

LA INFLUENCIA DE MAURICE HAURIU EN CARL SCHMITT: DEL GIRO INSTITUCIONALISTA AL PENSAMIENTO DEL ORDEN CONCRETO

THE INFLUENCE OF MAURICE HAURIU IN CARL SCHMITT: FROM THE INSTITUTIONAL TURN TO THE CONCRETE ORDER THINKING

Tomás Wieczorek

Universidad de Buenos Aires / CONICET

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CARLSCHMITT, DEL CENTRISMO DECISIONISTA AL GIRO INSTITUCIONALISTA.- 1.1. Las marcas de la influencia de Maurice Hauriou en Carl Schmitt.- 1.2. El giro institucional de Carl Schmitt.- II. DE LA III REPÚBLICA A WEIMAR: SUPERLEGALIDAD CONSTITUCIONAL, DERECHOS INDIVIDUALES Y ORDENACIONES INSTITUCIONALES.- 2.1. La obediencia previa, de la disciplina administrativa a la revolución legal.- 2.1.1. La obediencia previa como prima de legalidad y palanca de la revolución legal- 2.1.2. La “obéissance préalable” de Hauriou.- 2.2. Derechos individuales y garantías institucionales de la constitución.- 2.2.1. Hauriou: Derechos individuales y garantías de la libertad.- 2.2.2. Schmitt: Derechos fundamentales y garantías institucionales.- 2.3. La superlegalidad constitucional del orden individualista.- 2.3.1. La superlegalidad de Hauriou.- 2.3.2. Schmitt y la superlegalidad constitucional.- 2.4. La teoría de la institución y el pensamiento del orden concreto.- 2.4.1. Los órdenes concretos de Schmitt.- 2.4.2. La teoría de la institución de Hauriou.- III. CONCLUSIONES

Resumen: El artículo se centra en la influencia de Maurice Hauriou en el giro institucionalista que condujo a Carl Schmitt desde el decisionismo al pensamiento del orden concreto. Para ello, y luego de un encuadramiento histórico y crítico, se aborda la cuestión de la “obediencia previa”, se cotejan sus respectivas visiones de los derechos individuales y de las garantías institucionales en la constitución moderna, se analiza la recepción schmittiana de la doctrina de la superlegalidad de Hauriou, y se comparan la teoría de la institución del francés con el pensamiento del orden concreto del alemán; a cada uno de estos aspectos se dedica una sección. Como resultado, se concluye que la importante influencia de Hauriou en el giro institucionalista de Schmitt palidece con la definitiva adopción por parte de este último de su pensamiento del orden concreto.

Abstract: The article focuses on Maurice Hauriou's influence on the institutionalist turn that led Carl Schmitt from decisionism to the concrete order thinking. To this aim, and after a historical and critical framing, the article addresses the question of "prior obedience", compares their respective visions of individual rights and institutional guarantees in the modern constitution, analyzes the Schmittian reception of Hauriou's doctrine of superlegality, and compares the Frenchman's theory of institution with the German's concrete order thinking; a section is devoted to each of these aspects. As a result, it is concluded that Hauriou's important influence on Schmitt's institutionalist turn pales with the latter's definitive adoption of his concrete order thinking.

Palabras clave: Carl Schmitt, Maurice Hauriou, giro institucionalista, institucionalismo, pensamiento del orden concreto.

Key Words: Carl Schmitt, Maurice Hauriou, institutional turn, institutionalism, concrete order thinking.

I. INTRODUCCIÓN: CARL SCHMITT, DEL CENIT DECISIONISTA AL GIRO INSTITUCIONALISTA

La fama de Carl Schmitt (1888-1985) está indudablemente asociada a su identificación de la distinción entre amigo y enemigo como criterio conceptual que especifica a los motivos y acciones políticas, a la postulación de la teología política como metodología de las ciencias del espíritu, y a su cultivo de lo que, bajo el signo del problema de la forma que domina a la filosofía continental de entreguerras, denominó decisionismo jurídico. El gran aporte decisionista consiste afirmar que, aunque coimplicados en la forma jurídica, la norma y la decisión son dos elementos heterogéneos y relativamente autónomos, y que la realización de toda idea jurídica en cualquiera de sus configuraciones (legislativo, administrativo, judicial) está siempre mediada por una autoridad personal.

En la visión decisionista, el encuadramiento de la realidad jurídica por medio de la reducción del derecho a la norma, formalismo normativista elevado a teoría general por Hans Kelsen, presupone una relativa "normalidad", es decir, una correspondencia general entre realidad empírica y ordenamiento legal. Pero, al menos desde el punto de vista de la mutua correspondencia entre normatividad y facticidad, la realidad jurídica no es en todo momento y lugar "normal". Por ello, en sus obras decisionistas Schmitt opta por un enfoque centrado en los "casos límite", que considera más adecuado al derecho político. A diferencia de las meras reclamaciones constitucionales, en los litigios constitucionales en sentido eminente –tales como las declaraciones de estados de sitio, de emergencia y de excepción, el dictado de legislación de emergencia,

la declaración de inconstitucionalidad de la legislación, o la ejecución de la garantía federal– se contraponen, en torno a una materia contenciosa, autoridades (individuos e instituciones) concretas que afirman obrar conforme al derecho y la constitución. En tales casos, la irreducibilidad de la realidad jurídica a la forma de un sistema jerárquico y no contradictorio de normas se torna evidente, y la relativa autonomía entre norma y decisión se revela en su máxima intensidad.

Según la doctrina decisionista de Carl Schmitt, estos casos límite del derecho político se inscriben en el campo de la teoría de la soberanía, cuyo núcleo es una peculiar posición de interioridad-exterioridad en relación con el orden jurídico estatal de profundas implicancias para las teorías del Estado y de la constitución. Para la teoría del Estado de Schmitt, el “soberano” es, en relación con el interior de la unidad política, el decisor eminente sobre el estado de excepción¹, mientras que en relación con otras unidades políticas es el decisor sobre los frentes públicos de amistad y enemistad². Para su teoría de la constitución, “soberana” es un tipo peculiar de dictadura que, a diferencia de la clásica dictadura comisaria de origen romano, no consiste en una puesta en suspensión del orden jurídico ordinario en favor de una magistratura a la que se concede un poder jurídico inmediato en vistas de la preservación del cuerpo político, sino de un tipo de dictadura específicamente moderna que, invocando la representación del pueblo, dicta una nueva constitución conforme a principios suprapositivos de justicia³.

Acompasando un momento de relativa estabilidad de la República alemana, la producción schmittiana alcanza el momento cenital de su fase decisionista con la publicación de su *Teoría de la Constitución*⁴ del año 1928, una obra que en el contexto de la producción de Schmitt destaca por su sistematicidad y relativo suprapartidismo⁵. En ella el jurista ensaya una teoría general de la constitución moderna y un cuerpo de doctrinas acerca de la constitución de Weimar con las que se propone

¹ Carl Schmitt, “Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía”, en *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009 [1922], pp. 11-58.

² Carl Schmitt, “El concepto de lo político (texto de 1932)”, en *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 2018, pp. 53-109.

³ En el cuadro histórico que delinea Schmitt, a la revolución francesa corresponden el poder constituyente de la nación y la sistemática del derecho natural racional de la ilustración como apoyatura, mientras que la revolución bolchevique se afirma en la clase proletaria como titular del poder constituyente y en la filosofía de la historia marxista como principio de suprapositivo de justicia. A la luz de estos parámetros teóricos, la unidad política y su forma concreta son el resultado de una decisión ordinativa soberana, ya de un príncipe barroco cuasi-trascendente a lo social, ya de una Asamblea o consejo que desde la inmanencia de lo social dicta el derecho justo (Carl Schmitt, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza, Madrid, 2013 [1921]).

⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011[1928].

⁵ Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998, p. 108.

cimentar la Carta de 1919 frente a las que considera son dos formas principales de relativización científica e ideológica: por un lado, frente a la funcionalización operada por el positivismo normativista y la relativización axiológica que le es inmanente, afirmará su núcleo democrático-liberal; por otro, se opondrá a los esfuerzos socialdemócratas dirigidos a instrumentalizarla como una plataforma transicional hacia el socialismo⁶. Como resultado, Schmitt se opone cabalmente a la comprensión estatutaria o textualista del artículo 76 de la constitución de Weimar, doctrina entonces dominante, para la cual este legislador extraordinario es competente para reformar totalmente la constitución. Para Schmitt, las decisiones a favor de la democracia republicana, el Estado de derecho burgués y la estructura federal de Estado son decisiones fundamentales irrevocables en el marco de la propia constitución. Esta argumentación tiene, como contrapartida, una relativización del significado positivo de la decisión en favor del parlamentarismo –que para Schmitt es un “sistema de gobierno”, pero no una “forma de Estado”–, así como de buena parte de las prescripciones de la segunda parte principal de la constitución de Weimar, dedicada a los derechos y deberes de los alemanes. Esta parte de la carta de Weimar es para Schmitt el resultado de “una reunión de programas y prescripciones positivos basados en los más distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos”, entremezclándose allí “[g]arantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico (...) en una síntesis con frecuencia confusa”⁷. Pero, vale resaltar, a su juicio esta heterogeneidad ideológica y jurídico-material que informa a la segunda parte de la constitución no encuentra un correlato en la primera parte, que estructura al Estado de acuerdo con los principios de organización y distribución del Estado de derecho burgués⁸.

Las oscuridades, ambigüedades y contradicciones del texto constitucional no pueden, en opinión de Schmitt, ser resueltas por un tribunal estatal o administrativo (*Staats- oder Verwaltungsgerichtshof*). Ante la falta de conceptos claros de disputa o litigio constitucional y de capacidad de las partes, y “en vista de la fuente inagotable de desacuerdos que re-

⁶ Tomás Wiczorek, “Carl Schmitt, amigo de Weimar. Notas en torno a la *Verfassungslehre* como teoría y doctrina de la constitución”, *Isonomía*, n° 56, pp. 29-70.

⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 67.

⁸ De acuerdo con el principio de distribución del Estado de derecho burgués, los derechos de libertad del individuo –en tanto particular– son anteriores al Estado, de modo que “la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio.” Según el principio de organización, por su parte, “el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas”, y se concretiza en la doctrina de la distinción (y mal llamada división) de poderes entre Legislación, Administración y Justicia, que desde el siglo XVIII ha pasado a ser “contenido necesario de una Constitución liberal y auténtica.” (Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 183)

presenta la segunda parte principal [de la constitución, relativa a los derechos y deberes de los alemanes] y del inmenso número de interesados que pueden invocar sus diversas garantías”, “tal Tribunal Estatal sería en realidad un monstruoso órgano de control central universal, un monstruo de la jurisdicción que tendría que juzgar todos los asuntos legislativos, gubernamentales, administrativos y judiciales del *Reich* alemán y sus *Länder*.”⁹ La resolución de litigios de esta naturaleza corresponde, para Schmitt, a los órganos políticos fijados por la constitución. Esta es la tesis central que atravesará su posterior polémica con Hans Kelsen, a lo largo de la cual Schmitt termine por identificar al presidente del *Reich* con el papel institucional de “guardián de la constitución”¹⁰. Así, Schmitt interpreta en un sentido amplio las prerrogativas de la dictadura comisarial del presidente del Reich que, ante situaciones excepcionales, contempla el art. 48 de la constitución de Weimar: en particular, considera que la enumeración de derechos suspendibles se debe a que se trata de auténticos derechos fundamentales de libertad, sin que esto suponga que otros derechos no fundamentales, así como determinadas garantías institucionales consagradas en la constitución, no puedan ser suspendidos.¹¹

La defensa de la constitución es, para Schmitt, la defensa de su sustancia, y contra la doctrina entonces predominante acerca del legislador del artículo 76, de acuerdo con la cual este legislador constitucional es competente para reformar totalmente la constitución, las decisiones fundamentales sobre la forma política son irreformables en el marco de la propia legalidad constitucional. Pero, aunque adecuada para apuntar su fundamento (“La Constitución de Weimar vale porque el Pueblo alemán «se la ha dado»”¹²), la identificación schmittiana de la constitución con una decisión política soberana instituyente del orden jurídico y, por lo tanto, fuera de los límites de toda normatividad, hace imposible el encuadramiento jurídico de su sustancia. De modo que, ante la cuestión de la defensa de la constitución, el déficit teórico del

⁹ Carl Schmitt, “Zehn Jahre Reichsverfassung”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 34-40, aquí pp. 37-38.

¹⁰ Ver Leticia Vita, “El conflicto de Prusia contra el Reich”, en Jesús Casquete y Javier Tajadura (eds.), *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 251-274; Leticia Vita (ed.), *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015; Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

¹¹ Carl Schmitt, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, op. cit., pp. 210-212; Carl Schmitt: “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung”, en Gerhard Anschütz, Karl Bilfinger, Carl Schmitt y Erwin Jacobi, *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, de Gruyter, Berlín/Leipzig, 1924, pp. 63-104; Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 267-168.

¹² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 43.

abordaje estrictamente decisionista es palmario. Como resultado de esta limitación teórica, hasta fines de la década de 1920 Schmitt todavía dis-cierne la sustancia de la constitución de Weimar por una vía predomi-nantemente indirecta: así, la de la Asamblea Nacional de Weimar había sido una decisión en favor de la democracia atemperada por el Estado de derecho burgués y el federalismo *porque* no era constitución económica, ni soviética ni corporativista. Incluso los principios de organización y distribución del Estado de derecho burgués carecen hasta aquí de otro fundamento que el de una genealogía que Schmitt remonta a la lucha de la ascendiente burguesía contra el Estado absolutista. Así, y evocando la sentencia de Gerhard Anschütz que Schmitt lanzara socarronamente contra Kelsen, ante la pregunta por la sustancia jurídica de la constitu-ción el decisionismo concluye que allí “acaba el derecho político”¹³.

Pero al calor de la crisis de Weimar que sobreviene al crac de 1929 Schmitt comienza a adoptar una nueva perspectiva en torno de los pro-blemas de la unidad y el orden político y constitucional que, en retrospec-tiva, calificará como una superación de su decisionismo previo. Este vi-raje de Schmitt, que siguiendo a Croce y Salvatore aquí consideramos un “giro institucionalista”¹⁴, supone un apartamiento de sus preocupaciones previas sobre la teoría de la soberanía y un relativo abandono del enfo-que de los casos límite en favor de la relación entre normalidad jurídica y regularidad empírica en términos de publicidad y duración. A la luz de sus nuevas coordenadas teóricas la constitución de 1919 no será simple-mente el resultado de una decisión *ex nihilo* en favor de la democracia y el Estado de derecho, sino un ordenamiento normativo que se funda en una realidad jurídica anterior al propio texto constitucional: una realidad institucional que subtiende e informa a la legalidad estatal.

El resultado de este viraje, como él mismo consigna en su intro-ducción a la segunda edición (1933) de *Teología Política*, es que para esa época Schmitt ya no distinguiría

dos, sino tres formas de pensamiento científico-jurídico, a saber: además del normativista y del decisionista, el tipo institucional. (...) Mientras que el normativista puro piensa en la regla impersonal, y el decisionista realiza el derecho justo de la situación política correctamente conocida mediante una decisión personal, el pensamiento jurídico institucional se despliega en ordenaciones y configuraciones suprapersonales.¹⁵

¹³ Carl Schmitt, “Teología política...”, p. 19. Según informa el editor a la edición castellana, la cita corresponde a la 7ª edición (1919), a cargo de Gerhard Anschütz, del *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* (Berlín, Duncker & Humblot, 2005) de Georg Meyer.

¹⁴ Mariano Croce y Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, New York, 2012.

¹⁵ Carl Schmitt, “Advertencia previa a la segunda edición (1933)”, en *Teología política*, *op. cit.*, p. 12.

Este conocimiento, prosigue Schmitt, se lo ha procurado el desarrollo de su “doctrina de las «garantías institucionales» en la ciencia jurídica alemana, y la ocupación con la profunda y significativa teoría de Maurice Hauriou.”¹⁶ La oposición entre el decisionismo y el normativismo como dos formas polares de pensamiento jurídico es recuperada poco después por Schmitt a la hora de postular al “pensamiento del orden concreto” [*konkretes Ordnungsdenken*] o “pensamiento concreto de los órdenes y las configuraciones” [*Konkretes ordnungs- und gestaltungsdenken*] como una perspectiva superadora de esta antigua dicotomía. Schmitt califica entonces a la teoría de la institución de Maurice Hauriou como “el primer intento sistemático de restaurar el pensamiento del orden concreto”¹⁷, fórmula que –como veremos más adelante– prefiere a la de “pensamiento institucional”. Estas indicaciones de Schmitt nos conducen directamente a la figura de Hauriou.

Maurice Hauriou (1856-1929)¹⁸ fue uno de los grandes maestros del derecho público francés del siglo XX. Jurista católico, liberal y republicano, tuvo un vasto magisterio en los campos del derecho administrativo y constitucional en la III República francesa, época de “profundos cuestionamientos acerca de la función del Estado, acerca de la unidad política, y acerca de la relación entre legalidad y legitimidad”¹⁹. Hijo de un notario nacido en una pequeña comuna rural del suroeste de Francia, se licenció (1876) y doctoró (1879) en derecho en la Facultad de Burdeos. En 1883 se incorporó como agregado a la Facultad de Derecho de Toulouse, de la que fue decano por veinte años (1906-1926). Se desempeñó primero como docente de historia general del derecho y tuvo a su cargo un célebre curso de ciencia social; en 1888 obtuvo la cátedra de derecho administrativo para pasar en 1920 a la derecho constitucional. Lejos de los círculos de poder de París, desde el sosiego de una capital de provincia y permeado por la influencia del círculo del *Café de la Paix*, asumió tempranamente un punto de vista interno a la Administración que, como destaca Schmitt, mantendría a lo largo de toda su trayectoria²⁰. La figura de Hauriou está indeleblemente asociada al institucionalismo jurídico europeo clásico. Esto no supone adscribirlo a una “escuela” en sentido estricto, sino más bien identificarlo como parte de un movimiento renovador de la ciencia jurídica europea que, en torno de ciertos postulados teóricos compartidos, agrupa a figuras como Santi Romano, Sergio Panunzio, Cesarini Sforza y

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Carl Schmitt, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, en *Posiciones ante el derecho*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 245-315, aquí p. 301.

¹⁸ Arturo Enrique Sampay, “Prólogo”, en Maurice Hauriou, *Teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968[1925], pp. 7-24.

¹⁹ Martin Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 96.

²⁰ Carl Schmitt, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, *op. cit.*, p. 302.

Constantino Mortati en Italia y Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph Thomas Delos y el joven Georges Gurvitch en Francia. El rechazo al positivismo estatalista bajo las formas del formalismo normativista y el monismo legislativo, la noción de que el derecho no es “regla” ni “mandato”, sino “institución”, y una visión pluralista del derecho dispuesta a admitir una dimensión jurídica en toda manifestación regular de la vida social, de la que el derecho estatal es sólo una parte, son motivos fundamentales en torno a los cuales convergen estos teóricos del derecho y Estado²¹.

La visión de la ciencia jurídica de Hauriou se distinguió por la integración de una pluralidad de perspectivas y por la riqueza de sus materiales, elaborando a lo largo de su obra una epistemología que se caracterizó por el sincretismo entre el neotomismo, la historia sociologizante al estilo de Fustel de Coulanges, el cientificismo de Comte y el vitalismo de Bergson. Sobrepasó por mucho el normativismo estatalista para implicarse en un fructífero diálogo con la emergente sociología científica, sin descuidar entretanto la gran historia constitucional europea, el derecho comparado y la historia de las ideas políticas y morales²². Desde una posición que llamó “tradicional”, y que es inescindible de su legado católico, se apartó de la sustancialización suprapersonal de lo social como “conciencia” u “organismo” de las sociologías de Emile Durkheim y Tarde. Contra lo que consideró reduccionismos pseudo-realistas, afirmó que “el verdadero realismo es tener una preocupación por tomar todos los hechos en consideración”²³, incluidos los hechos morales. Hauriou pretendió alejarse tanto del “subjetivismo” jurídico y su reducción de la persona al mero sustrato de la voluntad como de la “revancha objetivista” de Duguit y Kelsen y su dilución de la persona jurídica²⁴. Restaurando para la ciencia jurídica el problema moral en toda su dignidad, se opuso a la reconducción de la realidad social al mecanicismo conductual y consideró, clásicamente, que lo superior explica a lo inferior. Como administrativista Hauriou fue el

²¹ Martin Loughlin, “Law as Institution”, en *Political Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 108-123; Massimo La Torre, “Teorías institucionalistas del Derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)”, *Derechos y Libertades*, n° 14, 2006, pp. 103-112; Massimo La Torre, “Institutionalism Old and New”, *Ratio Juris*, vol. 6, n° 2, 1993, pp. 24-52.

²² Éric Millard, “Le moment 1900-1925. Éléments pour une généalogie de l’Institution chez Hauriou”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 32, 2012, pp. 359-371; Christopher Gray, *The Methodology of Maurice Hauriou: Legal, Sociological, Philosophical*, Rodopi, Amsterdam-New York, 2010; Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral?”, *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, vol. 28, n° 2, 2008, pp. 307-335.

