente canceladas, las distinciones existenciales y funcionales entre espacios diversos de la convivencia estatal¹¹); primero en el Reich weimariano y luego en el régimen nazi,

¹¹ Insistamos: se trata de la disolución de las articulaciones internas que caracterizan la estatalidad moderno en su concepto y en su realidad clásica, hasta últimas décadas del siglo XIX aproximadamente; a saber, los –digamos– espacios público-estatal, público-societal, privado-personal, porosos y con constantes flujos e interrelaciones, pero reconocidos en su especificidad por la teoría y reconocibles en la realidad.

paradigmático —junto con el soviético— de la variante específicamente *totalitaria*, brutal y nefasta, de este proceso en Occidente. Solo que el libro sobre Hobbes tampoco desarrolla el hilo conductor esbozado, pues los elementos que habrían contribuido a esta profundización quedan enmarcados por la dimensión mítica del magno símbolo de la estatalidad: el Leviatán¹². Su primer tratamiento específico y nítido, pero hartamente breve, es la “Indicación” sobre el “*System-Kristall*” hobbesiano (la apertura a la trascendencia en el edificio leviatánico) que, en 1963, enriquece la reedición de la versión de 1932 de *El concepto de lo político*; y prosigue en el artículo sobre “El cumplimiento de la Reforma”, de 1965¹³.

Ahora bien, la argumentación hobbesiana no por clara deja de ser compleja y susceptible de una suerte de rearmado interpretativo, pues choca con lo que se ha ido conformando como una interpretación estándar de su planteo como presunto contractualista liberal. Retomemos el esbozo de los rasgos principales de la manera como Hobbes elabora la matriz teológico-política para articular el hontanar *trascendente* de la soberanía con la necesaria mediación con lo inmanente a cargo del soberano-representante. La estructura en cruz que da sentido *político* a la legitimación descendente (desde Dios y sus leyes naturales) y al consentimiento ascendente (desde el pueblo) en la forma de *representación*. Esta noción se muestra, así, como el núcleo conceptual del dinamismo estatal que Hobbes expone en términos no identificables superficialmente con los de la *civil society* de los contractualismos modernos específicamente liberales.

Menos orgánica es la elaboración de esta cuestión en Schmitt, pero no porque deba ser considerado como un fautor del irracionalismo (sería absurdo que —entre otros motivos— lo fuera quien siempre se autodefinió como un jurista de impronta romana). ¿Por qué no hay (o no habría) en Schmitt un tratamiento más profundo de la teología política hobbesiana, ya que reforzaría lo que está indicado insuficientemente en las páginas que le dedicó al tema y le permitiría mostrar que la clave del pulso vital de la estatalidad leviatánica, a saber: la noción de *representación*, es teológico-política?

Aventuramos que esta lamentada insuficiencia obedece, quizás, a que en los años veinte, cuando la discusión filosófica sobre la teología política lo urge, sin embargo el tema de la representación es teorizada desde el registro jurídico que a fines de los años veinte más motiva a Schmitt: el derecho constitucional. Esto significa, sin duda, que su pensamiento es sensible a las incitaciones y exigencias de la situación concreta, al igual que acontece con las reflexiones encaradas en las otras dimensiones de su

¹² Schmitt, Carl. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1938.

¹³ Schmitt, Carl. “Die vollendete Reformation. Bemerkungen und Hinweise zu neuen *Leviathan*-Interpretationen”, *Der Staat*, IV, 1965, 1, pp. 51-69.

producción teórica. Pero además, le impone a la argumentación tener en cuenta como referente pertinente la normativa constitucional alemana del momento. De aquí que el tratamiento que Schmitt da a la figura del representa atienda a momentos centrales de la historia y de las doctrinas constitucionales, tanto como al contenido atinente a este problema en la Constitución de Weimar.