²³ Maurice Hauriou, “Les deux realismes”, *Recueil de législation de Toulouse*, n° 8, 1912, pp. 409-417.

²⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª edición, Sirey, Paris, 1929, pp. X-XII; Maurice Hauriou, “Le pouvoir, l’ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes”, *Revue de Métaphysique et de Morale*, T. 35, n°2, 1928, pp. 193-206; Maurice Hauriou, *Teoría de la institución y de la fundación. (Ensayo de vitalismo social)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968[1925], pp. 52-53.

último gran exponente de la escuela del “poder público” [*puissance publique*], contracara de la escuela del “servicio público” capitaneada por su eterno contrincante y decano de Burdeos, León Duguit. En este ámbito destacan también sus comentarios a las sentencias del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, desarrollados a lo largo de más de cuarenta años de trabajo²⁵. En el campo del derecho constitucional su teoría dualista de la constitución, su doctrina de la superlegalidad constitucional y sus aportes a la dogmática de los derechos individuales son algunas de sus contribuciones más destacadas. En el cuadro de la teoría general del derecho, la teoría de la institución de Hauriou destaca como su más alto aporte al pensamiento jurídico-político contemporáneo.²⁶

El presente artículo aborda la influencia de Maurice Hauriou en la obra de Carl Schmitt, centrándose en el giro institucionalista que lo condujo desde el decisionismo al pensamiento del orden concreto. Para ello, en la primera sección (I) se presenta la situación de la literatura especializada en la materia (1.1). Luego, se aborda la cuestión de la “obediencia previa” como una de las primas de legalidad y eventual palanca de una revolución legal (2.1), se cotejan sus respectivas visiones de los derechos individuales y de las garantías institucionales en el marco de sus respectivas teorías constitucionales (2.2), se analiza con detenimiento la recepción schmittiana de la doctrina de la superlegalidad de Hauriou (2.3), y finalmente se comparan la teoría de la institución del francés con el pensamiento del orden concreto del alemán (2.4); a cada uno de estos aspectos se dedica un apartado de la segunda sección. Como resultado, se concluye que la importante influencia de Hauriou en el giro institucionalista de Schmitt palidece con la definitiva adopción por parte de este último de su pensamiento del orden concreto.

1.1. Las marcas de la influencia de Maurice Hauriou en Carl Schmitt

El propio nombre de Carl Schmitt da testimonio de su muy estrecha conexión espiritual con la cultura de la Europa latina, dirección a la que desde un comienzo parece empujarlo su connotado catolicismo²⁷. Tanto

²⁵ Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, 3 vols., Sirey, París, 1929.

²⁶ Luego de un largo olvido en los claustros jurídicos que sólo recientemente comienza a repararse con diversas reediciones de sus obras, es la mediación de figuras como Eric Voegelin (*La nueva ciencia de la política: una introducción*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 64-66) y Carl Schmitt (de cuya recepción aquí nos ocupamos) la que ha salvado a la reflexión institucionalista de Hauriou para la filosofía y teoría políticas. Entre los trabajos recientes, destaca el tratamiento que Sandro Chignola prodiga al pensamiento institucionalista del primer Hauriou en su *Diritto vivente. Ravaisson, Tarde, Hauriou* (Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 165-225).

²⁷ Pese a una extendida creencia, avalada por otra documentación de la época, la partida de nacimiento de Schmitt acredita el nombre “Carl”, y no “Karl”. Esta opción es peculiar en el ámbito alemán –según Schmitt, un país espiritualmente dividido–, y denota un fuerte legado latino, católico y romano.

por razones temáticas (su recuperación para el ámbito alemán del pensamiento de Juan Donoso Cortés), docentes (su ininterrumpida vinculación con los claustros académicos del franquismo), e incluso biográficas (el casamiento de su hija Ánima con el catedrático Alfonso Otero Varela), la imagen de los múltiples lazos de Schmitt con España aparece en primer lugar²⁸. Sin embargo, las conexiones de Schmitt con Francia no son menos estrechas. Junto a las abundantes remisiones en su *Teoría de la Constitución* a la historia y la teoría constitucional francesas del siglo XIX, y como advierte Manfred Baldus, las huellas que a través de algunos de sus conceptos centrales conducen a Rousseau (concepto identidad democrática/concepto identitario de democracia/concepto democrático de identidad), a de Maistre (decisionismo), a Sieyès (poder constituyente) o a Hauriou (teoría institucionalista) acreditan la enorme importancia que la historia intelectual francesa tiene para la obra de Carl Schmitt. Sin embargo, “la relación de Schmitt con Francia no era meramente teórica, sino también personal.”²⁹ Su madre, educada en un convento de Lorena, le enseñó francés desde pequeño, y el inicio de su carrera académica en la Universidad de Estrasburgo lo coloca en una proximidad física con esa indudable fuente del pensamiento jurídico europeo que era Francia, a la que definió como el “país clásico de la tradición legalista” [*klassischen Land der legistischen Tradition*]³⁰. En efecto, y pese a la más bien limitada recepción de Schmitt en la Francia de entreguerras y a las naturales resistencias que su figura suscitaría en la segunda posguerra, se encuentran bien documentados los vínculos de proximidad personal que en la entreguerras ligaban a Carl Schmitt con intelectuales franceses como François Perroux, René Capitant y Jacques Maritain³¹. Aunque no hay evidencia de un contacto personal entre Carl Schmitt y Maurice Hauriou, es posible hallar en los escritos del primero una creciente admiración por la figura y obra del segundo.

Desde el ángulo documental, las referencias a Maurice Hauriou en la obra de Schmitt comienzan en su estudio sobre *El parlamentarismo*³².

²⁸ Miguel Saralegui, *Carl Schmitt, pensador español*, Trotta, Madrid, 2016.

²⁹ Manfred Baldus, “Carl Schmitt im Hexagon. Zur Schmitt-Rezeption in Frankreich”, *Der Staat*, vol. 26, n° 4, 1987, pp. 566-586.

³⁰ Carl Schmitt, “Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44)”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, op. cit., pp. 386-426, aquí p. 406. En esta conferencia, “que fue pronunciada varias veces por Schmitt, dos de ellas en España, entre los años 1943 y 1944” (Montserrat Herrero, “Estudio preliminar”, en Carl Schmitt, *Posiciones ante el derecho*, op. cit., p. XXIX), Schmitt también califica a Hauriou como “[u]n jurista francés de rango europeo” (p. 424).

³¹ Alain de Benoist, “Carl Schmitt y su recepción en Francia”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, vol. 1, n° 23, 2019, pp. 3-30.

³² La primera referencia a Maurice Hauriou en la obra de Schmitt tiene lugar en *La actual situación histórico-espiritual del parlamentarismo* (Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990[1923], pp. 52 y 64), donde el maestro tolosano es invocado al apuntar la naturaleza *discutidora* de la burguesía.

A principios de la década de 1930 el alemán deja constancia en su diario de la lectura del maestro tolosano³³, a quien califica por entonces como un “eminente profesor francés de derecho político”³⁴. En su diario de posguerra Schmitt anota estar impresionado por su “preocupante familiaridad” con el francés, en quien reconoce “un hermano mayor”³⁵. Deja también constancia de su profunda afinidad con el “realismo conceptual” de Hauriou, cuyo “sentido de la forma es grandioso y su capacidad de despreocupada contemplación hacia la *Wesensschau* jurídica es maravillosa”; incluso lo considera, “para su época, más importante que todos los otros”³⁶. En su última gran obra, *El Nomos de la Tierra* (1950), Schmitt define a Hauriou como “el maestro de nuestra ciencia”³⁷, la ciencia jurídica europea, valoración que reitera en uno de los corolarios agregados a la edición definitiva de *El concepto de lo político* (1963)³⁸. Ya nonagenario, en una entrevista del año 1982 Schmitt califica a Hauriou y a Santi Romano como su “maestros” o, más precisamente, sus “precursores”³⁹.

Desde el ángulo teórico-categorial se revela una tendencia igualmente significativa. A partir del ocaso de Weimar, cuando lo ocupe la cuestión de la defensa de la sustancia de la constitución, hasta su último gran ensayo, publicado con motivo de su nonagésimo aniversario, centrado en las posibilidades de una “revolución legal mundial” legitimada por las modernas “ideologías del progreso como motivos impulsores de la superlegalidad”⁴⁰, el recurso de Schmitt al concepto de “superlegalidad constitucional” de Hauriou es acaso el principal indicio de la persistente influencia del francés en la labor del germano. Entretanto, en *El Nomos de la Tierra* y en la última edición de *El concepto de lo político* Schmitt recupera de Hauriou la noción de que, junto a los dualismos interno-externo y público-privado que estructuran el derecho del Estado, el equilibrio político-económico afirmado en la separación entre la centralización pública de los derechos de dominación y la descentralización de la economía privada es una nota esencial del Estado moderno.⁴¹

³³ Carl Schmitt, *Tagebücher 1930-1934*, Akademie, Berlin, 2010, pp. 147 y 353.

³⁴ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971[1932/1968], p. 78.

³⁵ Carl Schmitt, *Glossarium. Anotaciones desde 1947 hasta 1958*, El Paseo, Sevilla, 2021, pp. 17-18.

³⁶ *Ibidem*, pp. 136, 138, 43 y 136 respectivamente.

³⁷ Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Jus Publicum Europaeum”*, Struhart & Cía, Buenos Aires, 2005[1950], p. 217.

³⁸ Carl Schmitt, “Sobre las posibilidades y elementos no estatales del derecho internacional”, en *El concepto de lo político*, *op. cit.*, p. 150.

³⁹ Fulco Lanchester, “Carl Schmitt, un jurista frente a sí mismo. Entrevista de Fulco Lanchester a Carl Schmitt”, *Carl-Schmitt-Studien*, vol. 1, n° 1, 2017, pp. 213-214.

⁴⁰ Carl Schmitt, “La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 10, 1979, pp. 5-24.

⁴¹ Carl Schmitt, “Sobre las posibilidades y elementos no estatales del derecho internacional”, *op. cit.*, p. 150; Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra...*, *op. cit.*, pp. 217 y 271.

1.2. El giro institucional de Carl Schmitt

Entre los años decisivos de 1929 y 1933, que en retrospectiva son los del colapso o derribo de Weimar, Carl Schmitt llega a la cátedra de derecho constitucional en la *Handelshochschule* de Berlín. A lo largo de los años del “sistema presidencialista de Weimar”, Schmitt asume el papel público de principal ideólogo jurídico del gabinete de los Barones y mantiene estrechos contactos con el círculo presidencial, a través del teniente coronel Ott y el general Schleicher. Delinea por entonces un programa de despolitización autoritaria de la economía que define como la implantación de un estado total “cualitativo”⁴², y aboga ante el Tribunal del Reich en favor de la intervención federal en Prusia que depuso al gobierno socialdemócrata del *Land* y nombró en su lugar a Franz von Papen como comisario del Reich. En enero de 1933 se coloca en el bando de los complotados con el intento de golpe de Estado von Schleicher, que consideró el último recurso contra Hitler; luego de su ascenso a la cancillería en marzo de 1933 Schmitt anota en su diario que “todo está perdido”. En mayo de 1933 se afilia al partido nacionalsocialista y pronto alcanza la cátedra de derecho político de Berlín. Designado consejero de Estado de Prusia, luego de la “noche de los cuchillos largos” define al Führer como un protector del derecho y un hacedor inmediato de la justicia⁴³, y se lanza a una infame persecución contra lo judío en la ciencia jurídica alemana. Su carrera ascendente al interior del régimen, sin embargo, se ve trabada por denuncias de las SS respecto a su lealtad ideológica al movimiento, que para 1936 lo apartan de los primeros lugares del régimen.⁴⁴

Estos virajes políticos suponen también una serie de discontinuidades teóricas y doctrinarias capitales. En primer lugar, ya en la era del sistema presidencialista de Weimar Schmitt abandona su defensa del Estado de derecho “clásico” para argumentar en favor de la plena fuerza de ley de las disposiciones adoptadas por la dictadura presidencial⁴⁵. En

⁴² Influidor por Johanness Popitz, con quien entró en contacto en la *Handelshochschule* de Berlín, Schmitt considera que en una era de interpenetración total entre Estado y sociedad el parlamentarismo de coalición lábil de Weimar deviene una policracia económica que pluraliza facciosamente el proceso de formación de la voluntad política del Estado y sus resortes administrativos y de poder. Contra este Estado total “cuantitativo” se recorta su proyecto de un Estado total “cualitativo” (Carl Schmitt, “Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932)”, en *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Dunker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 71-91).

⁴³ Carl Schmitt, “Der Führer Schützt das Recht (1934)” en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hanseatische Verlagsanstalt, Berlin, 1940, pp. 199-203.

⁴⁴ Para un excelente estado de la cuestión historiográfica sobre Schmitt, ver: José Luis Villacañas Berlanga, “Weber y Schmitt sobre Weimar: la legitimidad de una continuidad”, en José Luis Villacañas Berlanga y Jordi Maiso Blasco (dirs.), *Laboratorio Weimar: La crisis de la globalización en Euroamérica (1918-1933)*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 69-109.

⁴⁵ En su *Teoría de la Constitución (op. cit.)* Schmitt es cabal tanto en su apuntalamiento de los derechos individuales de libertad como fundamento de la reserva de ley como en

segundo lugar, las cláusulas generales de la legislación, que poco antes había combatido por el amplio radio que dejaban a la discrecionalidad de la administración y la judicatura, pasan a ser la vía preferida por Schmitt para la legalización jurisdiccional del nuevo ordenamiento nacionalsocialista⁴⁶. En tercer lugar, la despolitización autoritaria de la economía en que había consistido el programa de Schmitt en los días finales de Weimar contrasta con su posterior apoyo público a la politización totalitaria de las organizaciones económicas –asociaciones, ligas y sindicatos– emprendida por el nacionalsocialismo. Por fin, para entonces Schmitt también habrá abandonado su antigua identificación del monopolio estatal de lo político como atributo inherente a la soberanía estatal para abrazar, con su teoría de la tripartición de la unidad política entre Estado, movimiento y pueblo, la pluralización de la autoridad estatal motorizada por Hitler⁴⁷. El propio Schmitt afirma, al término de estos años decisivos, haber abandonado el decisionismo jurídico en favor de lo que primero denomina un pensamiento “institucionalista”, y luego “pensamiento concreto de los órdenes y las configuraciones”.

Toda esta serie de contrastes teóricos y políticos ha merecido muy diversas interpretaciones. Paradojalmente, buena parte de la literatura especializada ha tendido a centrarse en los aspectos continuistas que subtenderían a estos virajes teóricos. Así, desde el ocasionalismo que ya en los años treinta le atribuyera Karl Löwith⁴⁸, obras en cierta medida afines a la autointerpretación elaborada por Schmitt desde la segunda posguerra como las de Joseph Bendersky⁴⁹ y Ellen Kennedy⁵⁰, tienden a reparar más bien en la lealtad, no exenta de oportunismo, que a través de los cambios de régimen Schmitt profesó siempre al *Reich* alemán y a sus autoridades legalmente establecidas. Bajo la inspiración de la teoría crítica, trabajos como los del Franz Neumann⁵¹, Ingeborg Maus⁵² o Richard

su recuperación del concepto material de ley y el consecuente rechazo a la equiparación funcionalista entre ley y medida. A partir de 1930 Schmitt abandona progresivamente esta posición, apelando a una estrategia argumental elusiva: no fundamenta la plena validez conforme a sus propias posiciones teóricas, sino que lo asume como una realidad jurídica seguida de la jurisprudencia y la doctrina dominantes.

⁴⁶ Carl Schmitt, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, *op. cit.*

⁴⁷ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933.

⁴⁸ Karl Löwith, “El decisionismo ocasional de Carl Schmitt”, en *Heidegger, pensador de un tiempo indigente*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, pp. 43-89.

⁴⁹ Joseph Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, Princeton University Press, Princeton, 1983.

⁵⁰ Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la república de Weimar. La quiebra de una constitución*, Tecnos, Madrid, 2012[2004].

⁵¹ Franz Neumann, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F., 1983[1942].

⁵² Ingeborg Maus, “The 1933 «Break» in Carl Schmitt’s Theory”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n° 1, 1997, pp. 125-140.

Wolin⁵³ coinciden en destacar la función social unitaria y coherente de Schmitt como ideólogo jurídico-político del gran capital monopolista alemán, unidad que subtiende a sus palmarias discontinuidades teóricas. Por fin, trabajos en clave teológico-política como los de Heinrich Meier⁵⁴ o David Bates⁵⁵ tienden a interpretar al pensamiento jurídico y político de Schmitt como una teología velada desde los comienzos de su obra, que desemboca con naturalidad en su programa de “institucionalización” del régimen nacionalsocialista. Como resultado de estas lecturas tendientes a subrayar, desde diversos ángulos, las líneas de continuidad del pensamiento de Schmitt, la especificidad del giro institucionalista que lo lleva del decisionismo al pensamiento del orden concreto queda analíticamente diluida.

La pregunta por el enfoque institucionalista de Schmitt, como algo distinto de su decisionismo previo, ha ganado identidad en la literatura especializada de las últimas décadas. Más interesada en el concepto de “institución” del jurista de Plettenberg, esta literatura tiende a converger en el destaque de la influencia de Maurice Hauriou a este respecto. Pero, como veremos, el significado concreto de esta influencia suscita algunos consensos superficiales a la par que arroja hipótesis globales contradictorias. Así, por un lado Jens Meierhenrich⁵⁶ propone una lectura continuista del institucionalismo de Schmitt: no como un “giro” o “momento”, sino como una constante que atraviesa toda su obra entre las décadas de 1920 y 1940. No se trataría, por lo tanto, de una etapa de su pensamiento, sino de “su enfoque teórico predominante” o “su esencia”⁵⁷. Para Meierhenrich la teoría de la institución schmittiana no es sino la serie de respuestas que el jurista da a la pregunta siempre renovada por el Estado como *orden de órdenes*, en una trayectoria de continua radicalización frente a la cambiante configuración del contexto político e intelectual ale-

⁵³ Richard Wolin, “Carl Schmitt, political existentialism, and the total state”, *Theory and Society*, vol. 19, n° 4, 1990, pp. 389-416.

⁵⁴ Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt: Four Chapters on the Distinction between Political Theology and Political Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

⁵⁵ David Bates, “Political Theology and the Nazi State: Carl Schmitt’s concept of the institution”, *Modern Intellectual History*, vol. 3 n° 3, 2006, pp. 415-442.

⁵⁶ Jens Meierhenrich, “Fearing the Disorder of Things. The Development of Carl Schmitt’s Institutional Theory, 1919-1942”, en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (eds.) *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, Oxford, pp. 171-216.

⁵⁷ Su búsqueda de una solución institucional al problema del orden político fue la bisagra intelectual que conecta sus escritos de la época de Weimar con los de la época nazi. (...) El objetivo primordial de Schmitt en este periodo era identificar un *ordo ordinans* sostenible -un orden de ordenación-, nada más y nada menos. En todo momento, delinear los fundamentos institucionales de este orden autoimpuesto era de mayor importancia para él que definir los valores que protegería. Mientras alguna forma de contenido cultural estuviera casada con una forma institucional sostenible, todo estaba en orden. Es esta vacuidad sustantiva de la teoría institucional de Carl Schmitt la que explica su amplio atractivo, entonces y ahora. (*Ibidem*, pp. 203 y 205).

mán. En esta lectura, decisionismo e institucionalismo no se contraponen ni yuxtaponen, sino “que este último engloba al primero, y (...) su génesis se remonta al principio de la carrera de Schmitt.”⁵⁸ Contra quienes identifican el inicio de la reflexión institucionalista de Schmitt con el ascenso del nazismo al poder, Meierhenrich advierte que aquél “articuló su concepto de órdenes concretos (*“konkrete Ordnungen”*) en 1934, pero esta era sólo una de las muchas instituciones que jugaron un papel en [su] teoría de la institución”⁵⁹. De hecho, los “órdenes concretos” no son, para este autor, sino una institución “inventada” por Schmitt.⁶⁰ Meierhenrich advierte que el recurso a Hauriou “permitió a Schmitt relacionar teóricamente las identidades con las instituciones, especialmente en el caso del Estado como institución *primus inter pares* (...). Schmitt utilizó la erudición de Hauriou de forma selectiva para reforzar su argumento (...) sobre la centralidad del Estado para la creación y el mantenimiento del orden político.” Sin embargo, las ricas intuiciones de Meierhenrich acerca del institucionalismo de Schmitt se pierden en el cotejo con un concepto lábil y constructivista de “institución” de su propia factura.⁶¹

Por su parte, Hans Lindhal caracteriza al pensamiento del orden concreto de Schmitt como el resultado de una radicalización de la crítica schmittiana al normativismo kelseniano, que evalúa incapaz tanto de captar la prelación real entre Estado y orden jurídico como de asir la singularidad de cada unidad política concreta⁶². Pero, como sucede con otros conceptos claves de su léxico –muy notoriamente, el de unidad política–, Schmitt es elusivo respecto a qué es lo que hace “concreto” y “ordenado” a un “orden concreto”, y Lindhal se propone traer claridad sobre este concepto explorando “cómo la acción colectiva puede iluminar[lo]”⁶³. La tarea concluye, por necesidad, en su propia elaboración de un concepto de orden concreto⁶⁴. Entretanto, y aunque explícitamente elude desarrollar este aspecto –remitiendo en este punto al trabajo de Croce y Salvatore–, Lindhal afirma que “Schmitt se inspira en Hauriou,

⁵⁸ *Ibidem*, p. 172.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 178.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 179.

⁶¹ Las instituciones, para este autor, son “reglas de juego: determinan quién puede participar en la política y cómo se toman las decisiones. Pero, además de configurar el comportamiento estratégico de cualquiera que se vea afectado por el juego político, las instituciones también encajan -y constituyen- las identidades.” (*Idem*).

⁶² Hans Lindahl, “Law as concrete order. Schmitt and the problem of collective freedom”, en David Dyzenhaus y Thomas Poole (eds.), *Law, Liberty and the State. Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 38-64.

⁶³ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁴ Según hipotetiza, un orden concreto es “la unidad de un cuádruple múltiple que, como unidad, (1) selecciona los tipos de lugares, agentes, tiempos y actos que son relevantes para realizar el punto de la acción conjunta y (2) diferencia e interconecta el quién, el qué, el dónde y el cuándo de la acción conjunta en las dimensiones de un orden único.” *Ibidem*, pp. 50-51.

quien arguye que el orden legal puede ser mejor entendido como una institución”⁶⁵, evocando a la definición tripartita de la institución de la *Teoría de la institución y la fundación* del tolosano. Aunque para Lindhal esta recepción contribuye a clarificar su planteamiento en el terreno de la acción colectiva, la mera referencia schmittiana al carácter “suprapersonal” de los órdenes concretos no alcanza a responder al problema de la formación de una perspectiva comunitaria en primera persona del plural, aspecto que interesa centralmente a Lindhal, sino apenas a indicarlo.

Los filósofos Mariano Croce y Andrea Salvatore, en cambio, asumen la hipótesis de un “giro institucional” de Schmitt que tiene lugar a comienzos de la década de 1930, cuando el jurista comienza a revisar su teoría constitucional de 1928 haciéndose cada vez más consciente del papel de la visión institucionalista en su propia idea del derecho. Más aún, “[a] partir de 1932 Schmitt considera que la constitución no se apoya en sus garantías institucionales, sino que se compone de sus garantías institucionales. En consecuencia, el análisis ya no se centra en la excepción sino en la situación normal, ya no en la relación dialéctica entre norma y decisión sino en la relación dialéctica entre norma y orden, y ya no en conceptos polémicos sino en perspectivas más constructivas.”⁶⁶ En opinión de Croce y Salvatore, el movimiento hacia un enfoque institucional de Schmitt no debe ser interpretado como un cambio de mentalidad oportunista en función de la mudable coyuntura alemana, sino “como una solución operativa para algunos dilemas teóricos que lo habían preocupado por largo tiempo”⁶⁷. Para Croce y Salvatore el pensamiento institucionalista es, en lo esencial, un modo de superar la carencia de cualquier *ratio decidendi* que caracterizaba la respuesta decisonista al problema del orden político y legal, y un modo de comprender el “milagro de *e pluribus unum*”, es decir el pasaje de la multiplicidad social a la unidad política a partir de los vínculos (no solo normativos) que con relativa independencia de la instancia soberana unifican a los miembros de cualquier comunidad política. Según advierten estos filósofos, Schmitt toma prestados de los trabajos de Hauriou una serie de conceptos tales como “la idea ordenadora o directriz, las garantías institucionales, el concepto de superlegalidad y el de cláusulas generales”, que se vuelven “piedras angulares del concepto de orden concreto”⁶⁸. Croce y Salvatore subrayan que el

⁶⁵ Hans Lindahl, “Law as concrete order. Schmitt and the problem of collective freedom”, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁶ Mariano Croce y Andrea Salvatore, “After Exception: Carl Schmitt’s Legal Institutionalism and the Repudiation of Exceptionalism”, *Ratio Juris*, n° 29, 2016, pp. 410-426, aquí p. 415.

⁶⁷ Mariano Croce y Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 104.

el pensamiento del orden concreto de Schmitt toma prestada del institucionalismo de Hauriou tanto la conclusión de que el Estado representa la institución más elevada como el antivoluntarismo que se deriva necesariamente de tal monopolio en la aplicación legítima del orden jurídico. Al capitalizar la inclusión de estos dos elementos y la correspondiente exclusión de las connotaciones liberales de la teoría jurídica de Hauriou, Schmitt reúne el elemento subjetivo de lo social (creencias individuales compartidas por los sujetos sociales) y el elemento objetivo y suprapersonal de un orden creado por el Estado.⁶⁹

Como balance, Croce y Salvatore concluyen a este respecto que Schmitt “radicaliza la politización (y, *a fortiori*, la estatalización) del institucionalismo que (...) puede considerarse como el resultado final de la teoría de la institución de Hauriou, especialmente entre la primera (1910) y la segunda edición (1916) de sus *Principes de droit public*”⁷⁰.

Por el contrario, en su monografía *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*⁷¹ el iusfilósofo Arturo E. Sampay prefiere centrarse precisamente en la recepción schmittiana del pensamiento institucionalista de Hauriou a fin de evaluar si, en efecto, con su teoría de los órdenes concretos Schmitt alcanza a cumplir sus intenciones de superar la oposición entre normativismo y decisionismo. No hay lugar a dudas, para Sampay, del realismo católico de inspiración tomista que informa la perspectiva institucional de Hauriou⁷², y es precisamente en esta negación que para él radica el fracaso del proyecto teórico schmittiano. Según evalúa el argentino, “Carl Schmitt no fundamenta en el derecho natural este tercer modo de considerar el derecho (...) sino que pretende hacerlo con una doctrina jurídica propia, acorde al principio del conductor, que informó la organización política del III Reich alemán.”⁷³ Como corolario, afirma Sampay, “resulta evidente (...), malgrado el propósito de superar el decisionismo, que su teoría de la concreta ordenación y estructuración, al negar la existencia del derecho natural y objetivo, y al fundamentar la realidad del Estado en la voluntad del *Führer* (...) restablece con su prístina pureza el decisionismo de Hobbes.”⁷⁴ Así, la negación schmittiana del fundamento iusnaturalista que estaría a la base del institucionalismo de Hauriou, su irracional “beligerancia contra lo católico” y su fundamento “radicalmente ateo” hacen del institucionalismo schmittiano, en esencia, un puro decisionismo.

⁶⁹ Mariano Croce y Andrea Salvatore, “After Exception: Carl Schmitt’s Legal Institutionalism and the Repudiation of Exceptionalism”, *op. cit.*, pp. 414.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 416.

⁷¹ Arturo Enrique Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

⁷² Sobre el particular, ver: Arturo Enrique Sampay, “Prólogo”, *op. cit.*, pp. 15-18.

⁷³ Arturo Enrique Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 41.

Carlo Galli, por su parte, analiza con detalle los contrastes, matices y pliegues que separan al decisionismo del pensamiento del orden concreto, al que atribuye un “carácter ideológico y heterogéneo” que se evidencia “en el hecho de que, junto a un Hegel «demediado», carente de valor polémico por ser éste, precisamente, «revolucionario», la teoría de los órdenes concretos retoma también a Hauriou”, quien a lo largo de los aportes maduros y tardíos de Schmitt es “citado con extremo favor, (...) sobre todo por la relativización del Estado y de su legalidad, y por el señalamiento tanto de una pluralidad de fuentes de derecho, incluso preestatales, como de la necesidad de que un orden efectivo se base en una posición histórico-concreta de «ideas incontrovertibles»”; en especial, precisa Galli, Schmitt rescata de Hauriou su “pluralismo concreto antiuniversalista” y su “antiindividualismo objetivista”⁷⁵. Galli es determinante al definir a la pensamiento del orden concreto de Schmitt como una “reinterpretación” del institucionalismo de Hauriou: según considera, “[e]n el institucionalismo de Hauriou, que conjuga la concreción perseguida por el decisionismo con el carácter suprapersonal de la ley, (...) Schmitt indicaba el nuevo horizonte del derecho (entre otras cosas, porque el nazismo era hostil al decisionismo y a la dictadura, y propendía a una interpretación orgánica, *völkisch*, de la política).”⁷⁶

Las reiteradas evocaciones de la teoría de la institución, del concepto de superlegalidad y de las nociones de idea directriz y de suprapersonalidad del derecho aparecen como tópicos más o menos repetidos que ponen de manifiesto la importancia de Maurice Hauriou en el pensamiento institucionalista de Schmitt. Estas referencias, sin embargo, no suponen un mayor consenso respecto a sus implicancias sistemáticas, permaneciendo por tanto en el plano de la controversia el concreto significado de esta influencia. Según me propongo demostrar, ante la agudización de crisis estatal alemana que tiene lugar desde comienzo de la década de 1930 –y que, en retrospectiva, será el inicio del derribo o el colapso del régimen de Weimar– Schmitt despliega una serie relativamente discreta de reflexiones acerca de la situación alemana, distinguibles tanto de su decisionismo previo como de su posterior pensamiento del orden concreto. Este conjunto relativamente autónomo de reflexiones que Schmitt elabora entre los años 1930 y 1932 busca dar respuesta a una serie de puntos ciegos a los cuales había arribado la imagen decisionista de la constitución alemana por él elaborada a lo largo de la década previa. Para entonces ya no son la situación jurídicamente excepcional y la decisión soberana los ejes problemáticos de su indagación jurídica, sino la nor-

⁷⁵ Carlo Galli, *Genealogía de la política. Carl Schmitt y la crisis del pensamiento político moderno*, Unipe, Buenos Aires, 2018[1996/2010], p. 637.

⁷⁶ Carlo Galli, *La mirada de Jano. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011[2008], p. 89.

malidad y las instituciones concretas sobre las cuales se erige el orden jurídico estatal. Todo esto, según mi hipótesis, obliga a distinguir entre su adopción de una visión “institucionalista” y su posterior postulación del “pensamiento del orden concreto” al momento de evaluar la influencia de Hauriou en Schmitt.

II. DE LA III REPÚBLICA A WEIMAR: SUPERLEGALIDAD CONSTITUCIONAL, DERECHOS INDIVIDUALES Y ORDENACIONES INSTITUCIONALES

La III República francesa y la República de Weimar son dos experiencias políticas que guardan significativos paralelismos históricos. Aunque casi cincuenta años separan sus respectivas proclamaciones, ambas nacen de una derrota militar que precipita la caída del régimen imperial previo y terminan por hallar en la democracia republicana una solución de compromiso entre los diversos actores, factores y tendencias políticas, sociales y religiosas en pugna. Las dos coexisten bajo el signo de la democratización y del gran ingreso de las masas a la política y, mientras el autoritarismo avanza a pasos firmes en Europa meridional y central, ambas afrontan la gran crisis epocal del Estado liberal-parlamentario⁷⁷. Ambas son espacio de fuertes transformaciones ius públicas que, a grandes rasgos, se corresponden con el progresivo pasaje de un Estado liberal (también, “gendarme” o “vigilante nocturno”) a un Estado social (también, “de providencia” o “bienestar”), y tanto Weimar como la III República participan de un proceso de socialización del derecho y del Estado –que se expresa en la legislación laboral y sindical y, en un sentido amplio, en el nacimiento del derecho económico–, y de un avance de las capacidades administrativas del Estado como proveedor de servicios públicos y de prestaciones sociales positivas. Jaloneadas por la movilización total exigida por la primera guerra mundial, ambas participan también de la tendencia más amplia del derecho público occidental al imperio de diversas formas de “dictadura constitucional”⁷⁸. Pero, como apunta Rossiter en su clásico estudio, mientras “[p]ocos gobiernos en guerra han logrado con tanto éxito como la Francia de la Primera Guerra Mundial el delicado equilibrio entre democracia y dictadura que hace un uso eficaz de la segunda para preservar la primera”⁷⁹, Weimar en cambio

⁷⁷ Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, Crítica, Buenos Aires, 1999[1994]; Ernst Nolte, *La crisis del sistema liberal y los movimientos fascistas*, Península, Barcelona, 1971 [1968]; Karl Polanyi, *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003[1944].

⁷⁸ Pierre Rosanvallon, *El buen gobierno*, Manantial, Buenos Aires, 2015, especialmente pp. 69-104; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1949 pp. 29-129.

⁷⁹ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, *op. cit.*, p. 129.

sirve para ilustrar “el principal peligro para el constitucionalismo de sus instrumentos de gobierno de emergencia: que tales instrumentos se vuelvan contra el orden constitucional.”⁸⁰

La III República es, en su origen, un compromiso no buscado entre las tendencias monárquicas y conservadoras y las republicanas y liberales luego de que la derrota contra Prusia precipitara la caída del Imperio plebiscitario de Napoleón III. Su primera fórmula política consiste en la creación en 1870 de la figura de un presidente provisional a cargo la jefatura de Estado, que la Asamblea Nacional encomienda primeramente a Adolphe Thiers, y en un derecho constitucional por lo demás consuetudinario. La firma del tratado de Fráncfort, por el cual Francia cede las regiones de Alsacia y el norte de Lorena a Alemania, y la feroz represión de la Comuna de París marcan a sangre y fuego el inicio de la nueva era republicana. Recién en el año 1875 la Asamblea Nacional sanciona las llamadas “leyes constitucionales”, que organizan un régimen representativo basado en el sufragio universal masculino⁸¹, un parlamento bicameral ante el cual son responsables los ministros del gobierno, y un presidente irresponsable elegido indirectamente por ambas Cámaras a cargo de la jefatura de Estado. Estas leyes constitucionales, sin embargo, no contemplan en lo orgánico la distribución de competencias y funciones entre el poder judicial y la jurisdicción administrativa, mientras que la ausencia de una declaración de derechos explícita era su mayor silencio dogmático. Lo primero había sido regulado por una ley ordinaria sobre el Tribunal de Conflictos dictada el 24 de mayo de 1872, que fijó la distribución de competencias entre la jurisdicciones administrativa y judicial. El Consejo de Estado, creación de Napoleón I que había recuperado su papel de preeminencia institucional en el Imperio de Napoleón III, perdió entonces su competencia consultiva obligatoria ante los proyectos de ley; sus sentencias, sin embargo, se tornaron vinculantes para todos los órganos de la administración, constituyéndose así en una verdadera jurisdicción administrativa suprema. Tanto en esta materia como en lo relativa a los derechos fundamentales –sobre lo que volveremos en la sección 2.2–, el silencio de la constitución fue suplido por la jurisprudencia y la doctrina. Es esta la época de oro del derecho administrativo francés, en los que el Consejo de Estado define pretorianamente los lineamientos fundamentales del régimen administrativo.⁸² La de la III república es

⁸⁰ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton University Press, Princeton, 1949 p. 73. “La única moraleja”, concluye Rossiter, “puede ser: nunca dejes que un enemigo de la democracia tenga en sus manos un arma de la democracia. Y un corolario: no sobrecargues tus armas.”

⁸¹ El voto universal masculino ya había sido reconocido por la constitución de 1848, y el femenino no lo sería hasta 1948.

⁸² Juan Antonio Carrillo Donaire, “Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés 1799-1999”, *Revista de Administración Pública*, n° 153, 2000, pp. 519-535; H. Stuart Jones, *The French State in Question: Public law and political*

también una época de incremento del papel regulatorio del Estado en la economía, y de paralelo desarrollo y consolidación de las instituciones democráticas-representativas y sindicales.

Las turbulencias y crisis políticas marcan los primeros años de la joven república: la dimisión del presidente Jules Grévy por el escándalo de las condecoraciones, el asesinato de su sucesor Sadi Carnot en un atentado anarquista, el auge del movimiento encabezado por el general Boulanger y, centralmente, el *affaire* Dreyfus son algunos hitos a este respecto. En el arco histórico entre las décadas de 1890 y 1930 la identificación entre el régimen y el partido republicano es casi total, y gracias a una creciente autonomía universitaria y a una marcada expansión de la educación pública en todos sus niveles es considerada también la república de los profesores, de los juristas, de los constitucionalistas: así, lo que nació como una república de compromiso habrá de encontrar el destino de su legitimidad en el laicismo, el positivismo y la marcha del *État legal* a un *État de droit*. Desde la gran guerra las grandes cuestiones sociales pasan a dominar el debate político y a alcanzar una moderada expresión legislativa, mientras el presidente del Consejo de ministros, una jefatura del gobierno no contemplada en las leyes constitucionales, consolida su predominio sobre el poder ejecutivo⁸³.

La República de Weimar es, también, el resultado de un compromiso. En efecto, es el temor tanto a la potencial ocupación por parte de las fuerzas vencedoras como al avance del bolchevismo lo coaliga a las fuerzas armadas y la administración civil con los partidos democráticos en favor de una república que, por otra parte, nace agobiada por las gravosas cargas económicas y las disputas territoriales derivadas de la paz de Versalles. La llamada coalición de Weimar, que reúne al Partido Socialdemócrata Alemán (SPD), al nacionalismo liberal y progresista del Partido Democrático Alemán (DDP) y al *Zentrum* católico obtiene una amplia mayoría para la Asamblea Nacional Constituyente que sesiona en Weimar, lejos de una Berlín aún sacudida por los estruendos de las jornadas revolucionarias. En parte delineado por un nuevo régimen electoral caracterizado por el sufragio libre y universal (incluido el femenino) bajo el principio de represen-

argument in the Third Republic, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 46-64; Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, 3 vols., Sirey, Paris, 1929.

⁸³ Guillaume Sacriste, "La «révolution conservatrice» des professeurs de droit public provinciaux", en *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Sciences Po, Paris, 2011, pp. 425-535; David Bates, "Political Unity and the Spirit of Law: Juridical Concepts of the State in the Late Third Republic", *French Historical Studies*, XXVIII, n° 1, 2005, pp. 69-101; Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789 - 1924)*. Gallimard, Paris, 1994, pp. 162-186 y 349-362; H. Stuart Jones, *The French State in Question: Public law and political argument in the Third Republic*, *op. cit.*; Marie-Joëlle Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1870-1914)*, Economica, Paris, 1992.

tación proporcional, el naciente sistema de partidos es expresivo de una situación verdaderamente desafiante: el pluralismo de Weimar se caracteriza por la fragmentación entre partidos de intereses y cosmovisiones en muchos aspectos contradictorias e incluso antagónicas, a los que la férrea tradición autoritaria del segundo Reich había privado tanto de experiencia de gobierno cuanto de tradición de compromiso. Y, sin embargo, es el compromiso entre estas fuerzas el que, a todas luces, da lugar a la constitución de Weimar⁸⁴. Con el socialdemócrata Friedrich Ebert a cargo de la presidencia de la República, el diseño del primer borrador oficial del texto constitucional sobre el que trabaja la Asamblea Nacional Constituyente de Weimar recae sobre Hugo Preuß, el eminente jurista y militante del partido demócrata nacional y primer secretario de estado de Interior de la república. Por su parte, los aportes de Friedrich Naumann, pastor protestante enrolado en el DDP, de socialdemócratas como Max Quarck y Hugo Sinzheimer y del católico del Zentrum Konrad Beyerle serán capitales para definir el contenido de la segunda parte de la constitución, que el proyecto de Preuß no contemplaba, consagrada a los derechos y deberes de los alemanes⁸⁵. Afirmada sobre la república y la democracia como premisas, dos ideas de larga connotación negativa en el derecho constitucional alemán, los grandes debates doctrinarios respecto a la interpretación de la nueva constitución a lo largo de la era de Weimar giran principalmente en torno a los desafíos externos e internos a la unidad política, las relaciones entre democracia, parlamentarismo y Estado de partidos, la articulación entre derechos fundamentales consagrados en la segunda parte de la constitución y los límites al cambio constitucional, la posición del Presidente del Reich, la jurisdicción del Tribunal Estatal [*Staatsgerichtshof*] y la compleja naturaleza del régimen federal⁸⁶.

Los paralelismos históricos entre ambas experiencias políticas se extienden a las posiciones de nuestros juristas. En un derecho constitucional europeo de entreguerras aún dominado por el dogma de un parlamentarismo irrestricto, Hauriou y Schmitt coinciden en su aversión político-ideológica al sistema parlamentario y en su connotada defensa doctrinaria del presidencialismo, en su común rechazo al positivismo estatutario y a una jurisdicción constitucional concentrada, y en su defensa del papel institucional de la Administración (como algo distinto del gobierno) en el Estado moderno. Conscientes de estas afinidades, en lo que sigue habremos de realizar un abordaje crítico sobre los indicios

⁸⁴ Joseph Bendersky, *op.cit.*, pp. 64-66; Reinhard Rürup, “Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar”, *Ayer*, n° 5, 1992, pp. 125-158.

⁸⁵ Michael Stolleis, “El proyecto social de la Constitución de Weimar”, *Historia Constitucional*, n° 20, 2019, pp. 233-251.

⁸⁶ Christoph Gusy, “100 Jahre Weimarer Verfassung”, *Historia Constitucional*, n° 20, 2019, pp. 203-231; Michael Stolleis, *A History of Public Law in Germany: 1914-1945*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 76-100.

textuales que dan cuenta de la influencia efectiva que el pensamiento y obra de Maurice Hauriou tuvo sobre Carl Schmitt.