Hasta tal punto pesa este sistema de referencias, que la teología política queda fuera de su análisis de la representación en *La doctrina de la Constitución* (1928), donde se limita a las vicisitudes teóricas y a la concreción histórica de la misma, particularmente en el iusnaturalismo moderno, el liberalismo y el normativismo, sin excluir empero algunos pensadores que no se alinean en estas corrientes. De manera similar, la contraposición a las explicaciones habituales (de corte utilitario e instrumental) de la *Räpresentation*, apenas sí sugiere una visión alternativa, sin profundizarla. Ilustramos nuestra interpretación observando que deja fuera de su análisis el hecho de que Hobbes, en virtud del soporte teológico-político de la representación distintiva del soberano, la hace autónoma de las tres formas de gobierno: independientemente de cuál adopte un Estado, en todas el eje portante es la representación. Schmitt, en cambio, destaca que, en el nivel de los principios o del concepto fundamental de la cuestión, la representación es propia de la monarquía, pero no de la democracia, cuyo fundamento propio es la identidad. Dicho de otro modo, Schmitt desatiende la cuestión decisiva: la mediación en cruz, que legitima la soberanía representativa, está presente como principio de todas las formas de gobierno. Queda en sombras, así, la mayor consonancia que guarda el planteo hobbesiano con el de Schmitt, pero profundizar el tema con el estilo y la sutileza del *Jurist* podría no ser adecuado para una obra de derecho constitucional.

En todo caso, si consideramos que Schmitt toma como sugestivo antecedente del peculiar presidencialismo weimariano la figura del monarca constitucional del siglo XIX y su peculiar ejercicio de la soberanía, donde convergen legitimidad tradicional y consenso democrático, entonces es evidente que este punto le habría permitido, ante todo, desarrollar en detalle continuidades y diferencias con el *Reichspräsident*, pero además era una oportunidad para explicitar la sustancia teológico-política del Estado moderno, a la par que le permitía abrir el discurso hacia el problema urticante que a Schmitt más le interesa: la autoridad del Presidente weimariano, como garante de los principios constitucionales básicos, para actuar dictatorialmente frente al caso de extrema necesidad, enfrentando con su decisión también excepcional, la suma amenaza existencial al Estado. Esto es, el representante soberano como *guardián constitucional*¹⁴.

¹⁴ Las consideraciones de la *Verfassungslehre* schmittiana exigen un tratamiento detallado, por cierto, del que prescindimos de intentarlo en esta oportunidad.

A modo de resumen final, digamos entonces que Hobbes legitima la república como dispositivo pacificador que tiene en la voluntad única soberana la estructura que sostiene al orden protector en condiciones de normalidad mediante sus decisiones constitucionales ordinarias (leyes, normas ejecutivas varias, sentencias y disposiciones judiciales, etc.) y la actividad política correspondiente; pero que puede y debe hacerlo porque *antes* (en términos de *aprioridad* conceptual y práctica concreta) responde con decisiones excepcionales cuando estalla la crisis suma, en las condiciones extraordinarias y de desarrollos imprevisibles, como respuesta soberana originaria y fundacional a la conflictividad irrestricta de la guerra civil e internacional, la más radical y acerba puesta a prueba del Estado¹⁵.

Schmitt, por su parte, experimenta la guerra total en su eclosión definitiva, propia del nihilismo de masas. Una conflictividad que, si por un lado es inherente al ser humano, por otro encuentra que tiene su manifestación por antonomasia en la realización moderna y contemporánea de *lo bélico*. Hobbes conoció este fenómeno en su faz inicial como guerra religiosa y política a la vez, que operó como motivo disparador de la necesidad de instituir el Estado como orden neutralizador del enfrentamiento (mediante la soberanía absoluta, la obediencia consensuada, el aquietamiento y la despolitización de los espacios nacionales, volviéndolos seguros y aptos para el intercambio horizontal de ideas, opiniones, productos, trabajos, servicios, cuyo dinamismo resulta así, en su concepto mismo, deudor de la decisión soberana); pro también una guerra cuya gramática resulta proléptica de lo que acontecería a partir de la Revolución Francesa. Schmitt la experimentó en su concretización plena en el siglo XX, cuando el Estado es colonizado por los poderes societales y las lógicas inmanentistas, tal como se han estructurado en un arco ideológico-práctico que, en Occidente abraza —con sus distintas configuraciones, tensiones e intensidades— el liberalismo capitalista, el corporativismo fascista y el comunismo, o sea los regímenes que giran en torno a esta constelación de ideas. En su conjunto, estas lógicas societales licuan la estatalidad.