2.1. La obediencia previa, de la disciplina administrativa a la revolución legal

2.1.1. La obediencia previa como prima de legalidad y palanca de la revolución legal

En el prólogo de 1963 a *Legalidad y legitimidad* Schmitt señala que en esa obra “se reconoce y establece el proceso en cuya virtud un partido accede al poder por la puerta de la legalidad, para cerrarla tras de sí seguidamente en detrimento de sus enemigos políticos, así como también se bosqueja un tipo de revolución legal.”⁸⁷ (p. X) Según Schmitt, la de Hitler fue una “revolución legal”, a través de la cual “[a]parte de unos pocos comunistas experimentados, todo el mundo sintió la desilusión y la indignación al descubrir tan drásticamente las primas políticas sobre la posesión legal del poder.”⁸⁸ En retrospectiva, el jurista considera que pese a haber pasado relativamente inadvertidas en su época, la “importancia teórica y práctica” de estas primas “es tan grande que ninguna teoría de la Constitución ni ninguna Filosofía del Derecho puede prescindir de ellas.”⁸⁹

En un marco constitucional como el de Weimar, determinado para Schmitt por el principio de la igualdad de *chance* al acceso legal al poder entre todas las fuerzas políticas que es correlato de la estricta neutralidad ante los valores del sistema de legalidad del Estado legislativo, estas tres primas funcionan como eventuales reaseguros de un posible asalto legal a la constitución. Bajo el imperio del funcionalismo legislativo que hace de la mayoría el único título jurídico a la posesión legal del poder y del relativismo axiológico que desplaza del derecho a la pregunta por lo justo e injusto, toda y cualquier mayoría (agravada) tiene a su disposición la legalidad como un arma a utilizar contra sus adversarios. Así,

[s]i el partido o la coalición de partidos que tiene la mayoría en un momento dado quiere declarar ilegal al partido contrario y a sus organizaciones en cuanto tales, esto solo puede hacerlo abusando de su poder legal. Con ayuda de un procedimiento para exigir responsabilidades, muy interesante desde el punto de vista histórico-jurídico, de las acciones punibles cometidas por miembros singulares

⁸⁷ Carl Schmitt, “Introducción”, en *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, p. X.

⁸⁸ Carl Schmitt, “La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad”, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁸⁹ Carl Schmitt, “Introducción”, en *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, p. XVII. Según agrega, “una valoración real de los controles jurídico-constitucionales del legislador ha de tener siempre presente estas tres primas”, y “cualquier doctrina jurídica sólida del derecho de resistencia ha de partir forzosamente de las mismas.”

de una organización, se hace responsable a esta organización en cuanto tal; basándose en la responsabilidad colectiva, se considera ilegal a un partido, a una asociación, a una organización, etc., en cuanto tal, lo cual repercute a su vez de rechazo –especialmente por lo que se refiere a los aspectos del Derecho penal, del Derecho de funcionarios y del Derecho del trabajo– sobre cada miembro singular de la organización, sobre las actividades del funcionario o del ciudadano singular. Semejantes represiones del partido contrario forman parte de la prima política a la posesión legal del poder (...). Pero también forman parte de las causas, en parte evitables y en parte inevitables, del desmoronamiento de todo este mismo sistema de legalidad.⁹⁰

Y es que, para Schmitt, el sistema de legalidad del Estado legislativo presupuso, en sus orígenes, un sólido contraste y equilibrio entre la sociedad y el Estado, topología que estuvo a la base de todas las fórmulas y conceptos iuspúblicos del siglo XIX alemán. La institución parlamentaria representaba así la sociedad burguesa frente al Estado monárquico militar-funcionarial. Pero desde que –según la fórmula de Thoma que Schmitt invoca reiteradamente– el Estado se vuelve “autoorganización de la Sociedad”, aquél ya no es un verdadero tercero neutral y superior capaz de exigir obediencia y fidelidad y de representar o de realizar la justicia y el derecho. El principio animador del Estado y la vida pública se desplaza entonces hacia la lealtad a la constitución, pero muy pronto, y como resultado del triunfo de las tendencias pluralistas a la policracia económica, la lealtad al Estado y a la constitución es reemplazada por la lealtad a la propia organización social.⁹¹

En *Legalidad y legitimidad* Schmitt se ocupa por primera vez del modo en que “la mera posesión del poder estatal produce una *plusvalía política adicional*, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, *una prima superlegal a la posesión legal del poder legal* y al logro de la mayoría”⁹². Esta superlegalidad de que goza quien detenta legalmente el poder implica, para Schmitt, tres clases de primas. La primera es el derecho a la interpretación de las cláusulas generales de la legislación, tales como “seguridad y orden públicos”, “interés general”, “estado de necesidad”, etc. Si en situaciones de relativa normalidad esta es una

⁹⁰ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., pp. 77-78.

⁹¹ Carl Schmitt, “Ética de Estado y Estado pluralista”, *Logos: Anales del Seminario de Metafísica*, n° 44, 2011, pp. 21-34; Carl Schmitt, “Die Wendung zum totalen Staat (1931)”, en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, op. cit., pp. 146-157; Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución”, en Hans Kelsen y Carl Schmitt, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1-298, aquí pp. 139-182.

⁹² Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., p. 49.

facultad relevante, los apoderamientos del legislativo en el ejecutivo y la adopción “medidas” concretas –y no de “leyes”— aumentan el valor de esta prima en contextos de crisis. La segunda es la presunción de legalidad, de acuerdo con la cual “el titular legal del poder del Estado tiene siempre de su parte, en los casos dudosos, la presunción de legalidad, casos estos que se presentan siempre, naturalmente, en los momentos en que predominan conceptos vagos y en las situaciones políticamente difíciles.” La tercera clase de prima es el derecho al “cumplimiento y obediencia previa” de sus órdenes, o la ejecutabilidad inmediata de sus medidas y decretos “aun en los casos de legalidad dudosa, incluso cuando se prevean posibilidades de reclamación y solicitud de protección ante la justicia.”⁹³ En textos posteriores, esta tercera clase de prima a la posesión legal del poder es identificada con el derecho a la “*obéissance préalable*”: como bien advierte Schmitt, se trata de un concepto que Hauriou introdujo “en una espléndida discusión con el anarquismo de la teoría del Estado legal (*gesetzesstaatlichen Theorie*) de Duguit”⁹⁴.

2.1.2. La “*obéissance préalable*” de Hauriou

En efecto, Hauriou esboza su doctrina de la “obediencia previa”, cuestión según él particularmente relevante para el derecho administrativo, por ser inherente al régimen disciplinario tanto civil como militar, en un temprano ensayo crítico a la perspectiva del profesor de Burdeos que evocará reiteradamente a lo largo de las distintas ediciones de sus trabajos constitucionales⁹⁵. Según la doctrina solidarista de Duguit, y sobre la base de una tajante distinción entre el derecho y el poder –entendido este último como un fenómeno puramente fáctico y de naturaleza extrajurídica–, la juridicidad de todo acto de gobierno se deriva únicamente de su conformidad con el ideal de la regla del derecho. En lo que para Hauriou es resultado del optimismo antropológico que en torno a la cuestión del carácter jurídico de la autoridad el solidarismo social de Duguit comparte con los grandes doctrinarios del anarquismo, su error fundamental es el de

haber creído que se podía separar la cuestión de la existencia de facto de los gobiernos de la de su derecho a mandar, o, lo que es lo mismo, la de la obediencia previa [*obéissance préalable*] a sus órdenes: “Ya no soy anarquista, exclama, ya que admito la necesidad de facto de los gobiernos”. Sí,

⁹³ *Ibidem*, p. 50.

⁹⁴ Carl Schmitt, “Was bedeutet der streit um den »Rechtsstaat«?”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 95, n° 2, 1935, pp. 189-201, aquí 195; Carl Schmitt, “Prólogo”, en *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, p. XVII.

⁹⁵ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, anexo a sus *Principes de droit publique* de 1916 (Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2° ed, Sirey, Paris, 1916) y referido en la edición de 1923 de su *Precis de droit constitutionnel* (Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2019, p. 171, nota 30).

pero lo importante es mucho menos la existencia *de facto* de los gobiernos que la existencia *de jure* del principio de autoridad. Es una cuestión de derecho la que se plantea y el error de este jurista es no haberla comprendido.⁹⁶

Como resultado de esta incompreensión, Duguit pretende fundamentar la disciplina administrativa en la “activa” conformidad de la orden con la regla de del derecho, en reemplazo de la doctrina de la obediencia previa, que juzga pasiva y adormeciente. Según nota Hauriou, a Duguit no lo impresiona que “la legislación, la jurisprudencia y la doctrina admit[a]n, hasta ahora, para los agentes de la administración, el supuesto [*le donné*] de la obediencia previa a las órdenes del gobierno, la imposibilidad de una discusión previa de la legalidad.” Hauriou considera jurídicamente esencial determinar si “la condición previa (...) está del lado de la autoridad que manda o si está del lado del sujeto que obedece”, esto es, “si el sujeto, antes de obedecer, puede plantear la condición previa de la legalidad de la orden o si, por el contrario, está obligado a obedecer antes de plantear la cuestión de la legalidad”. A su juicio, “[d]esplazar la cuestión preliminar hacia el lado de la legalidad es destruir el derecho propio del gobierno. (...) [L]a autoridad no necesita justificar que tiene razón para exigir obediencia previa. Exigir esta justificación es destruir la fuerza propia de la soberanía y es anarquía.”⁹⁷ La cuestión es zanjada por Hauriou con una propuesta de un compromiso entre el principio de autoridad y el principio de discusión: “se trata de admitir en provecho del gobierno *un beneficio de ejecución provisional, fundado en una presunción de justicia*” en virtud del cual “[e]n principio, todas las órdenes emanadas del poder del Estado pueden ser objeto de una discusión contenciosa previa a la ejecución, *salvo en los casos de urgencia*”⁹⁸.

Corolario del estricto objetivismo que Hauriou atribuye a la inspiración durkheimiana de Duguit, el decano de Burdeos elimina al individuo como realidad independiente de la sociedad y hace del incremento de la conciencia en la propia sociedad de la interdependencia o solidaridad social el fundamento de validez de los derechos del individuo. Y es que, para Duguit, “el individuo no tiene ningún derecho; no tiene sino deberes sociales. (...) La libertad, la propiedad, en la doctrina solidarista no son, en manera alguna, derechos subjetivos del individuo contra el Estado.”⁹⁹

⁹⁶ Maurice Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 803.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 803-804.

⁹⁸ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2019, p. 170. Según consta en p. 17, los libros I y II de esta edición castellana corresponden al *Précis de droit constitutionnel* (1923), mientras el libro III corresponde a la primera edición del *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (1925).

⁹⁹ León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, p. 201.

Hauriou denuncia que esta doctrina “sacrifica las garantías del individuo en la forma directa de la libertad individual, entendida en el sentido clásico de un límite que puede oponerse a las extensiones de la sociedad”. El resultado de todo esto es que “los individuos no son más afortunados que los gobiernos. Los primeros pierden su derecho a mandar, pero los segundos pierden su libertad individual y su propiedad subjetiva, que eran sus garantías esenciales.”¹⁰⁰ Así, la anarquía sobreviniente de la doctrina de Duguit no tiene como contrapartida un incremento de la libertad individual.

Como una constante que atraviesa la oscilante terminología teórica de Hauriou a lo largo de su prolífica obra, el poder es en sí mismo una fuente del derecho, y es la baza que se mueve entre los polos de la libertad y el orden a que apuntan respectivamente las inclinaciones subjetivas del individuo y las necesidades sociales objetivas. Para el pluralismo jurídico de Hauriou hay fuentes del derecho distintas y anteriores al poder al régimen de Estado, y es tan equivocado presuponer al poder estatal como distinto al derecho cuanto considerarlo su única fuente. Así, junto a la costumbre y la ley escrita existen ciertos principios jurídicos fundamentales –cuyo último sustrato, como veremos en 2.4, es el derecho natural objetivo– que son la incorporación institucional de las grandes ideas directrices de la civilización sedentaria y mediterránea, del pensamiento causal asociado al monoteísmo y de la doctrina del individualismo falibilista o desfalleciente que redundaba del mensaje cristiano, según la cual todo individuo humano no es perfectamente bueno ni perfectamente malo, y en tanto tal es capaz del bien y del mal obrar, del egoísmo y del sacrificio¹⁰¹. En la visión de Hauriou, de este patrimonio cultural abreva la noción de la existencia de ciertos derechos connaturales a la persona humana individual, y la razón en virtud de la cual el poder público en el régimen de Estado moderno no sólo admite, sino que más precisamente se erige sobre un conjunto de garantías institucionales que reconocen y protegen esa dignidad individual de la persona humana.

El campo de la dogmática de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales es también cultivado por Schmitt en los años finales de Weimar, y ello no es azaroso: desde allí intentará atrincherar el núcleo liberal-burgués de la constitución de Weimar y el conjunto de complejos institucionales que definen el orden público alemán contra los intentos de su transformación a través de una revolución legal. Como veremos, en profunda afinidad con Hauriou Schmitt distinguirá a los auténticos derechos fundamentales del Estado de derecho liberal –esto es, derechos individuales de libertad– de los complejos de garantías de institutos e instituciones conexos que apuntan a su salvaguarda. A su

¹⁰⁰ Maurice Hauriou, “Les idées de M. Duguit”, *op.cit.*, pp. 38 y 40.

¹⁰¹ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, *op. cit.*, pp. 53-61.

vez, también para Schmitt la realidad histórica del Estado y el derecho público alemanes impiden que esta salvaguarda institucional pueda ser confiada a una jurisdicción constitucional concentrada. Justamente a valorar las afinidades entre ambas perspectivas dedicaremos la próxima sección.

2.2. Derechos individuales y garantías institucionales de la constitución

2.2.1. Hauriou: Derechos individuales y garantías de la libertad

La constitución de un Estado, afirma Hauriou en una definición no muy lejana al concepto positivo de constitución de Schmitt, “es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de esta.”¹⁰² La existencia fundamental de la comunidad estatal es, naturalmente, irreductible al conjunto de las reglas escritas del derecho constitucional, y por ello la teoría constitucional de Hauriou divide a la “organización constitucional” de la nación entre su constitución política y social. La constitución social remite al orden social “considerado como un orden individualista que reposa sobre la doble base de las libertades individuales (...) y de las ideas objetivas que han formado la civilización”¹⁰³. A esta constitución social corresponden dos elementos: “las libertades individuales, que están a la base de la estructura de la sociedad civil [y] las instituciones sociales espontáneas, que sirven y protegen las libertades civiles y sus actividades”¹⁰⁴. El Estado, afirma Hauriou, “constituye un protectorado político de una sociedad civil basada en el orden individualista”, que “tiene por fin la salvaguardia de esta comunidad civil”¹⁰⁵; la “constitución política”, por tanto, apunta a “la garantía de las libertades individuales, es decir, de la constitución social”¹⁰⁶, y a ella corresponde protección de la libertad política a través de la determinación normativa de la organización de los poderes públicos y de la participación ciudadana en el gobierno.¹⁰⁷ Como resultado de su realismo, Hauriou advirtió la naturaleza preceptiva de ciertos principios jurídicos y derechos fundamentales que, aunque en ocasiones no consignados en las leyes constitucionales, eran constitutivos de la vida de la nación y de su praxis jurídica: tal era, en el caso francés, la situación de los derechos y libertades individuales que, aunque ausentes en la constitución escrita, eran para parte del orden individualista consagrado por la constitución social de la nación francesa. Se trata, por lo tanto, de un dualismo teórico de especial

¹⁰² *Ibidem*, p. 253.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 428.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª edición, *op. cit.*, p. XIII.

¹⁰⁷ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, *op. cit.*, p. 15.

significado en el cuadro de la concreta situación constitucional de la III República francesa.

En efecto, las leyes constitucionales del año 1875 no habían sido acompañadas por una declaración de derechos fundamentales, materia sobre la cual la historia constitucional francesa tenía una rica tradición. Ante el silencio de la constitución, y diferenciándose de quienes como Adhémar Esmein y Raymond Carré de Malberg les reconocían un valor histórico, político y moral, pero no jurídico, Hauriou coincide con Duguit en acordarle valor jurídico a la declaración de derechos de 1789¹⁰⁸. Para Hauriou, las declaraciones de derechos históricas “contienen principios constitucionales superiores a la constitución escrita (...). Estos principios de las distintas libertades perviven con su valor constitucional, como principio, a pesar del silencio que guarda nuestra constitución actual; forman parte de la legitimidad constitucional.”¹⁰⁹

Los principios de la libertad individual y de la igualdad ante la ley son los fundamentos del sistema de derechos individuales de la constitución, a los que se adosan una serie de garantías generales y especiales que conforman un complejo entramado institucional orientado a garantizar la autonomía de la sociedad civil. Del principio de la libertad individual entendida como poder jurídico del individuo humano con dominio de sí, y no mero poder de hecho o concesión de derecho del legislador, se deriva un conjunto de derechos de superioridad, reales y, en principio, civiles: por un lado, las libertades civiles primarias (libertad física, de familia, de disponer de la propiedad, de contrato, de trabajo y de industria) acompañadas de las libertades civiles derivadas (de conciencia y cultos, de enseñanza, de prensa, de reunión y de asociación); por otro, los derechos cívicos (al acceso a cargos públicos, a ser jurado y testigo, a ser soldado y a pagar impuestos) y los estrictamente políticos (derecho al sufragio y a la elegibilidad). Hauriou innova al introducir, junto a estas libertades clásicas, a la libertad de fundación de instituciones privadas y públicas como esencial a un régimen de libertad. El principio de la igualdad ante la ley, por su parte, no se sigue del sentimiento subjetivo de autodominio, sino que responde a la idea objetiva de igualdad revelada por el cristianismo e incorporada a la ley como principio de justicia. La

¹⁰⁸ Cédric Roulhac, “Les droits de l’homme sans la loi? ”, *La Revue des droits de l’homme*, n° 5, 2014, <https://doi.org/10.4000/revdh.741>. Para Duguit estos derechos forman parte de las disposiciones fundamentales del derecho público francés, de modo que “toda ley contraria a los términos de la Declaración de derechos de 1789 sería una ley inconstitucional.” (León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, op. cit., p. 206) Luego de haberse opuesto al control judicial de la constitucionalidad de las leyes, en sus últimos trabajos Duguit apoyó un control difuso de constitucionalidad, pero se opuso a un jurisdicción constitucional concentrada (León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, op. cit., pp. 280-286).

¹⁰⁹ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2° edición, Sirey, París, 1930, p. 243.

eficacia de este principio presupone la centralización estatal de los derechos de dominación antes dispersos en el cuerpo social, por lo que sólo puede ser igualitaria una sociedad con régimen de Estado.¹¹⁰

El complejo entramado de garantías de los derechos individuales puede ser diferenciado en dos clases: garantías generales y especiales. Las primeras abarcan a la garantía estrictamente constitucional que supone la división de poderes (entre legislativo, ejecutivo y judicial, y entre civil y militar) así como al conjunto de garantías recíprocas que proporcionan la protección mutua de las libertades individuales (derecho de sufragio y de propiedad privada, libertades de prensa, reunión y asociación, derecho de petición); las garantías especiales de los derechos individuales, por su parte, son aquellas que se dirigen contra la jurisdicción represiva (como las garantías de seguridad individual), contra el poder administrativo (recursos contra la ilegalidad reglamentaria y contra las decisiones administrativas, así como la responsabilidad funcional y la responsabilidad pecuniaria de la Administración), el poder legislativo (el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes), y contra los poderes de hecho de la sociedad civil (que Hauriou interpreta en un sentido amplio, abarcando al derecho laboral y sindical)¹¹¹.

De las múltiples implicancias de estas posiciones en el contexto científico-jurídico de la III República hay que retener aquí los efectos de esta doctrina para el legislador y el juez. En contraste con la larga tradición revolucionaria que, desde Sieyès, había cultivado la doctrina de la omnipotencia del legislador, Hauriou considera que los derechos individuales de libertad son el resultado de la incorporación del principio individualista en la constitución social del régimen de Estado moderno, y no están a disposición del legislador ordinario. En contraste con una era de *bon sens* parlamentario, Hauriou diagnostica que el parlamento contemporáneo se “presenta tal como es”: como un “poder gubernamental mayoritario, sometido a todos los manejos políticos, y particularmente al de la subasta electoral, y que ha lanzado ya muchas leyes inútiles y algunas leyes malas.” Por eso, afirma Hauriou,

[h]a llegado a ser urgente proteger nuestras libertades individuales contra las empresas de este poder, y hay una última Bastilla que demoler, que es la creencia en la soberanía del Parlamento. Es preciso desconfiar, en este punto, de la moderación del Parlamento y su respeto a la Constitución. El Parlamento francés carece del sentimiento de que las libertades individuales estén garantizadas por la Constitución y de que una restricción, o

¹¹⁰ Maurice Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, pp. 508-545; Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional, op. cit.*, pp. 87-121.

¹¹¹ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional, op. cit.*, pp. 427-432; Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 239-311.

incluso una supresión de la libertad individual, pueda plantear la cuestión previa de inconstitucionalidad. Depende de esto que no se ha hecho hasta ahora la distinción necesaria *entre la organización de las libertades*, que es competencia del poder legislativo, y los *principios de las libertades* o *principios del Derecho público de los franceses*, que es competencia del poder constituyente.¹¹²

Así, por caso, una ley orgánica puede restringir más o menos el ejercicio de una determinada libertad, pero será contraria a la constitución una ley que pretendiese suprimir enteramente el principio de dicha libertad¹¹³. Hauriou, sin embargo, se muestra prudente ante la cuestión del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, inclinándose por la introducción de un control de constitucionalidad difuso. Lo que acaso sea más importante, el jurista tolosano destaca el papel desempeñado por la jurisdicción administrativa, en un Estado de régimen administrativo como el francés, contra las tendencias que en los Estados Unidos han devenido en un gobierno de los jueces¹¹⁴. El reverso de este delimitamiento que Hauriou realiza de las funciones del legislador y del juez en el régimen constitucional francés es su encendida defensa de la primacía histórica y política del poder Ejecutivo, y su defensa de la elección popular del presidente de la República.¹¹⁵

2.2.2. Schmitt: Derechos fundamentales y garantías institucionales

Toda constitución moderna, señala en su *Teoría de la Constitución*, se estructura sobre un dualismo entre el elemento político democrático y el elemento apolítico del Estado de derecho burgués. A este dualismo estructural respecto a los fundamentos de la constitución corresponde naturalmente “un dualismo de los derechos fundamentales”¹¹⁶. Por un lado, y en línea con el principio de organización del Estado de derecho burgués (esfera de libertad individual en principio ilimitada; facultad estatal de intervención en principio limitada), los derechos fundamentales de libertad no son “según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa”. Se trata de derechos del individuo que “no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad

¹¹² Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, op. cit., pp. 138-139.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 279 y 297.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 293-301.

¹¹⁵ Stéphane Pinon, “Le pouvoir exécutif dans l’œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou (1856-1929)”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 24, 2004, pp. 119-163.

¹¹⁶ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 229.

individual”. Entre tales derechos anteriores y superiores al Estado, el cual “sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia”, se cuentan las libertades estrictamente individuales (libertad personal y de conciencia, propiedad privada, inviolabilidades del domicilio) y las libertades del individuo en relación con otros (de opiniones y de discurso, de cultos, de reunión y de asociación).¹¹⁷ Por otro lado, junto a estos derechos fundamentales de libertad individual la constitución moderna consagra una serie de derechos también fundamentales, pero de muy distinta naturaleza. Los derechos políticos, en primer lugar, corresponden a los derechos del individuo en cuanto ciudadano y afectan la participación en la vida del Estado. El derecho al voto, a la igualdad en la admisión a cargos, y al sufragio secreto no reposan en la sistemática del Estado de derecho burgués sino en el principio político de la democracia, de modo que su existencia no es anterior sino interior al círculo del Estado. Por fin, la constitución puede –como lo hizo la segunda parte principal del texto de Weimar– consagrar otros derechos que comparten la cualidad de presuponer una organización estatal a la que el titular del derecho se incorpora: se trata de los derechos sociales (o socialistas), que Schmitt define como derechos del individuo a prestaciones sociales positivas por parte del Estado y que, en cuanto tales, se encuentran también condicionados por la propia organización política.

Schmitt concibe por primera vez en esta obra la distinción entre los verdaderos derechos fundamentales y las diversas garantías constitucionales dadas a ciertas instituciones públicas o privadas, desde la familia a las facultades de teología, pasando por el funcionariado civil profesional. A diferencia de los derechos fundamentales de libertad, lo que Schmitt aún denomina indistintamente garantías institucionales o constitucionales consisten en regulaciones constitucionales que aseguran la existencia de ciertas instituciones públicas o privadas contra su supresión por parte del legislador. En palabras de Schmitt, este tipo de garantía “[e]xiste sólo dentro del Estado, y se basa no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines”. Según precisa, “[n]i aun siquiera cuando se aseguran con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones —lo que no es obligado—, hay ahí derechos fundamentales ningunos”¹¹⁸. Apartándose de las doctrinas estrictamente positivistas, sobre la base de la distinción entre derechos fundamentales y lo que aún denomina indistintamente garantías institucionales o constitucionales Schmitt precisa que “[n]o todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Constituciones del Estado de Derecho por una

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 224.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 231-232.

regulación constitucional”, ni tampoco “toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental”¹¹⁹.

En su *Teoría de la Constitución*, sin embargo, Schmitt no había logrado “discernir con suficiente claridad las garantías institucionales de carácter jurídico esencialmente público de aquellos otros institutos jurídicos de carácter privado”¹²⁰. En sus posteriores trabajos específicamente dedicados a esta materia Schmitt alcanzará a distinguir entre cuatro clases distintas de garantías constitucionales: las garantías de institutos [*Institutsgarantien*], las garantías institucionales [*institutionelle Garantien*], las garantías de un *statu quo* específico, y las garantías de derechos fundamentales en sentido propio.¹²¹ Las garantías de institutos, en primer lugar, conciernen al ámbito del derecho privado, y constituyen protecciones legal-constitucionales de “los institutos jurídicos [*Rechtsinstituten*] en el sentido de conjuntos típicos y tradicionalmente establecidos de normas y relaciones jurídicas”¹²². A las garantías de instituto corresponden, por ejemplo, la protección constitucional del matrimonio, de la herencia y de la propiedad privada¹²³, y tal como lo demuestra la cuestión de la expropiación, la delimitación teórica de su alcance tiene un significado práctico: “determinar la medida de la defensa contra el *legislador*”¹²⁴. En segundo lugar, las garantías institucionales atañen al derecho público y presuponen “la existencia de una institución, es decir de una entidad [*Einrichtung*] de carácter jurídico-público, formada y organizada y, por tanto, definida y diferenciable”¹²⁵. Este tipo de garantía presupone la existencia de instituciones públicas con rasgos definidos y una organización típica reconocida tradicionalmente por el propio derecho político: la garantía de autoadministración municipal contemplada en el art. 127 de la constitución de Weimar es el ejemplo típico al que, a este respecto, apela Schmitt. Aunque las garantías institucionales están normalmente vinculadas a determinadas personas de derecho público, como el caso de los municipios respecto de la garantía de su autoadministración, las garantías institucionales del funcionariado profesional alemán demuestran que tal titularidad no es condición necesaria. Una garantía institu-

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 223.

¹²⁰ Carl Schmitt, “Derechos de libertad y garantías institucionales en la constitución del Reich”, en *Posiciones ante el derecho*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 181-242, aquí p. 189.

¹²¹ Carl Schmitt, “Derechos de libertad y garantías institucionales en la constitución del Reich”, *op. cit.*, pp. 181-242; Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, *op. cit.*, pp. 181-231.

¹²² Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, *op. cit.*, p. 215, traducción mía.

¹²³ Carl Schmitt, “Derechos de libertad y garantías institucionales en la constitución del Reich”, *op. cit.*, p. 206.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 222.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 198, traducción modificada.

cional puede contemplar asimismo la protección de derechos subjetivos, pero esta protección está subordinada a la defensa y al servicio de la institución: así, frente al caso conflicto “decide el interés institucional y no el interés egoísta individual de quien se encuentra subjetivamente autorizado”¹²⁶. Al proteger instituciones existentes y duraderas, este tipo de garantía supone siempre un componente de garantía del *status quo*. Por su parte, las “garantías puramente del *status quo*” son aquellas que “procuran asegurar con vistas a un determinado plazo (...) una situación jurídica o una circunstancia”¹²⁷. A este tipo corresponden las cláusulas transitorias de la constitución cuya validez se proyecta en el tiempo (por ejemplo, hasta la sanción de una ley especial que deberá regular la materia), así como algunas garantías conexas a determinadas garantías institucionales –por ejemplo, la garantía de *status quo* de los bienes eclesiásticos como conexas a la garantía institucional de las confesiones religiosas como corporaciones de derecho público–¹²⁸. Por último, las garantías de los derechos fundamentales son protecciones constitucionales en las que es posible “encontrar la *garantía de una regulación en el sentido típico tradicional*”, es decir, regulaciones que apuntan a la garantía de los “derechos fundamentales clásicos del Estado de Derecho burgués”. Así, por caso, la protección constitucional de la libertad individual no tiene por objeto la salvaguarda de una institución o un instituto, sino que tiene “el sentido de garantizar la tradicional, típica y acostumbrada *limitación* de la intervención en la libertad.”¹²⁹

Los derechos fundamentales del Estado de derecho –“libertad personal, propiedad privada como libre arbitrio sobre lo que se posee, libertad de movimientos, libertad de expresión, libertad de asociación”¹³⁰– son derechos humanos en sentido propio, en tanto derechos del individuo anteriores al Estado que protegen a la persona humana física individual (sea ciudadano o extranjero), pero no a la persona jurídica. Son derechos negativos, porque no implican pretensiones de prestaciones sino de negaciones, “es decir, de defensa, si se viola[n]”.¹³¹ Para Schmitt, el “derecho a la igualdad ante la ley” no puede significar “el derecho (básicamente tautológico) a la aplicación de la ley de acuerdo con su contenido”; en el contexto sistemático del Estado de derecho burgués este derecho “se sitúa al lado del derecho a la libertad del individuo y significa el derecho a la libre igualdad y a la misma libertad, es decir, la prohibición de cualquier pri-

¹²⁶ *Ibidem*, p. 199, traducción modificada.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 212.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 212-214.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 230.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 231.

¹³¹ Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, *op. cit.*, p. 208, traducción mía.

vilegio.”¹³² Los derechos fundamentales son “en principio, ilimitados, es decir, su contenido y alcance quedan a la entera discreción del individuo. Toda normalización jurídica, toda intervención oficial, toda intervención estatal debe ser, en principio, limitada, mensurable, y todo control estatal debe ser, a su vez, controlable.”¹³³ Así, la “reserva de la ley” no supone una puesta a disposición de los derechos fundamentales en manos del legislador, sino una exigencia de razonabilidad de la intervención estatal conforme al concepto de ley (general, universal, abstracta) del Estado de derecho burgués: el legislador, que completa/realiza la reserva de ley, no puede, por caso, abolir la libertad.¹³⁴

Los derechos sociales o, como prefiere Schmitt, “socialistas”, en tanto “derechos del individuo a prestaciones positivas de carácter social o cultural” no pueden, a su juicio, ser considerados como verdaderos derechos fundamentales para la sistemática del Estado de derecho. Como apunta Robert Alexy, según la teoría schmittiana un derecho como el del “otorgamiento de condiciones mínimas de existencia, aun cuando pudiera ser fundamentado en normas del catálogo de derechos fundamentales [de la Constitución o la Ley Fundamental], no podría ser llamado «derecho fundamental» ya que tiene una estructura diferente a la del derecho de libertad del Estado liberal de derecho.”¹³⁵ Para Schmitt, de la regulación constitucional no surgen derechos a prestaciones estatales positivas sino directrices para el legislador, la administración y el servicio de justicia, de modo que la eficacia de los derechos de bienestar no se deriva de la constitución, sino de las leyes dictadas de conformidad con ella. Con todo esto Schmitt profundiza un capítulo de la relativización de los derechos sociales como derechos fundamentales que ya había prefigurado en su *Teoría de la Constitución* al indicar que, “[s]egún su estructura lógica y jurídica”, tales derechos “se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad”¹³⁶.

En una argumentación que no está exento de ser juzgada tautológica, la clarificación de la naturaleza de los derechos fundamentales en el marco de sentido de su sistema constitucional es para Schmitt una empresa decisiva, porque su contenido material es determinante de la especie de la constitución. Si, de acuerdo con su perspectiva, “una definición de los derechos fundamentales determinada por los hechos debe partir del supuesto de que debe existir una conexión directa, concreta y conceptualmente esencial entre los derechos fundamentales y la constitución”, entonces “los

¹³² *Ibidem*, p. 211, traducción mía.

¹³³ *Ibidem*, pp. 208-209, traducción mía.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 207-209; Carl Schmitt, “Derechos de libertad y garantías institucionales en la constitución del Reich”, *op. cit.*, p. 233.

¹³⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 63-64.

¹³⁶ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 230.

derechos fundamentales son sólo aquellos que pertenecen al fundamento del propio Estado y que, por lo tanto, están reconocidos como tales en la Constitución”.¹³⁷ Siguiendo este razonamiento, “cada tipo concreto de Estado tiene sus propios derechos fundamentales específicos”, y un Estado de derecho liberal-democrático, que se define por la igual libertad individual, “no puede reconocer como derechos fundamentales privilegios y derechos especiales, ya sea de individuos, empresas u organizaciones, sin transformarse en un Estado de privilegios.”¹³⁸ Ahora bien, esta defensa del carácter individualista de los derechos fundamentales de un Estado de derecho no tiene como correlato un individualismo irrestricto: en efecto, las garantías institucionales de la constitución vienen a ratificar la objetividad de ciertas realidades del derecho público irreductibles a la sistemática individualista del Estado de derecho liberal-burgués.

La superación del dualismo estructural entre monarca y parlamento de la monarquía constitucional decimonónica en favor del principio democrático y de la integración entre Estado y sociedad que supuso la constitución republicana de Weimar fue una transformación del derecho público alemán de una magnitud tal que sus resultados debían permanecer en cierta medida incalculables. La posición de superioridad sin parangón en la historia constitucional alemana en que quedaba el *Reichstag*, sin embargo, sí fue tempranamente advertida por Max Weber y Hugo Preuß, quienes postularon al presidente del Reich como un necesario contrapeso institucional de un ahora omnipotente parlamento y como centro de referencia para un vasto funcionariado (fuerzas armadas, administración civil, judicatura y, en cierta medida, profesorado universitario) forjado en la tradición monárquica; a la radicalización de esta hipótesis tributaria Schmitt sus propios esfuerzos¹³⁹. Ciertamente, la mayoritaria de la élite de altos funcionarios mantuvo una posición de recelo o aversión frente a la naciente democracia republicana, que tuvo su contraparte en la prevención que su conservadurismo despertaba en la izquierda socialdemócrata. En este contexto, apunta Esteve Pardo, “la utilización de la categoría de garantía institucional por parte de Carl Schmitt tiene la clara intencionalidad política de impedir que el parlamento pudiera alterar el estatus de ese poderoso colectivo”¹⁴⁰. Ahora bien, el punto de vista institucional de Schmitt, sin embargo, no supone una garantía del funcionariado contra el interés objetivo del Estado. Como

¹³⁷ Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, *op. cit.*, p. 190.

¹³⁸ *Ibidem*, p 191.

¹³⁹ Max Weber, “El presidente del Reich”, en *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 2008[1919], pp. 336-342; Peter Stirk, “Hugo Preuss, German political thought and the Weimar constitution”, *History of Political Thought*, vol. 23, n° 3, 2002, pp. 497-516; Julio Pinto, “La evolución del concepto de presidente plebiscitario del Reich de Weber y Schmitt”, en Jorge Dotti y Julio Pinto (comps.), *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*, EUDEBA, Buenos Aires, 2002, pp. 109-119.

¹⁴⁰ José Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del derecho público europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 145.

demuestra su comentario en apoyo a la validez de las reducciones salariales del funcionariado decretadas por el presidente Hindenburg, Schmitt considera que la garantía institucional

que la Constitución del Reich otorga a la función pública profesional y que representan una gran especialidad en la incertidumbre general de la vida económica actual, no pueden convertirse en ventajas individualistas y sacarse del contexto general de la institución de derecho público de la función pública profesional. (...) No hay ningún derecho subjetivo de los funcionarios que se sitúe al margen de la institución específica de la función pública alemana.¹⁴¹

El punto de vista institucional es también determinante en el tratamiento que Schmitt prodiga en estos años a las posibilidades de introducir una jurisdicción constitucional concentrada en Alemania. Contra la creación de un tribunal con una amplia competencia de revisión de constitucionalidad el jurista germano vuelve una y otra vez sobre la idea de que no se puede crear voluntaristamente una institución: según señala Schmitt,

[c]ada institución, e incluso cada norma, tiene como característica, a manera de premisa inmanente de su existencia o de su validez, [una] conexión con una situación en sí; y esta conexión se hace más intensiva e inmediata a medida que la institución se aproxima al centro político de la formación de la voluntad estatal. Ya es bastante extraño que durante un cierto tiempo se intentara instituir en Alemania un defensor de la Constitución y de litigio constitucional. Pero todavía resulta más sorprendente que una tal institución, imposible de imaginar sin estabilidad y sin permanencia, se pretendiera implantar en un ambiente que por principio la rechazaba, como permite inferir un detenido examen, y hasta una somera apreciación.¹⁴²

La solución a la crisis estatal de una Alemania que, para Schmitt, ha devenido en un Estado de partidos de coalición lábil incapaz de toda neutralidad suprapartidaria, no puede reposar enteramente ni en la tradición histórica del funcionariado alemán, ni puede consistir en una espuria judicialización de la política. Por un lado, y si bien Schmitt confía en el papel moderador contra la política de partidos que pueden desempeñar los elementos del Estado funcional aún presentes en Alemania, un fun-

¹⁴¹ Carl Schmitt, "Wohlerworbene Beamtenrechte und Gehaltskürzungen (1931)", en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, *op. cit.*, pp. 174-180, aquí 179.

¹⁴² Carl Schmitt, "El defensor de la Constitución", *op. cit.*, p. 138.

cionariado de carrera “limitado por naturaleza a la justicia y a la Administración (...) carece de la posibilidad de adoptar por su cuenta resoluciones políticas y para determinar, conforme a las normas y disposiciones que le son de aplicación directrices políticas. Puede poner obstáculos y mostrarse reticente, desarrollando dentro de su campo funcional su acción neutralizadora, pero no le es dado decidir ni dirigir en sentido estricto.” Por otro lado, para Schmitt es aún “menos posible basar el Estado neutral en la justicia y transferir mediante cualquier amaño judicial la adopción de decisiones políticas a través de tribunales ordinarios, aunque estén integrados por jueces de carrera, o Tribunales de Estado.” Y es que la judicatura alemana no es, como la anglosajona, garante de un derecho común del país que precede al derecho positivo del legislador, sino un cuerpo burocrático que realiza el derecho del Estado. El propio Tribunal Supremo del Reich [*Reichsgericht*] había dado cuenta cabal de la conciencia de su propia posición en el sistema de legalidad estatal en su célebre sentencia del 4 de noviembre de 1925, al excluir del radio del control de constitucionalidad a las leyes aprobadas según el procedimiento del artículo 76¹⁴³. En opinión de Schmitt, la “judicatura profesional independiente alemana pertenece, como entidad neutral en el orden político interior, al complejo que (...) hemos calificados de Estado funcional. Pondriase en peligro tanto esta judicatura profesional como los fines de una objetividad imparcial, si se pretendiera utilizarla para implantar como Estado neutro un Estado judicial criptopolítico.”¹⁴⁴

Roto el fundamento monárquico y superado el dualismo entre Estado y sociedad estructurante del derecho político imperial, el funcionariado alemán no se encuentra ya en una posición trascendente frente a la sociedad, pero sí vinculado a un deber de imparcialidad que se sigue de las garantías institucionales a la administración civil y a la judicatura. En el cuadro constitucional del Estado democrático, la preservación de la gran tradición del funcionariado profesional alemán debe hacerse sobre nuevas bases, y la legitimidad plebiscitaria del presidente está llamada a desempeñar éste gran papel. Para Schmitt, más importante que el obstáculo a un reparto puramente partidista de cargos que supone su designación por un presidente independiente del parlamento y los partidos es “la relación que existe entre el Estado funcional, garantía del Derecho constitucional, y un presidente del Reich, elegido por vía plebiscitaria que domina el elemento plebiscitario de la constitución. De este modo se crea la única posibilidad imaginable en una constitución democrática de

¹⁴³ Pablo Riquelme Vázquez, “¿Marshall en Weimar? El “derecho de control judicial” en la Alemania de entreguerra”, *Historia Constitucional*, n° 22, 2021, pp. 937-966.

¹⁴⁴ Carl Schmitt, “Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates (1930)”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, *op. cit.*, pp. 41-58, aquí pp. 48-49; Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 193-194.

una institución independiente, sin la cual no se puede configurar ningún defensor de la constitución.”¹⁴⁵

Sobre la piedra angular de la distinción entre garantías distintas clases de garantías constitucionales (de derechos fundamentales, de institutos, institucionales y de *status quo*), las elaboraciones schmittianas rematan en tres grandes corolarios. En primer lugar, que los derechos fundamentales de una constitución del Estado de derecho burgués no pueden ser otros que los derechos de individuales de libertad, porque cualquier actualización y positivización constitucional de derechos especiales es la vía a un privilegio contradictorio con la esencia misma de este tipo de Estado. En segundo lugar, que ante las garantías institucionales el legislador dispone de un amplio radio de competencia regulatoria, pero la protección constitucional de los elementos y atributos típicos que conforman a dichas instituciones en tanto ordenaciones de derecho público imposibilita su supresión legal. En tercer lugar, que la defensa de la constitución no puede ser confiada, al menos en las circunstancias alemanas, a un tribunal constitucional, sino que debe encontrar su referencia en la legitimidad plebiscitaria del presidente y en su ascendiente sobre la administración civil y militar. En la coyuntura crítica de Weimar la apuesta política de Schmitt consiste, centralmente, en subordinar a la burocracia profesional –incluida la judicatura– al principio de legitimidad plebiscitaria del presidente contra un doble frente: por un lado, contra un parlamento incapaz de desempeñar constructivamente su papel constitucional; por otro, contra las tendencias hacia la erección de un jurisdicción constitucional que hiciera de Weimar un Estado jurisdiccional.