Para nuestros pensadores, entonces, el orden estatal-leviatánico es el único esquema institucional que puede (intentar) neutralizar esta guerra, al menos desactivándola en el mayor grado posible dentro del espacio normativizado. Y, por efímeros que fueren los logros al respecto, el Estado igualmente se postula para hacerlo en virtud de la fundamentación teológico-política de la mediación entre lo universal (el hontanar trascendente de su legitimidad) y lo particular (la acción de gobierno: legislar, ejecutar, juzgar), o sea entre autoridad y una ciudadanía aquiescente. La *representación* es el eje vertebrador de la soberanía del “cuerpo político”.

¹⁵ Un paso del que cualquiera de los dos podría haber sido el autor, desde la perspectiva de nuestra lectura, es *De Cive*, XVII, 11.

Desde esta perspectiva, digamos que Hobbes expone el Estado clásico en el momento histórico de su génesis y ofrece una legitimación capaz de armonizar el principio de legitimidad tradicional con el consenso democrático moderno. Schmitt lo hace en el del fenecimiento de ese mismo Estado y busca destacar sus elementos centrales a respetar en el necesario intento de revitalizarlos en la era de las masas, del elitismo tecnocrático e ideologizado y de la totalización irrestricta, en que se han derrumbado las distinciones espacial-existenciales entre lo público estatal, lo público-societal y lo privado-personal. Solo la *representación* que los atraviesa verticalmente puede operar como reconstituyente.

Podríamos agregar que Schmitt, al final del ciclo histórico estatal, es consciente de lo que su admirado antecesor no podía comprender en los comienzos del mismo, a saber: que el Estado nace muerto. Esto es, comprende claramente que el proceso de totalización que irrumpe en la historia con la sociedad de masas lleva consigo mutaciones letales para una estructura modelada sobre la base de una legitimación teológico-política, pues ha quedado desactivado el fundamento de la soberanía, se han derrumbado las diferencias entre los ámbitos existenciales adentro y afuera del perímetro estatal, y camina hacia su disolución el pluralismo de unidades soberanas en el plano internacional. Mirada realista que, empero, no anula que Schmitt pueda conservar cierta esperanza en que la estatalidad mantenga vigencia como poder catejónico, retardador del *Ausnahmezustand*.

Es innegable que el dispositivo que pudo poner fin a la conflictividad religiosa y civil en el siglo XVII no es fácilmente aplicable a la era de las masas y de la totalización, en general, y a Alemania en la crisis de entreguerras, en particular. Tampoco es sencillo que pueda desempeñar la función de *Kat'echon* que salvaguarda el orden frente a la crisis extrema.

La representación hobbesiano-schmittiana busca responder a una cuestión existencial. Desde esta luz, y a modo de conclusión, la pregunta sobre cuál era, para ellos, el modelo de orden jurídico capaz de contener la irrupción de la excepción desquiciante, el efecto revolucionario del estado de excepción, hoy debe ser contextualizada en nuestra contemporaneidad, para pensar si es posible aún una respuesta teológico-política a un interrogante que mantiene su vigencia en la multiforme violencia postmoderna. No deja de ser un desafío incitante.

Los Autores

JORGE DOTTI

Doctor en Filosofía por la Universidad de Roma. Profesor de Teoría Política en FLACSO, Profesor de Filosofía Política Universidad de Buenos Aires. *Gastprofessor* en la Universität zu Köln. Forschungsstelle für Ibero-amerikanische Philosophie de la Universidad de Köln (1983-1993). Asociación de Estudios Hobbesianos (miembro fundador). Director de la “Revista Deus Mortalis”.

Es autor, entre otros de: J. L. Borges, J. E. Dotti, H. Radermacher, *Realismo fantástico. Gioco di specchi su Swedenborg, Kant, Borges* (a cura di Vittorio Mathieu), Bibliopolis, Napoli, 1986, 98 pp. J. E. Dotti, H. Holz, H. Radermacher (Hrsg.), *Kant in der Hispanidad*, Peter Lang Verlag, Bern-Frankfurt-New York, 1988, 286. *Carl Schmitt en Argentina*, Homo Sapiens, Rosario, 2000, 929 pp. J. E. Dotti, J. Pinto (compiladores), *Carl Schmitt: su época y su pensamiento*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, 318 pp. Laura Brondino, Jorge Dotti, Patrice Vermeren (éd.), *Philosophie politique et pensée démocratique*, L'Harmattan, Paris, 2007 “From Karl to Carl: Schmitt as a Reader of Marx”, Chantal Mouffe (Ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, London, 1999, pp. 92-117. “Schmitt reads Marx”, *Cardozo Law Review*, vol. 21, 2000, n. 5-6, pp. 1473-1485.