Las posiciones teóricas de Hauriou y Schmitt en cuanto a los derechos y garantías de la constitución revelan fuertes y profundas afinidades. Para ambos los derechos de libertad individual son auténticos derechos fundamentales, anteriores al Estado y a la constitución. Tales derechos se apoyan sistemáticamente en la reciprocidad de los principios de igualdad y libertad, esto es, en la igual libertad de todos los miembros de la sociedad civil y, para ambos, se trata de derechos en principio negativos. Ambos sostienen que estos derechos pueden no constar en el texto de la Constitución, pero tienen una validez jurídica superior a las leyes ordinarias y, en el extremo, incluso a las mismas leyes constitucionales. Los dos coinciden asimismo en destacar el papel que el sistema de las garantías de la libertad individual tiene para una comprensión global del orden constitucional democrático-liberal. Por fin, los dos coinciden en afirmar un control de constitucionalidad difuso, oponiéndose ambos a la creación de un tribunal constitucional. De estas profundas afinidades, sin embargo, no es posible derivar la certeza de una influencia en sentido estricto, y es que en sus trabajos de derechos constitucional

¹⁴⁵ Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 281-282.

orientados a la dogmática de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales Schmitt omite toda referencia a Hauriou. La cuestión, no obstante, no escapa enteramente a sus consideraciones, y en un comentario agregado en los años cincuenta a “Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich”, Schmitt postula que “[s]e podría analizar la esencia de la Constitución desde el ángulo de las garantías institucionales. (...) El institucionalismo es, en la forma de pensar del orden concreto, más adecuado al pensamiento constitucional que el normativismo con su concepto híbrido de una jerarquía normativa y de un control normativo abstracto.”¹⁴⁶ Al encuadramiento de este fenómeno responde precisamente la contribución más significativa de Maurice Hauriou a la teoría constitucional: su doctrina de la “superlegalidad constitucional”. Bajo el influjo del pensamiento institucionalista de Hauriou, desde *Legalidad y legitimidad* la constitución no será ya para Schmitt ni una simple colección de leyes constitucionales ni el resultado de una decisión soberana *ex nihilo* en favor de la democracia y el Estado de derecho; desde esta óptica, Schmitt llegará a identificar a los principios individualistas de orden público y de justicia contenidos en el texto constitucional con la sustancia misma de la constitución de Weimar.

2.3. La superlegalidad constitucional del orden individualista.

2.3.1. La superlegalidad de Hauriou

La noción y la denominación de “superlegalidad” de Maurice Hauriou es, como nota Schmitt, “el fruto de su larga experiencia constitucional y administrativa, con teoría y praxis, de las múltiples constituciones francesas entre 1789 y 1923 y de la administración estable y tan rica en tradiciones de la nación francesa y de su Estado.” Sin embargo, la doctrina de la superlegalidad de Hauriou no se reduce –como sugiere Schmitt– a una simple noción de “validez aumentada de ciertas normas frente a normas sencillas o normales”¹⁴⁷; en cambio, el concepto de superlegalidad de Hauriou se propone precisamente capturar también la naturaleza jurídica de aquellos aspectos de la vida constitucional irreductibles a la fórmula de una norma de validez aumentada. En abierta oposición a los positivismo de Duguit y Kelsen y a la teoría del Estado de Carré de Malberg, inspirada a su vez en la *Allegemeine Staatslehre* de Jellinek, Hauriou nunca consideró que el fundamento de legitimidad y la génesis histórica de la constitución del Estado, aunque extralegales en un sentido estatutario, fueran extrajurídicos. Desarrolló en consecuencia una teoría constitucional que no expulsa de su campo al fundamento ideal de

¹⁴⁶ Carl Schmitt, “Derechos de libertad y garantías institucionales en la constitución del Reich”, *op. cit.*, p. 240.

¹⁴⁷ Carl Schmitt, “La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad”, *op. cit.*, p. 8.

legitimidad que subtiende e informa a la legalidad positiva de la constitución, elaborando en consecuencia una teoría del carácter jurídico de su génesis y legitimación a partir de la institucionalización en el régimen de Estado de un orden individualista resultante de equilibrios progresivos entre el individuo y la sociedad, entre la libertad y el poder.¹⁴⁸

Según apunta Hauriou, el origen de toda constitución es, desde el punto de vista de la legalidad estatal, una operación instituyente revolucionaria que se realiza invocando un derecho anterior y superior al Estado. Ahora bien, una vez establecida la primera constitución escrita, y de no mediar revoluciones recurrentes, la continuidad y duración constitucional devienen en una noción de rigidez constitucional que, finalmente, desemboca en el establecimiento de una superlegalidad constitucional. Hauriou remonta el origen histórico del fenómeno de la superlegalidad constitucional al establecimiento de constituciones escritas rígidas, movimiento originado a fines del siglo XVIII en los Estados Unidos y en Europa continental, movimiento que responde, para Hauriou, a dos grandes ideas: por un lado, a la idea de las leyes fundamentales del reino originada en los Estados monárquicos europeos; por otro, y ligada a la experiencia de las empresas coloniales europeas, a la idea de un Estatuto corporativo del Estado afirmada por el desenvolvimiento del régimen representativo y los progresos de la soberanía nacional (que, para Hauriou, significa la soberanía “pasiva” de un cuerpo electoral llamado a controlar la soberanía “activa” del gobierno)¹⁴⁹. A la constitución escrita corresponde una superlegalidad de tipo formal, definida por la superioridad y la supremacía normativa y la rigidez asentada en un procedimiento especial de revisión. En el marco del conjunto de lo que Hauriou llama las “reglas del derecho de la constitución”, y en virtud de su superlegalidad como nota jurídica característica de las constituciones de régimen moderno, las leyes constitucionales se imponen tanto sobre las leyes ordinarias como sobre las prácticas y costumbres de la constitución. Por lo demás, Hauriou distingue dos especies de superlegalidad constitucional formal: una de tipo americano, con su decidida tendencia en favor de una regulación amplia que se extiende incluso a aspectos procesales y reglamentarios como contracara de una fuerte desconfianza en la legislatura ordinaria, y una de estilo europeo, más moderada en sus estipulaciones materiales, y que permite un mayor juego a las construcciones de la jurisprudencia basada en principios.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Maurice Hauriou, “Le point de vue de l’ordre et de l’équilibre”, *Recueil de législation de Toulouse*, n° 5, 1909, pp. 1-86; Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, *op. cit.*, pp. 491-593; Maurice Hauriou, “Le pouvoir, l’ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes”, *op. cit.*; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 1-29.

¹⁴⁹ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, *op. cit.*, pp. 260-261.

¹⁵⁰ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, *op. cit.*, pp. 280-281.

Pero junto a las leyes constitucionales que componen a la constitución escrita, el concepto de superlegalidad constitucional de Hauriou abarca también a aquellos “principios del orden público y de la justicia individualistas que, habiendo sido las bases de la civilización, constituyen una legitimidad superior a la constitución misma”¹⁵¹. Sobre estos “principios del derecho anteriores al Estado ha sido fundada jurídicamente la primera constitución del Estado”¹⁵², y por tanto se encuentran “por encima de la constitución escrita y, *a fortiori*, por encima de las leyes ordinarias”¹⁵³. Hauriou los describe como principios fundamentales “cuya legitimidad es superior al texto mismo de la constitución escrita y que no es necesario expresar en ella”, porque son ellos mismos “capaces de constituir una «legitimidad constitucional»”¹⁵⁴. Entre estos se cuentan “todos los principios del orden individualista, y, ante todo, los principios de las libertades individuales contenidas en las *Declaraciones de derechos* de la época revolucionaria” que, aunque como hemos visto en la sección 2.2 no integran la constitución escrita, “forman parte de la superlegalidad constitucional, porque constituyen un elemento de la legitimidad constitucional que está por encima de la constitución escrita.”¹⁵⁵ Entre los “principios fundamentales de la legitimidad constitucional” se cuentan, además de los derechos individuales que constituyen los derechos públicos de los franceses,

ciertos principios de organización de los poderes públicos, que tampoco tienen lugar en las leyes constitucionales de 1875, pero que dominan nuestro Derecho público y que, además, han sido expresados en Constituciones anteriores o en leyes que continúan en vigor: tal es el principio de la separación de poderes entre autoridad administrativa y la autoridad judicial (...); tal es el principio de la jerarquía administrativa (...) en fin, conviene incluir también entre los principios fundamentales aquéllos de nuestro Derecho público que, sin ser derechos individuales, desempeñan el papel de garantías de estos derechos; tales son, por ejemplo, los principios relativos a los impuestos (igualdad y publicidad del impuesto)”.¹⁵⁶

Erigido sobre los principios de libertad e igualdad, el poder público en el régimen de Estado moderno se define para Hauriou por tres separaciones: es un poder temporal, ocupado de los intereses civiles y las sanciones materiales como opuesto al poder religioso y espiritual ocupado del gobierno eterno de las almas y las sanciones espirituales; es un poder civil, opuesto y superior a un poder militar que se le subordina por ser

¹⁵¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁵² *Ibidem*, p. 256.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 81.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, *op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 297.

la idea de paz esencial al Estado; luego, es un poder político, apoyado en tanto el poder económico constituye un poder indirecto basado en la propiedad en manos de los particulares. Así, “la verdadera cualidad económica del ciudadano es la de consumidor, la única que es verdaderamente igual para todos, y el Estado es el gran sindicato de los consumidores levantado frente al sindicato de los productores”¹⁵⁷. La superlegalidad del orden individualista determina el modo negativo en que el poder público se relaciona con la esfera de la economía en el Estado moderno, de tal manera que los remedios frente a los potenciales efectos perniciosos del poder económico en manos privadas no pueden transformar al Estado en una colectividad económica por medio de la abolición de la separación entre poder político y económico. Para Hauriou

[t]odo remedio contra el capitalismo que tienda a la supresión del Estado-poder público y, bajo los nombre variados de socialismo, de colectivismo o de sindicalismo, trate de engendrar nuevamente una confusión del poder económico y del poder político entre las manos de una burocracia irresponsable, tiende, por lo mismo, a la supresión de la libertad, y no sólo de la económica, sino de la libertad individual en general.¹⁵⁸

La doctrina de superlegalidad constitucional de Hauriou remata en la idea de que, a fin de preservar la legitimidad constitucional, una revisión de la constitución escrita sólo es procedente en caso de grave crisis. La revisión constitucional no puede contrariar la propia superlegalidad constitucional y, por tanto, debe realizarse de conformidad con el procedimiento especial de revisión o modificación estipulado por la propia constitución, preservando a su vez los principios fundamentales generalmente reconocidos del derecho del propio pueblo. Así, para Hauriou toda revisión de la constitución es por definición limitada.¹⁵⁹ Este señalamiento de Hauriou acerca de ciertos principios de legitimidad constitucional superiores a la propia legalidad positiva de la constitución escrita impactará profundamente a Schmitt, y jugará un papel determinante en la argumentación de su *Legalidad y legitimidad*.

2.3.2. Schmitt y la superlegalidad constitucional

Legalidad y legitimidad es una obra especialmente controversial: mientras algunos ven en ella el asalto que corona su largo asedio contra el régimen de Weimar, el propio Schmitt consideró como un intento desesperado de salvar la constitución apelando al sistema de legitimidad

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 148, nota.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 147.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 270-277.

plebiscitaria que estaba contenido en ella. Cualquiera sea el caso, en ella Schmitt lleva al paroxismo sus juicios previos acerca de las inconsistencias de la carta de 1919, para concluir en el diagnóstico de que se trata de una constitución estructuralmente contradictoria. El gran adversario de Schmitt es, una vez más, el régimen parlamentario de Weimar, y precisamente contra la doctrina de la omnipotencia del legislador extraordinario contemplado en el artículo 76 de la Constitución es que Schmitt invocará explícitamente el concepto de superlegalidad de Hauriou.

La estrategia argumental de Schmitt consiste en una maniobra de pinzas: por un lado, define a Weimar como un Estado legislativo inconsistente, desde que el texto constitucional se apartaría de algunas disposiciones claves del sistema de legalidad propio de ese tipo estatal; por otro, denuncia una abierta contradicción entre el relativismo axiológico y el funcionalismo legislativo de la primera parte principal de la constitución y los contenidos sustanciales y las referencias a valores que animan a las regulaciones materiales de la segunda parte. En cuanto a lo primero, Schmitt señala que el sistema de legalidad de un Estado legislativo se asienta en un sólido “axioma”: “un solo concepto de ley, un solo legislador y un solo procedimiento legislativo”¹⁶⁰, limitándose por tanto el contenido de una constitución típica del Estado legislativo “a regulaciones orgánicas y de procedimiento”¹⁶¹. Como resultado de la introducción del principio democrático de la mayoría como único criterio de justicia, a la constitución típica del Estado legislativo corresponde una neutralidad axiológica que remata en la doctrina de la igualdad de chance. Pero el sistema de legalidad de la constitución de Weimar se aparta de este tipo ideal mediante la introducción de tres legisladores extraordinarios con sus respectivos procedimientos legislativos y conceptos de ley. En primer lugar, y junto al *Reichstag* como legislador ordinario establecido en el art. 68, cuyas resoluciones adoptadas según una mayoría del 51% gozan de fuerza de ley “ordinaria”, la constitución contempla en su art. 76 un legislador extraordinario *ratione materiae*, cuyas decisiones plasmadas en “leyes modificativas de la Constitución” obedecen a una mayoría agravada del 66,66%. En segundo lugar, y como resultado del principio democrático-plebiscitario recogido en los mecanismos de referéndum, plebiscito e iniciativa popular de ley, al pueblo ciudadano es legislador extraordinario *ratione supremitatis*. Por último, y desde que el art. 48 sección 2 lo habilita a adoptar medidas y disposiciones que la jurisprudencia y doctrina de Weimar han equiparado en su alcance y efectos con la legislación ordinaria y cuya eficacia se ve aumentada al reunir en un órgano los poderes legislativo y ejecutivo, el presidente es legislador extraordinario *ratione necessitatis*.

¹⁶⁰ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., p. 40.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 39.

La segunda gran maniobra de Schmitt consiste en apuntar que el funcionalismo mayoritario y la neutralidad axiológica de la primera parte de la constitución se contraponen estructuralmente a las “garantías de contenido del sistema de sentidos de la segunda parte”¹⁶² con su protección a “determinados intereses de contenido material y determinados bienes”¹⁶³. Lo que, a este respecto, en su *Teoría de la Constitución* aún era caracterizado como una “contraposición” entre la opción por la sistemática del Estado de derecho burgués de la primera parte de la constitución y las amplias regulaciones materiales que definen a la parte dedicada a los derechos y deberes de los alemanes asume en *Legalidad y legitimidad* la intensidad de una “contradicción estructural” entre “la neutralidad axiológica del Estado legislativo parlamentario organizado en la primera parte” y “las garantías jurídicas materiales” de la segunda, que “no solo limitan [al Estado legislativo parlamentario], sino que también lo destruyen.”¹⁶⁴ Ante la contradicción entre el relativismo axiológico del funcionalismo legislativo y las prescripciones de derecho sustantivo, cargadas de referencias a valores, Schmitt concluye que

la primera y la segunda parte se contraponen en definitiva como dos Constituciones distintas, cada una de ellas con una lógica distinta, un espíritu distinto y un fondo distinto. (...) Y si, sabiendo que la Constitución de Weimar encubre, en realidad, dos Constituciones, se da ahora a elegir una de ambas, la decisión recaerá en favor del principio de la segunda Constitución y de su tentativa de establecer un orden sustancial. El germen que encierra la segunda parte de la Constitución merece ser liberado de contradicciones internas y de vicios de compromisos y ser desarrollado de acuerdo con su lógica interna.¹⁶⁵

Conviene detenerse un momento en las implicancias de este pasaje. Esta opción por la segunda parte de la constitución en detrimento de la primera supone, desde lo orgánico, desechar el sistema de legalidad del Estado legislativo-parlamentario. A su vez, en el cuadro de las posibilidades que Schmitt atribuye al sistema constitucional de Weimar esto conduce a una opción por el presidencialismo plebiscitario. Por otro lado, la idea de un principio contenido en la segunda parte que debe ser desenvuelto conforme a su lógica interna conduce a la pregunta por la naturaleza de este orden sustancial y su vinculación con la constitución. Si la constitución contiene, en efecto, un principio de orden sustancial, entonces no puede ser reducida a un complejo de normas de legalidad

¹⁶² *Ibidem*, p. 79.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 80.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 69-70.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 153-154.

agravada abierto a todas las posibilidades axiológicas y político-programáticas. Esto, a su vez, conduce a la pregunta por el legítimo círculo de actividad del legislador constitucional del artículo 76, cuestión que constituye el nervio problemático de *Legalidad y legitimidad*. Dado el carácter adversarial de la reflexión schmittiana, desde esta perspectiva pueden ser mejor visualizadas todas las implicancias de su posición.

Ya en su *Teoría de la Constitución* Schmitt se había opuesto fervientemente a las posiciones de juristas de fuste como Richard Thoma y Gerard Anschütz, quienes habían puesto el entero contenido de la constitución a disposición de este legislador extraordinario¹⁶⁶. Tal doctrina, afirma Schmitt en ocasión del décimo aniversario de la constitución de Weimar, “reduce todo el contenido de la Constitución a una mera disposición provisional” y hace de toda garantía o protección constitucional una mera “figura retórica”; su resultado final es que los 181 artículos de la constitución “no significarían entonces más que el relleno provisional de una cobertura en blanco contenida en el artículo 76.”¹⁶⁷ En su opinión, el derecho a la revisión constitucional establecido por la propia regulación constitucional no puede ser equiparado a un derecho ilimitado a la transformación constitucional que, en el extremo, pudiera suponer la destrucción de los pilares del propio sistema de legalidad constitucional. Como Schmitt reitera en distintas oportunidades luego de 1930, la visión doctrinal predominante sobre el artículo 76

sustraer a la Constitución de Weimar su sustancia política y su “fundamento” y la hace depender en su caso de un procedimiento de reforma neutral e indiferente a todo contenido, e incluso neutral también frente a la forma de Estado que hoy existe. Todos los partidos tienen así, equitativamente, las mismas posibilidades de lograr las mayorías necesarias para buscar, con ayuda del procedimiento vigente para la reforma de la Constitución, los objetivos que persiguen –ya sea República soviética, *Reich* nacional socialista, Estado sindical económico-democrático, Estado corporativo profesional, monarquía a la vieja usanza, aristocracia de cualquier género– e implantar una nueva Constitución.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Richard Thoma, “Das Reich als Demokratie”, en Thoma, Richard y Gerhard Anschütz (eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930, pp. 186-200, especialmente p. 193; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis in 4. Bearbeitung*, 14 ed., Georg Stilke, Berlin, 1933 (reimpresión: Aalen, Scientia Verlag, 1987), pp. 401-403.

¹⁶⁷ Carl Schmitt, “Zehn Jahre Reichsverfassung”, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁸ Carl Schmitt, “Übersicht über die verschiedenen Bedeutungen und Funktionen des Begriffes der innerpolitischen Neutralität des Staates (1931)”, en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles. 1923-1939*, *op. cit.*, p. 159; Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 212-213; Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, pp. 76-77; Carl Schmitt, “Corolario 1. Resumen de los diversos significados y funciones del concepto de neutralidad política interna del Estado”, en *El concepto de lo político*, *op. cit.*, pp. 131-137, aquí 133-134.

En suma, si la constitución no es más que un mero instrumento de legalidad agravada a la mano de los designios del legislador extraordinario del artículo 76, la lealtad constitucional se convierte por necesidad en obediencia ciega a toda y cualquier mayoría de dos tercios del *Reichstag*, incluso en contra de la sustancia democrática y liberal-burguesa de la propia constitución.

Es precisamente contra la doctrina de la plenipotencia del legislador extraordinario del artículo 76 que, en *Legalidad y legitimidad*, Schmitt invocará el concepto de superlegalidad pergeñado por Maurice Hauriou. Según afirma allí Schmitt, los “derechos generales de libertad delimitan la estructura social de un ordenamiento individualista, a cuyo mantenimiento y salvaguardia debe servir la regulación orgánica del Estado. Por ello”, continúa Schmitt evocando al *Précis de droit constitutionnel* de 1923 del maestro tolosano, “son principios realmente fundamentales y, como se ha dicho de los principios de 1789, constituyen «la base de todo el ordenamiento público» (*la base du droit public*).” Estos principios fundamentales del ordenamiento individualista, prosigue Schmitt,

[c]ontienen una dignidad supralegal, que se levanta por encima de toda regulación jurídica constitucional orgánica puesta al servicio de su salvaguardia y por encima de cualquier regulación jurídica material singular. Como ha explicado (...) Maurice Hauriou (...), tienen una *superlégalité constitutionnelle*, que se eleva por encima no solo de las leyes simples ordinarias, sino también de las leyes constitucionales escritas y excluye su derogación mediante leyes modificativas de la Constitución.¹⁶⁹

De hecho, es el propio Schmitt quien en retrospectiva considera como el “párrafo decisivo” de esta obra¹⁷⁰ aquél en el que afirma compartir

la opinión de Hauriou de que toda Constitución reconoce tales “principios” fundamentales (...), y de que el sentido de las disposiciones constitucionales sobre la revisión de la Constitución no es el de establecer un procedimiento para eliminar el sistema de organización cuya creación corresponde a la Constitución. Si una Constitución prevé la posibilidad de su revisión, ello no quiere decir que establezca un método legal para suprimir su propia legalidad, y menos aún que proporcione un medio legítimo para destruir su legitimidad.¹⁷¹

¹⁶⁹ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., pp. 91-92.

¹⁷⁰ Carl Schmitt, “La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad”, op. cit., pp. 8-9.

¹⁷¹ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., pp. 91-92.

Tanto en la introducción agregada a la segunda edición de 1968 de *Legalidad y legitimidad* como en su ensayo sobre la revolución legal mundial Schmitt subraya que su objetivo en aquellos daños críticos de Weimar era la defensa del sistema de legalidad constitucional contra las agresiones y abusos de nazis y comunistas¹⁷². En sus textos de Weimar, sin embargo, las menciones a estas fuerzas son más bien tangenciales, y se refieren en concreto al problema de la ilegalización de sus organizaciones por decreto-ley presidencial. Más significativas desde un punto de vista inmediatamente constitucional, en cambio, resultan sus continuadas impugnaciones a las posiciones de diversos juristas socialdemócratas como Otto Kirchheimer, Franz Neumann y Hermann Heller, comprometidos con el programa de una transformación socialista del Estado alemán por la vía de la propia legalidad constitucional de Weimar¹⁷³. Si, como hemos visto en 2.2, la naturaleza de los derechos fundamentales entendidos como algo distinto de las diversas clases de garantías constitucionales es determinante de la especie de constitución, la sistemática de los derechos del individuo y el ciudadano que hacen de Weimar una constitución democrática y liberal es radicalmente heterogénea de cualquier constitución “económica”, sea de consejos, sindicatos o corporaciones, fundada en la figura del productor individual o colectivo¹⁷⁴. En sus palabras,

[u]n Estado en el que sólo puede haber derechos de individuos singulares como derechos fundamentales tiene una constitución diferente a la de un *stato corporativo* con derechos fundamentales de asociaciones corporativas o de otro tipo; un estado que quiere basarse en el derecho de voto directo, igual y secreto de los ciudadanos individuales no puede hacer portadores de la voluntad política a las colectividades sociales autónomas y a las corporaciones a través de las cuales el individuo está mediatizado en general o para determinadas relaciones jurídicas con el estado. En mi opinión, esto pone fin al programa de una constitución económica tal y como se establece en el art. 165 párr. 2 y ss. si se quiere encontrar un sistema constitucional estatal anclado en él.¹⁷⁵

¹⁷² Carl Schmitt, “Introducción”, en *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, pp. IX-XXIX; Schmitt, “La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad”, *op. cit.*, p. 15-19.

¹⁷³ En su monografía “Derechos y deberes de la Constitución del Reich” (*op. cit.*, pp. 196-197) Schmitt refiere explícitamente a: Otto Kirchheimer, *Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*, E. Laubsche, Berlin, 1930; Franz Neumann, “Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung”, *Die Arbeit*, n° 9, 1930, pp. 569-582; Hermann Heller, “Estado de derecho o dictadura”, en *Escritos políticos*. Alianza Universidad, Madrid, 1985[1930], pp. 283-301.

¹⁷⁴ Carl Schmitt, “Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates (1930)”, *op. cit.*, pp. 41-45; Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 182-189.

¹⁷⁵ Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, *op. cit.*, pp. 190-191.

Así, Schmitt se opone de manera frontal a la validez jurídica de cualquier reforma constitucional que, pretendiendo hacer del artículo 165 un principio orgánico fundamental de la constitución, se apalancara en el legislador extraordinario del artículo 76 para dar al Estado alemán una constitución socialista.

Como hemos podido comprobar, la influencia de la teoría de la superlegalidad de Hauriou sobre Schmitt es incontrastable. Bajo el influjo del pensamiento institucionalista de Hauriou la indagación teórico-constitucional de Schmitt ya no identifica la constitución alemana de 1919 con una decisión soberana en favor de la democracia y el Estado de derecho, sino un ordenamiento que se funda en una realidad jurídica anterior y superior al texto constitucional. A la luz de estas nuevas coordenadas, Schmitt concluye por identificar a los principios individualistas de orden público y de justicia, a los derechos individuales de libertad y al conjunto de garantías institucionales con la sustancia misma de la constitución de Weimar. Como Hauriou, Schmitt se desliga de cualquier comprensión positivista que pretenda reducir a los derechos individuales de libertad a una obra del legislador, para colocarlos como fundamentos conceptuales del entero sistema de legalidad constitucional. Con Hauriou, Schmitt sostiene que se trata de principios y de derechos fundamentales capaces de insuflar de legitimidad a la propia legalidad constitucional y que, en cuanto tales, no están a disposición del legislador ordinario ni pueden ser abrogados por los mecanismos de revisión o reforma constitucional.

Ahora bien, según hizo constar Hauriou en sus trabajos de derecho constitucional, la doctrina de la superlegalidad constitucional se apoyaba enteramente en su propia teoría de la institución¹⁷⁶. Considerando tanto el peso que la teoría de la institución tiene en el enfoque de Hauriou como el reconocimiento que Schmitt le prodiga –y que ha suscitado las más diversas valoraciones–, la próxima sección abordará críticamente la cuestión de la influencia de la teoría de la institución de Hauriou en el pensamiento de Schmitt. Como resultado, notaremos la importancia de distinguir entre el “giro institucionalista” que Schmitt emprende en el ocaso de Weimar y el pensamiento del orden concreto que propugna bajo el nacionalsocialismo.

2.4. La teoría de la institución y el pensamiento del orden concreto.

2.4.1. Los órdenes concretos de Schmitt

En su monografía “Sobre las tres formas del pensamiento jurídico”¹⁷⁷ Schmitt postula al pensamiento del orden concreto como una op-

¹⁷⁶ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 21-24.

¹⁷⁷ Carl Schmitt, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, op. cit. Optamos por alterar la traducción de Monserrat Herrero de “Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens”.

ción superadora ante la contraposición entre normativismo y decisionismo. Según Schmitt, la diferencia fundamental entre los diferentes modos del pensar científico-jurídico

se pone de manifiesto en los presupuestos y fundamentos de un orden global, en las características de lo que se puede considerar una situación normal, una persona normal, y cuáles son las figuras concretas de la vida que hay que juzgar con justicia y que hay que asumir como típicas en la vida jurídica y en el pensamiento jurídico. Sin presunciones concretas continuas, ineludibles e imprescindibles, no es posible ni una teoría jurídica ni una praxis jurídica. Estas presunciones jurídicas, sin embargo, surgen directamente de las condiciones previas concretas de una situación que se supone normal y de un tipo de ser humano que se supone normal. Por lo tanto, difieren según las épocas y los pueblos, así como según las formas de pensamiento jurídico.¹⁷⁸

Bajo estas premisas generales, Schmitt identifica al normativismo con un pensamiento jurídico de reglas puras, que hace de todo orden jurídico un mero sistema de normas y de cualquier autoridad una función de la norma, y que reclama para sí la justicia de la impersonalidad y objetividad de la norma contra la decisión y arbitrio personales. Para el pensar normativista, “[t]odas las normas vigentes están, mientras lo son, naturalmente siempre «en orden»; por el contrario, el «desorden» de la situación concreta no interesa”¹⁷⁹. Este tipo de pensamiento resulta adecuado a toda situación regulable conforme al ideal del tráfico y la circulación mercantil, pero es inadecuado para captar la realidad jurídica de las ordenaciones institucionales concretas: para Schmitt, “[l]a convivencia de los cónyuges en un matrimonio, los miembros de una familia, los parientes dentro de una estirpe, los miembros de una clase, los funcionarios de un Estado, los sacerdotes de una Iglesia, los compañeros en un lugar de trabajo, los soldados de un ejército no pueden quedar reducidos a una ley funcional predeterminada, ni a una regulación contractual.”¹⁸⁰ Ante estas instituciones, y pese a todas las regulaciones y normativizaciones, el juez y el legislador se ven ante el dilema de aceptar los conceptos jurídicos que vienen dados por ellas o destruir sus órdenes concretos. El decisionismo, por su parte, postula que el “último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya «fuerza jurídica» no puede ser deducida de la supuesta fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 252-253, traducción modificada.

¹⁷⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 264.

corresponde con una regla crea derecho.”¹⁸¹ Para el pensamiento decisionista el orden y la normalidad jurídicas son, en última instancia el resultado de un mandato soberano: así surge de la sistematización schmittiana de Hobbes, quien por primera vez pensó el orden jurídico desde el presupuesto del desorden total de la guerra civil religiosa. Para el tipo decisionista, la decisión soberana “no se explica jurídicamente ni desde una norma, ni desde un orden concreto, ni encuadrada en un orden concreto. Solo la decisión funda tanto la norma como el orden”¹⁸².

El pensamiento del orden concreto, postula Schmitt, es un tipo superador de las insuficiencias y unilateralizaciones del decisionismo y el normativismo y, en tanto combinación inconsistente de ambos, también del positivismo. Para este tipo de pensamiento jurídico el orden no es equiparable a una regla o suma de reglas, sino que la regla sirve a un orden que la precede: así, el orden no es una creación de la norma, sino que la norma tiene una función regulatoria en el marco de un orden ya dado, de modo tal que la autonomía de la ley frente a la situación objetiva y el orden de las cosas dado es, para una perspectiva como esta, relativamente pequeña. Schmitt remonta el linaje de este pensamiento concreto de los órdenes y las configuraciones en el ámbito cultural alemán al derecho natural aristotélico-tomista del medioevo, llegando a través de los órdenes naturales de la creación de Lutero a las filosofías del Estado y del derecho de Hegel y Savigny, con Lorenz von Stein como último gran cultor en el siglo XIX. Su continuidad es apenas interrumpida por el auge del positivismo desde la segunda mitad del siglo XIX, que por “el seguro camino de la «teoría»”¹⁸³ habría de reducir lo jurídico a la norma estatalmente sancionada y a todos los órdenes estatales e intraestatales a normaciones contractuales y legales.

Para Schmitt, en el siglo XX ha sido el “institucionalismo jurídico” el que, con Santi Romano en Italia y Maurice Hauriou en Francia como sus principales exponentes, ha estado a la cabeza de la recuperación de este tipo de pensamiento jurídico. Para el pensamiento institucional, afirma Schmitt, el Estado no es “una norma o sistema de normas, tampoco una mera decisión soberana, sino la «institución de instituciones», en cuyo orden muchas otras instituciones en sí autónomas encuentras su defensa y su orden.”¹⁸⁴ Sin embargo, Schmitt prefiere la denominación de pensamiento concreto de los órdenes y las configuraciones por encima de pensamiento institucionalista. Esto, afirma, en virtud de que la palabra de origen latino *institución* tiene para los alemanes “todas las desventajas y pocas de las ventajas que gozan las palabras extranjeras”: por un lado,

¹⁸¹ Carl Schmitt, *Ibidem*, p. 269.

¹⁸² *Ibidem*, p. 273.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 288.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 304.

no puede “traducirse adecuadamente ni por organización (*Einrichtung*), ni por establecimiento (*Anstalt*), ni por organismo (*Organismus*), a pesar de que refiere a algo de cada uno de estos conceptos”; por otro, el desarrollo neotomista emprendido por Georges Renard, discípulo de Maurice Hauriou, marca para Schmitt a la expresión “pensamiento institucional” con “el sello de una mera reacción conservadora contra el normativismo, el decisionismo y el positivismo del último siglo y se expone a malentendidos y a objeciones demasiado triviales”¹⁸⁵. Como ya quedó apuntado, esto no obsta a Schmitt para definir a la labor de Hauriou como “el primer intento sistemático de restaurar el pensamiento del orden concreto”¹⁸⁶.

Buena parte de la literatura especializada ha subrayado el papel que la teoría de la institución de Hauriou y, en especial, su noción de “idea directriz”, habrían tenido en el desarrollo de esta nueva perspectiva schmittiana. Ya en 1937 Eric Voegelin afirmó taxativamente que “el pensamiento del orden y la forma» no es nada más que un desarrollo –por cierto, en buen alemán– del término extranjero *institution*.” Según este filósofo, la noción de que “de que la «idea» debe ser realizada en el orden político concreto encontraría sus cimientos en la teoría de la *idée directrice* de Hauriou.”¹⁸⁷ Meierhenrich afirma, en esta misma clave, que “quizá el elemento más importante en que Hauriou influyó en Schmitt es la noción de «*idée directrice*»”.¹⁸⁸ Croce y Salvatore, por su parte, opinan que, junto con la noción de superlegalidad, los conceptos fundamentales “de una idea ordenadora y proyectiva de la acción social [*ordering and project-idea of social action*] (*idée directrice*) y la formación de un poder estructurante” de Hauriou “se convierten en los pilares de la teoría del orden concreto”¹⁸⁹ de Schmitt. Siguiendo la autointerpretación del propio Schmitt, casi todos los comentaristas tienden a coincidir en la importancia de esta influencia para una comprensión suprapersonalista del derecho. Todo esto conduce a la cuestión de en qué medida, y hasta qué punto, la nueva perspectiva jurídica de Schmitt responde a la teoría de la institución de Hauriou.

2.4.2. La teoría de la institución de Hauriou

“La base fundamental del derecho público”, afirma Hauriou en el año 1918, “no es el contrato, ni el Estado de derecho [*rule of law*], ni la ley escrita; ni siquiera es directamente el Estado [sino] la institución, y el Estado alcanza su forma real sólo al convertirse en una institución

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 304-305.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 301.

¹⁸⁷ Voegelin, Eric. *The collected works of Eric Voegelin*, Vol. 13, p. 110. Se trata de una reseña a la obra de Hans Kruppa *Carl Schmitts Theorie des Politischen* (Hirzel, Leipzig, 1937).

¹⁸⁸ Jens Meierhenrich, “Fearing the Disorder of Things. The Development of Carl Schmitt’s Institutional Theory, 1919–1942”, *op. cit.*, p. 171.

¹⁸⁹ Mariano Croce y Andrea Salvatore, “After Exception: Carl Schmitt’s Legal Institutionalism and the Repudiation of Exceptionalism”, *op. cit.*, p. 416.

corporativa”¹⁹⁰. La noción de institución de Hauriou es elusiva: ni puramente pública o privada, ni plenamente objetiva o subjetiva, ni tampoco absolutamente individual o colectiva, su imagen de la institución se posiciona justo en el medio de las grandes polaridades categoriales del discurso jurídico; parece tender siempre a edificar puentes entre todas estas oposiciones, abordando así desde nuevos ángulos la relación entre orden empírico y legalidad estatal. La teoría de la institución de Hauriou nació, como él mismo señala, de una “contemplación del mundo administrativo”¹⁹¹; de esta “ocupación diaria con su objeto inmediato” y de esta “visión concreta de un orden concreto”, afirma Schmitt, Hauriou obtiene una “comprensión jurídica clara del *régime administratif*”¹⁹². Las sucesivas reediciones de sus grandes obras de derecho administrativo y constitucional –que, lejos de ser meras reimpresiones, suponen en varias ocasiones reestructuraciones totales– y sus frondosos comentarios a las sentencias del Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos dan cuenta de su reelaboración continua de una metodología que encuentra su centro en una noción de institución que el francés desarrolló a lo largo de toda su trayectoria. El propio Schmitt fue consciente de este largo y desarrollo progresivo de la teoría de la institución cuando señaló a *La Science Sociale Traditionnelle* (1896), a la primera edición de *Principes de Droit Publique* (1910) y a *La Théorie de l’institution* (1924) como los tres hitos más trascendentes de la obra de Hauriou a este respecto¹⁹³.

Ya en la *Science Sociale Traditionnelle* Hauriou denominó “institución” a toda organización social que, fundada en principio por la pura fuerza, alcanza a convertirse en legal al ser instituida “por el espíritu”¹⁹⁴, al adquirir “un alma, un principio interno”¹⁹⁵. Para Hauriou, en toda organización que se torna institución se realiza un equilibrio entre las tendencias al egoísmo y al sacrificio inherentes al espíritu humano, cuya incomprensión u olvido explica las insuficiencias de las teorías puramente idealistas o materialistas para concebir el origen y la duración de las instituciones. A partir de sus *Principios de derecho público* de 1910, en cambio, el aspecto estructural y objetivo de la institución encuentra su

¹⁹⁰ Maurice Hauriou, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, *Harvard Law Review*, vol. XXXI, n° 6, 1918, pp. 813-821, aquí p. 813.

¹⁹¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 6ª ed., Larose et Tenin, París, 1907, p. X, citado en Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n°6, 1988, pp. 123-138, aquí p. 130.

¹⁹² Hauriou, según Schmitt, concibe al “viviente organismo administrativo francés (...) como una unidad viva con leyes propias y con una disciplina interna, que se distingue tanto del gobierno como de la justicia, como también de las funciones de administración aisladas que se encuentran en todos los Estados.” Carl Schmitt, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, *op. cit.*, pp. 302-303.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 303, nota 36.

¹⁹⁴ Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, L. Larose, París, 1896, p. 196.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 195.

mayor profundización. La institución es definida por entonces como “una organización social (...) cuya permanencia individual está asegurada por el equilibrio interno de una separación de poderes, y que ha establecido en su seno una situación jurídica.”¹⁹⁶ Pero, según el propio Hauriou, es en *Teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*¹⁹⁷ donde su pensamiento institucional alcanza su expresión cenital. Allí el francés ensaya una anatomía y una fisiología tripartita de la institución, proyectadas por analogía de la personalidad individual humana, que redundan en una descripción del proceso de personificación institucional. Como producto de lo que llama una “psicología comparada de la personalidad corporativa y la personalidad individual”, su doctrina de las instituciones personificadas “reposa sobre el postulado de que la sociedad es una obra psicológica y que en esta obra psicológica existen acción y reacción recíprocas del espíritu humano y ciertas ideas objetivas, bases de las instituciones.”¹⁹⁸ Luego de distinguir entre la institución-cosa, que atañe al derecho privado, y la institución-persona, que corresponde al derecho público, Hauriou describe a esta última como una figura trinitaria ordenada en torno a una idea directriz semejante al centro espiritual permanente de la persona humana, un poder organizado de gobierno equiparable al conjunto de los miembros corporales, y unas manifestaciones de comunión análogas a la unidad de la personalidad bajo la multiplicidad de estados de la conciencia y del inconsciente.

La “idea directriz” es el centro objetivo de la institución-persona, que se expresa en las conciencias individuales como una idea de obra o de empresa a realizar. Esta idea directriz debe comprenderse, siguiendo a la ciencia social tradicional, como una idea objetiva que se hace subjetivamente presente como idea de obra en las conciencias del fundador o grupo fundacional. Según Hauriou, la idea directriz de la institución es su “objeto”, y no debe confundirse ni con su “fin” –que como modo de cumplimiento o realización siempre parcial de la idea es externo a la institución–, ni con su “función”, ya que en la realización de una idea la institución puede asumir y desempeñar circunstancialmente diversas funciones.¹⁹⁹ En la marcha de la incorporación como institución-cosa a la personificación como institución-persona se articula en torno a la idea objetiva el segundo componente de la institución: el “poder de gobierno” al servicio de la realización de la idea de empresa que anima a la institución. A este poder lo conforman el conjunto de individuos interesados en la realización de la obra, los medios de poder disponibles para ello, y las reglas de procedimiento que conforman una voluntad unificada. Por

¹⁹⁶ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, Paris, 2010[1910], p. 129.

¹⁹⁷ Maurice Hauriou, *Teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968[1925].

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 52.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 44-46.

último, la “manifestación de comunión” de los miembros del grupo es el tercer componente de la institución-persona. Esta manifestación se da, en primer lugar, como una comunión en torno a la idea de la obra a realizar y, luego, respecto a los más mudables órganos de gobierno a emplear como medios en su realización. Estos “movimientos de comunión”, apunta Hauriou en línea con su duradera crítica al objetivismo sociológico,

no pueden analizarse completamente en las manifestaciones de una conciencia colectiva; son las conciencias individuales las que se conmueven al contacto con una idea común y las que, por un fenómeno de interpsicología, adquieren el sentimiento de su emoción común. El centro de este movimiento reside en la idea que se refracta en conceptos similares en millares de conciencias, provocando en ellas la tendencia a la acción. La idea pasa momentáneamente al estado subjetivo en los millares de conciencias individuales que se unifican en ella; las conciencias individuales invocan su nombre y ella desciende en medio de ellas, que se la apropian en estado subjetivo.²⁰⁰

Esto conduce directamente a la cuestión del carácter “suprapersonal” del derecho que, según Schmitt, distinguiría al institucionalismo²⁰¹. Como se desprende de la elaboración madura del maestro tolosano, el derecho es una realidad efectivamente supraindividual y, por lo tanto, irreductible a teoría puramente subjetivista basada en la voluntad individual. Sin embargo, el derecho no es para Hauriou una realidad suprapersonal: en efecto, la “persona” es la estructura típica de la ciencia del derecho de Hauriou, cuyas reflexiones se mueven por analogía desde la persona individual humana hacia la institución personificada.