OSCAR MEJÍA QUINTANA

Post doctor en Filosofía por la Universidad Nacional. Doctor en Filosofía del Derecho de la Pacific West University de Los Ángeles, California. Estados Unidos. Filósofo de la Universidad Nacional. Se desempeña como director del Doctorado en Derecho de dicha universidad y como profesor de la maestría de Derecho y Teoría Jurídica de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre. Entre sus obras se destacan textos tales como “*Justicia y Democracia Consensual*”. Antropos Uniandes 1997 y “*Teoría de la Justicia y Conflicto en “Bioética y Conflicto”*”. Universidad del Bosque. 2002.

ANDRÉS ROSLER

Abogado de la Universidad de Buenos Aires, Mg. en Ciencia política de FLACSO, Argentina. Doctor en Filosofía del Derecho Oxford University, post doctor en Filosofía por la Universidad de Buenos Aires. Entre otros, autor de *Political Authority and Obligation in Aristotle*, Oxford University Press, 2005. Destree (eds.), *The Cambridge Companion to Aristotle's Politics*, Cambridge, Cambridge University Press (en preparación, 2011).

OSCAR MAURICIO DONATO

Candidato a doctor por la Universidad de Buenos Aires. Mg. en C. Política y en Sociología de FLACSO Argentina. Filósofo de la Universidad Libre. Miembro de la International Plato Word Society. Algunas de sus publicaciones son: *Entre antiguos y Modernos: Hermenéutica, Ética y Política*” Compilador. Universidad Libre. 2010. “*Autoridad y Enemistad: Schmitt - Uribe y el combate de los conceptos*”. Ibáñez. 2009. Ha escrito artículos en revistas especializadas nacionales y extranjeras sobre Filosofía Política antigua y contemporánea. Se desempeña como profesor de Teoría Política y Filosofía antigua en la Universidad Libre de Colombia.

HERNÁN MARTÍNEZ FERRO

Filósofo y magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia; Candidato a Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia. Profesor Asociado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Profesor de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Autor del libro *Introducción a la filosofía moral de Ernst Tugendhat*. Áreas de trabajo: filosofía del derecho y filosofía política.

FERNANDO CUBIDES

Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia, donde actualmente se desempeña como docente e investigador. Es Mg. en Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Autor, entre otros, de “*La participación política del campesino en la guerra*” en “*La construcción del campo en la democracia latinoamericana*”. Comp. H. Gramont. FLACSO, Argentina. “*From private to public violence in Colombia*” en “*Violence in Colombia 1990-200*” Wilmington USA, 2001.

VÍCTOR ALBERTO GUERRERO APRÁEZ

Abogado de la Universidad Javeriana, maestro en leyes de la Universidad de Konstanz (Alemania). Delegado conferencia de Roma para la instalación de la Corte Penal Internacional-1998, profesor universitario –pregrado y postgrado– Universidad Javeriana y Universidad Libre, autor de publicaciones y ensayos en revistas nacionales e internacionales, entre otros “*La irrupción de la teología política en la república de Weimor-Benjamin y Schmitt*”-2009; asesor de entidades como: ACNUR, OCHA, OIM y PGN.

PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ

Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Libre de Colombia, especializado en Derecho Penal y Criminología. Se desempeñó como Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, Director Nacional del CTI, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, Vicefiscal General de la Nación y Fiscal General de la Nación (e). Ha realizado consultorías para diferentes entidades, entre ellas la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación. Es autor de varios libros, entre ellos, “*Derecho Penal en las relaciones laborales públicas y privadas*” y “*La Policía Judicial en el sistema penal acusatorio*”, y ha coordinado los libros “*Derechos Humanos, fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*”, “*Derecho Internacional Humanitario*”, “*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, “*Conflicto y acuerdo humanitario*”, “*Multiculturalismo, interculturalidad y derechos humanos*”, publicados por la Universidad Libre.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
ALVI IMPRESORES LTDA.
Tels.: 250 1584 - 544 6825
en el mes de noviembre de 2011.