La teoría de la institución de Hauriou tiene, indudablemente, implicancias capitales para la comprensión del fenómeno estatal. En primer lugar, desde el ángulo de la duración sociológica, y a través de las transformaciones revolucionarias y de las reacciones restauradoras del derecho positivo, el régimen de Estado moderno se aparece a primera vista como el paradigma de la institución, continuidad que hace aparecer, a su vez, al poder del Estado como forma paradigmática del poder; ante tales impresiones, sin embargo, no debe perderse de vista que el pluralismo jurídico de Hauriou no unilateraliza su noción jurídica de poder. Desde el punto de vista estructural la institución estatal no es sólo “un” poder de gobierno, sino el resultado de las oposiciones y equilibrios entre diversos poderes individuales y colectivos: así, la institución estatal contiene el equilibrio entre el poder mayoritario de la soberanía nacional y el poder minoritario

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 49-50.

²⁰¹ Carl Schmitt, “Advertencia previa a la segunda edición (1933)”, en *Teología política*, *op. cit.*, p. 12.

de la soberanía del gobierno, entre la descentralización del poder económico y la centralización del poder público, entre la empresa privada y la empresa pública. Esto es así porque, como criterio rector que atraviesa todo su período estructural del análisis institucional, el Estado no es sino “una nación en la que un gobierno central ha hecho la empresa de una cosa pública, de una *res publica* en el sentido latino del término”²⁰². Así, ya en 1903 Hauriou apunta que por “cosa pública (...) los hombres entienden el conjunto de instituciones, servicios públicos y riqueza pública que el Estado pone a su disposición, en el que participa y en el que coopera”. Aunque equiparable en principio con las nociones de bien público, interés público o interés general, la cosa pública “no absorbe necesariamente todo lo que es de interés público, ni todo lo que es de interés general, ni todo lo que concierne al público”. La cosa pública presupone la “distinción entre vida pública y privada, entre derecho público y privado, que es uno de los aspectos fundamentales del régimen de Estado”, y sobre ella se monta la separación entre poder político y económico que, tal como hemos visto en 2.3, es también esencial a la institución estatal moderna. Así, aunque los límites entre la vida pública y la vida privada son “fáciles de desplazar”, este “dualismo sigue siendo necesario”, y “un cierto equilibrio” entre ambos términos “es indispensable para la seguridad del régimen del Estado (...) Hasta ahora el Estado moderno lo ha aceptado, e incluso ha admitido la preponderancia de la vida privada; se preocupa de desarrollar sus servicios sólo allí donde falla la actividad individual, y se ve a sí mismo sólo como regulador y sustituto de ésta.”²⁰³ En segundo lugar, porque en la teoría de la institución tal como Hauriou la concibe desde mediados de los años veinte, el poder de gobierno es un elemento genealógicamente posterior a la fundación y ontológicamente secundario frente a la idea objetiva de obra o empresa. Esto es especialmente significativo porque, a diferencia de todo concepto de institución que presupone a la obediencia como el resultado de un cálculo estratégico del individuo y a la regularidad de la praxis como mero efecto del disciplinamiento social, la teoría del Estado del Hauriou maduro tiene por centro una idea de obra o de empresa subjetivamente presente en las conciencias de cada integrante de la institución estatal: para Hauriou, “[l]a idea en la que reposa la institución del Estado es la de la cosa pública o la empresa pública”²⁰⁴, y a ella se vinculan los dualismos entre público y privado y entre el poder político y el económico que definen al régimen de Estado moderno. Esta idea de la *res pública* es, para Hauriou, la que

²⁰² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 85.

²⁰³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 5ª edición, L. Larose, París, 1903, pp. 10-11.

²⁰⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 103.

genera el mecanismo representativo, que imparte al gobierno y a la sujeción [su] longevidad (...). En efecto, el poder gobernante llega a verse a sí mismo como representante de la *res publica* (incluso de la monarquía absoluta: los *Seis Libros de la República* de Bodin), y es también a la *res publica* a la que los súbditos acaban dirigiendo su sometimiento. También es la idea de la *res publica* la que servirá de soporte a la personalidad moral del Estado cuando ésta surja y devenga un nuevo signo de su longevidad.²⁰⁵

En el fondo de todo esto se encuentra un problema filosófico de envergadura: aquél de los fundamentos de la teoría de la institución y, en especial, de su adecuación con el iusnaturalismo aristotélico-tomista. En un extremo, Carl Schmitt coincide con Norberto Bobbio²⁰⁶ en señalar que la de Hauriou no es una perspectiva verdaderamente iusnaturalista y católica, atribuyendo a su discípulo Renard una más o menos infeliz deriva en esta dirección. En el otro extremo, Olivier Beaud define a Hauriou como un “ardiente iusnaturalista” que hace suya la síntesis aristotélico-tomista al definir a la justicia como distributiva –“*suum cuique tribuere*”– y orientada al bien común, mientras que, en una tónica similar, para Arturo Sampay Georges Renard no hizo sino profundizar y refinar las nociones iusnaturalistas católicas ya presentes en su maestro.²⁰⁷ Entre ambas posiciones se encuentra Juan Fernando Segovia, quien afirma tanto que “la doctrina de Hauriou tiene base aristotélica y (...) reposa en un trasfondo cristiano; es cierto, además, que supone una legalidad natural, enancada en la naturaleza humana, a la cual ha de acomodarse la regla de derecho”, cuanto que “es impugnable la afirmación del carácter clásico del iusnaturalismo del francés. (...) [L]a doctrina del derecho natural católico aparece confusa y desfigurada en su obra, pues es más bien una doctrina individualista, de corte liberal, centrada en la relación Estado-derechos individuales, antes que en lo justo objetivo.”²⁰⁸ Lo cierto es que el propio Hauriou fue ambiguo a este respecto.

²⁰⁵ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 23.

²⁰⁶ Para Bobbio, “Renard, que está filosóficamente confundido, tomó primero de Santo Tomás la tesis del bien común, luego, (...) también la teoría de la analogía, y lo mezcló todo: el resultado es una doctrina que es lo contrario del sentido común.” (Norberto Bobbio, “Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n°16, 1936, pp. 385–418, aquí pp. 395-396, traducción mía).

²⁰⁷ Según Sampay, “[l]o que Renard hizo no fue llevar por su cuenta la teoría de Hauriou al astotelismo tomista”, sino que lo que en verdad hizo fue “ajustarla y diafanizarla, pues poseía una afinada cultura filosófica con el preciso manejo de los términos y conceptos, que no tenía Hauriou.” (Arturo Enrique Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 34).

²⁰⁸ Juan Fernando Segovia, “Los condicionamientos metaconstitucionales del derecho estatal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 667-684, aquí p. 671, y del mismo autor “El derecho entre iusnaturalismo, decisionismo y personalismo. Arturo Sampay lector de Carl Schmitt”, *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n° 20, 2014, pp. 133-156, aquí pp. 137-138

Por un lado, ya en 1916 el propio Hauriou recuperó explícitamente la metafísica de Santo Tomás contra la de Hegel para calificarse como un “positivista comtiano devenido en un positivista católico, es decir, un positivista que llega a utilizar el contenido social, moral y legal del dogma católico”, precisando que “el inmenso y rico tesoro de las reflexiones sociales acumuladas en las sumas teológicas” le había prestado “los más destacados servicios”: no solo había sacado “de ellas [sus] mejores inspiraciones, sino que, además, [había extraído] la martingala necesaria para evitar cometer errores graves.”²⁰⁹ Por otro lado, y si bien es cierto que hasta aquí la cuestión puede no escapar del plano de las analogías entre la ciencia jurídica y la teología, a partir de la década de 1920 el tolosano parece adoptar una visión decididamente iusnaturalista.²¹⁰ Así, en su *Precis* de 1923 afirma que “la sociedad es un tejido cuya trama está formada por las libertades subjetivas de los hombres, hijas de la libertad, y cuya urdimbre la constituyen las ideas objetivas”. Tales ideas, proporcionadas por el espíritu de todo humano, son objetivas e inmutables, aunque sólo progresivamente sean llevadas a la conciencia: según Hauriou, “[e]n estas ideas y en Dios, que es su centro, tienen una existencia objetiva el orden moral y los principios del Derecho natural.”²¹¹ En esta clave, el tolosano se opuso abiertamente a la idea de un derecho natural progresivo defendida por Georges Renard, considerando que es a la luz del baremo provisto por el derecho natural objetivo e inmutable, aunque inmediatamente incognoscible para el individuo, que progresan las conciencias individuales y los medios objetivos de la organización social. El progreso sociopolítico no es, por tanto, resultado de una evolución de la idea de justicia, que permanece objetiva e inalterable y apunta a “establecer entre los hombres, tanto en las relaciones sociales como en los beneficios, la mayor igualdad posible con vistas al Bien”, sino de la evolución del orden social por medio de la progresiva incorporación de la idea de justicia²¹². En cualquier caso, e independientemente de su adecuación con la doctrina aristotélico-tomista, la inmutabilidad del derecho natural y la objetividad de la idea son dos premisas fundamentales –y tradicionales– de la teoría de la institución de Hauriou.

²⁰⁹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. XXIII-XXIV.

²¹⁰ Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Éditions A. Pédone, Paris, 1968, pp. 313-317; Olivier Beaud, “Hauriou et le droit naturel”, *op. cit.*; H. Stuart Jones, *The French State in Question: Public law and political argument in the Third Republic, op. cit.*, pp. 180-204; Julien Barroche, “Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral?”, *op. cit.*; Tomás Wiczorek, “Institución y constitución en el pensamiento de Maurice Hauriou”, *Revista Ágora Filosófica*, vol. 20, n° 2, 2020, pp. 132-166.

²¹¹ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional, op. cit.*, pp. 55-56.

²¹² Maurice Hauriou, “L'ordre social, la justice et le droit”, en *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933[1927], 43-71 [reproducción facsimilar del Centre de Philosophie Politique et Juridique Université de Caen, 1986], aquí p. 50.

Las referencias más significativas de Schmitt sobre estos aspectos de la ciencia jurídica de Hauriou aparecen en el *Nomos de la Tierra*, obra en que lleva a nuevo grado de cumplimiento a su propia visión de los órdenes concretos. Allí Schmitt destaca la clara formulación teórica de los dualismos entre interno y externo, entre derecho público y privado y entre centralización pública y economía privada por parte de Hauriou²¹³, que el propio Schmitt reconducirá luego a la clásica separación de Estado y sociedad²¹⁴. Pero, tal como sucede con su recuperación del pluralismo jurídico de Hauriou contra la elusión positivista de los “actos que constituyen una ordenación” (*ordo ordinans*, poder constituyente, etc.) como “no jurídicos”, la evocación de Schmitt a la doctrina del tolosano se detiene en el plano de la forma institucional del Estado, eludiendo todo contenido sustancial. En efecto, Schmitt señala que corresponde a Hauriou

[l]a exposición moderna más importante, y al propio tiempo más bella, de [la] necesidad de tener en cuenta una pluralidad de tipos de derecho. (...) De acuerdo con Hauriou, el Estado es una institución cuyo derecho se limita principalmente a la esfera intraestatal y que, además, presupone una situación normal de paz. En las relaciones extraestatales, y durante períodos de agitación intraestatal, sobre todo durante una guerra civil, existe un derecho primitivo que, sin embargo, no es en menor grado derecho que el de la legalidad estatal. Toda Constitución estatal está basada en un derecho anterior al Estado, por lo que no es un mero *factum*. Por lo demás, no deben confundirse las leyes constitucionales de Estados modernos y de su poder constituyente con estos actos constitutivos del derecho de una libertad primitiva.²¹⁵

Pero, a este respecto, Schmitt omite señalar que este derecho anterior al Estado es, para Hauriou, un derecho de justicia individual que tiene su fundamento en el derecho natural. Como concluye en un texto del año 1918 dirigido a combatir los intentos de derivar la moralidad humana de las teorías biológico-evolucionistas, y cuyos corolarios son recuperados en el *Précis de droit constitutionnel* de 1923 que Schmitt conoce bien, “contentémonos con haber recuperado, en la noción de la especie humana, el fundamento del derecho natural eterno con su ideal de libertad y justicia, y decir a los alemanes: «Habéis hecho naufragar la barca de Osiris, nosotros la hemos puesto de nuevo a flote.»”²¹⁶ Queda

²¹³ Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra...*, *op. cit.*, pp. 217 y 271.

²¹⁴ Carl Schmitt, “Sobre las posibilidades y elementos no estatales del derecho internacional”, *op. cit.*, p. 150.

²¹⁵ Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra...*, *op. cit.*, pp. 65-66, nota.

²¹⁶ Maurice Hauriou, “Le droit naturel et l’Allemagne”, en *Aux sources du droit. Le pouvoir, l’ordre et la liberté*, *op. cit.*, pp. 13-42, aquí p. 42; cfr. Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, *op. cit.*, pp. 53-65.

bien establecido, así, que la objetividad de la idea directriz que anima a la obra o empresa de la institución, la naturaleza personalista de la institución como estructura típica del derecho público y la realidad del derecho natural como premisa del derecho estatal son postulados capitales del pensamiento de Hauriou de los cuales se aparta decididamente el pensamiento del orden concreto de Schmitt.

III. CONCLUSIONES

Entre principios de los años '30, y de manera paralela al viraje de régimen de Weimar hacia el sistema presidencialista, Schmitt comienza a abandonar el decisionismo que había cultivado a lo largo de la década previa para emprender una revisión de sus propios postulados teóricos que concluirá en su formulación de lo que llamará pensamiento del orden concreto. Este viraje supuso, en conjunto, una serie de desplazamientos teóricos de envergadura que corren paralelos a las transformaciones de la realidad jurídica alemana –o más precisamente, la legalización de la injusticia– operada por la dictadura nacionalsocialista. En primer lugar, su antigua defensa de la relativa rigidez constitucional da lugar a una teorización del doble papel del *Führer* como fuente y protector del derecho. En segundo lugar, su antiguo rechazo a la interpretación judicial y administrativa de las cláusulas generales y abiertas en nombre de los principios de la legalidad del Estado de derecho da lugar a un elogio de tales cláusulas como la vía por la cual la judicatura puede actualizar las ordenaciones concretas del pueblo alemán según los dictados del *Führer*. En tercer lugar, su defensa de la unidad soberana del Estado cede ante una celebración de la fragmentación pluralista de la autoridad pública entre Estado, movimiento y pueblo.

Pero, según hemos podido comprobar, la correcta reconstrucción de la trayectoria del pensamiento de Schmitt demanda apartarse de una contraposición entre el decisionismo y el pensamiento del orden concreto. Siguiendo a Croce y Salvatore he utilizado la expresión “giro institucionalista” para atender a los matices que delinean esta transición, destacando la relativa autonomía del tipo de reflexión jurídica que, en buena medida bajo el influjo de Maurice Hauriou, Schmitt adopta entre el ocaso de Weimar y el ascenso nacionalsocialista. Luego de un somero cotejo entre los grandes paralelismos históricos entre la III República francesa y la República de Weimar, y que en buena medida subtienden –como sus respectivos espacios de experiencias– a las profundas afinidades entre las perspectivas de Hauriou y Schmitt, el abordaje aquí emprendido de esta influencia ha supuesto un cotejo tanto de sus indicios explícitos –como sucede con los conceptos de “obediencia previa” y “superlegalidad constitucional”– como un contraste de aquellos aspectos donde, pese a no existir marcas documentales que apuntalen la tesis de una influencia en sentido estricto, las perspectivas de uno y otro presenten fuertes afinidades –así,

sus elaboraciones del papel de los derechos individuales y de las garantías de libertad en el sistema de legalidad del Estado constitucional-.

El primer aspecto abordado ha sido el del concepto de “obediencia previa” elaborado por Hauriou en querrela contra uno de los corolarios del solidarismo de Duguit en el campo del derecho administrativo, y cuya recuperación por parte de Schmitt en el marco de su teoría de las primas a la posesión legal del poder es un indicio cabal de su conocimiento profundo de la obra de Hauriou. Esta teoría, hemos visto, es formulada por Schmitt en vista de un desafío político concreto: las posibilidades de una “revolución legal” que por la vía de la propia legalidad constitucional se proponga la transformación del Estado y la sociedad alemanas. A este respecto, tanto Hauriou como Schmitt (antes del nacionalsocialismo) postulan la existencia de una legitimidad que subtiende e informa a la propia legalidad constitucional, y que limita la juridicidad de una transformación revolucionaria de la legalidad constitucional; tal fuente de legitimidad se revela muy especialmente en la posición de los derechos individuales de libertad en sus respectivas teorías constitucionales.

El segundo aspecto abordado ha sido la visión de ambos respecto al papel de los derechos individuales y de las garantías constitucionales en sus visiones sistemáticas del fenómeno constitucional. Según hemos podido comprobar, los dos coinciden en evaluar a los derechos de libertad individual como auténticos derechos fundamentales en principio negativos, anteriores a la constitución del Estado, que se apoyan sistemáticamente en la reciprocidad de los principios de igualdad y libertad –esto es, en la igual libertad de todos los miembros de la sociedad civil-. Tanto para Hauriou como para Schmitt estos derechos, aún cuando pueden no constar en el texto de la constitución, tienen una validez jurídica superior a las leyes ordinarias y, en el extremo, incluso a las mismas leyes modificatorias de la constitución, y ambos concuerdan en destacar el papel que el sistema de las garantías de la libertad individual tiene para una comprensión global del orden constitucional democrático-liberal. Por fin, los dos coinciden en invocar razones histórico-institucionales que exceden a la mera regla de derecho para defender un control de constitucionalidad difuso y oponerse a la creación de una jurisdicción constitucional concentrada. De estas profundas afinidades, sin embargo, no es posible derivar la certeza de una influencia en sentido estricto, y es que Schmitt omite toda referencia a Hauriou en sus trabajos orientados a la dogmática de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. En cambio, el concepto de superlegalidad constitucional de Hauriou será justamente la óptica a través de la cual Schmitt llegará a identificar a los principios e instituciones jurídicas que informan la superlegalidad constitucional, y a cuya protección y defensa el Estado se orienta, como la sustancia misma de la constitución.

La tercera dimensión analizada es la de la influencia de la teoría de la superlegalidad de Hauriou sobre Schmitt. Según hemos comprobado, bajo

el influjo del pensamiento institucionalista de Hauriou la indagación teórico-constitucional de Schmitt ante la crisis final de Weimar ya no identifica a la constitución alemana de 1919 con una decisión soberana, desvinculada de toda normatividad, en favor de la democracia, el Estado de derecho y la estructura federal. La constitución pasa a ser la normativización, revestida de superlegalidad frente a la legislación ordinaria, del ordenamiento normal de un determinado pueblo, y por lo tanto una realidad jurídica anterior y superior al texto constitucional y al sistema de legalidad positiva que sobre él se funda. Como Hauriou, Schmitt se desliga de cualquier comprensión positivista que pretenda reducir los derechos individuales de libertad a una concesión del legislador, para colocarlos como fundamentos conceptuales del entero sistema de legalidad constitucional. A la luz de estas nuevas coordenadas institucionalistas Schmitt acaba por identificar a los principios individualistas de orden público y de justicia, a los derechos individuales de libertad y al conjunto de garantías institucionales con la sustancia misma de la constitución de Weimar. Con Hauriou, Schmitt sostiene que se trata de principios y de derechos fundamentales capaces de insuflar de legitimidad a la propia legalidad constitucional y que, en cuanto tales, no están a la mano del legislador ordinario ni pueden ser abrogados por los mecanismos de revisión o reforma constitucional.

La última dimensión analizada en este artículo es la de la relación entre la teoría de la institución de Hauriou y el pensamiento del orden concreto de Schmitt, cuestión en torno a la cual, según hemos comprobado, se han suscitado las mayores divergencias interpretativas. A contrapelo de las interpretaciones inclinadas a asumir de manera algo acrítica la propia autocomprensión de Schmitt en torno a cuestiones tales como el supuesto carácter suprapersonal del derecho y la necesidad para la ciencia jurídica de adoptar –en la gran perspectiva histórica– una visión pluralista del derecho y sus fuentes, y con independencia de su adecuación al realismo aristotélico-tomista, la somera reconstrucción de la teoría de la institución de Hauriou ha permitido establecer que la naturaleza personalista de la institución como estructura típica del derecho público, la objetividad de la idea directriz que anima a la obra o empresa de la institución y la realidad del derecho natural como premisa objetiva del derecho estatal son postulados capitales del pensamiento de Hauriou de los cuales la teoría de los órdenes concretos de Schmitt se aparta de manera decidida. Así, la importante influencia de Hauriou en el giro institucionalista de Schmitt palidece sustancialmente con la definitiva adopción por parte de este último de su pensamiento del orden concreto.

Enviado el (Submission Date): 25/04/2022

Aceptado el (Acceptance Date): 6/06/2022