



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 24 (2020), pp. 1-38

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2020.24.0.7453>

REIVINDICANDO EL CAMINO DE LA DOCTRINA DE UNIDAD POLÍTICA EN CARL SCHMITT

VINDICATING THE PATH OF THE DOCTRINE OF POLITICAL UNITY IN CARL SCHMITT

CHRISTIAN YAIR ALDRETE ACUÑA

Maestro en Estudios Jurídicos por la Universidad Autónoma del Estado de México y

Maestro en Ciencia Jurídico Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales

(INACIPE)

<https://orcid.org/0000-0001-5245-2146>

Recibido: 30/07/2020

Aceptado: 28/09/2020

Resumen: El escrito que se presenta aborda una peculiar forma de comprender el concepto de Constitución, que es a partir de su configuración política como unidad del pueblo soberano. De igual forma, se realiza un estudio del Poder Constituyente, precisamente, como expresión de la voluntad de esa unidad política, cuya obra es la decisión constitucional de unidad y ordenación de la vida del Estado. Es necesario adelantar que el estudio que se propone sigue una marcada tendencia hacia el pensamiento de Carl Schmitt y Hermann Heller. En prioridad estructural el del primeramente señalado. Mediante el empleo de los métodos constructivista y comparativo, se plasman las ideas que identifican a la Constitución y al Poder Constituyente, como decisiones políticas que una sociedad ha adoptado para establecer la forma y el modo de su propia existencia política a través de la construcción de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Palabras clave: Constitución, Poder Constituyente, Soberanía, Unidad política, *Lex Superior*.

Abstract: The paper that is presented addresses a peculiar way of understanding the concept of the Constitution, which is based on its political configuration as a unit of the sovereign people. Likewise, a study of the Constituent Power is carried out precisely as an expression of the will of that political unit, whose work is the constitutional decision of

unity and organization of the life of the State. It is necessary to anticipate that the proposed study follows a marked trend towards the thought of Carl Schmitt and Hermann Heller. In structural priority, that of the first mentioned. Through the use of the constructivist and comparative methods, the ideas that identify the Constitution and the Constituent Power are embodied, as political decisions that a society has adopted to establish the form and mode of its own political existence through the construction of a Constitutional and Democratic State of Law.

Keywords: Constitution, Constituent Power, Sovereignty, Political unity, Supreme law.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIÓN COMO UNIDAD POLÍTICA TOTALIZADORA. III. LA CONSTITUCIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN. 1. Poder Constituyente. Expresión de la voluntad política soberana. 2. El problema del Poder Constituyente ante el logro de su objeto, la Constitución. 3. Anotaciones respecto al Poder Constituyente en Schmitt. IV. NOTAS FINALES. V. FUENTES DE CONSULTA.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Desde el pensamiento de la Grecia antigua y hasta la actualidad, la noción de organización social ha sido uno de los tópicos de mayor discusión en cuanto a su fundamento y legitimidad. Aparejado a éste, el Derecho ha simbolizado el especial mecanismo sobre el cual se direcciona la actuación de las sociedades. No obstante, es con la superación del Medioevo cuando la concepción de Estado implica la figuración del Derecho como una actividad más estructurada y de mayor peso para la sociedad, al tipo de pacto jurídico encaminado a la protección de libertades dentro del entonces Estado burgués.

A partir de ello, la evolución de estos tópicos se ha dado a pasos agigantados. Dos puntos históricos marcan un antes y un después de ello: Por una parte, la innovadora construcción democrática de Estados Unidos de Norte América, de quienes inevitable resulta negarles como creadores del Federalismo y el Presidencialismo, así como el tan afamado control de constitucionalidad y la doctrina de los *checks and balances*, ésta última que fuese la mejor de las traducciones del pensamiento anglo-francés de la separación de poderes¹.

Por otra, la revolución francesa de 1789 que da lugar a la construcción del constitucionalismo liberal, del tan afamado Estado de Derecho burgués, lugar donde se postulaban temas como la división de poderes y la protección de derechos fundamentales. Si bien ya desde la asamblea de Virginia de 1776 se ponían de manifiesto estos mismos puntos medulares, es indiscutible que fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del

¹ Señalamos la unión anglo-francés, con el ánimo de no ahondar aquí sobre la discusión sobre la primicia del pensamiento de la división de poderes, entre Locke y Montesquieu.

Ciudadano de 1789² donde se aviva, con toda fuerza y vigor, a estos principios (división de poderes y protección de derechos humanos) como el motor de aquél código fundamental como requisito *sine qua non* de su existencia.

De esta manera ingresan al escenario jurídico político de las sociedades modernas, el principio democrático de soberanía popular, el principio político de Poder Constituyente y el principio jurídico de supremacía constitucional. De sobra está decirlo, la comunión de los mismos generó, para el caso de la Teoría Constitucional y de la propia Teoría General del Estado, retos de suma importancia que se vieron atemperados a partir de los pensamientos contractualistas de la mano de Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu y Constant.

La tradición teórica y filosófica europea fue la que mayor auge y desarrollo tuvo al respecto. Mientras en la América del Norte se consolidaba una concreta postura constitucionalista a partir de los ideales de los llamados padres fundadores, la realidad jurídico-política del otro lado del atlántico no corría la misma suerte. Los abusos del poder producto de una mala praxis democrática —al menos para Francia—, daban cuenta en deterioro del modelo paradigmático que la revolución les había dejado, retornando a las viejas raíces de absolutismo, ahora de la mano de la legitimación del constructo jurídico y de quienes debiesen ser los representantes de la causa social³.

² Artículo 16. Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.

³ Resulta más que necesario observar lo ya descrito por Alexis de Tocqueville en su viaje a Norteamérica, en el cambio de paradigma democrático que observó respecto a la sociedad de aquél país, a diferencia de lo que se veía en Europa. Y es que, el asombro ante el mundo que veía era radical, la vida se conducía sobre una dualidad impensable cual comunión, por un lado, el apego religioso y, por el otro, la lucha por la libertad. Se vislumbraba un *ethos* democrático de la sociedad norteamericana, donde la voz soberana del pueblo se hizo ley, adueñándose del gobierno y sus decisiones.

“Los principios generales sobre los que se basan las modernas Constituciones, esos principios que la mayoría de los europeos del siglo XVII apenas comprendían y que triunfaban entonces de modo incompleto en la Gran Bretaña, se hallan reconocidos y fijados en las leyes de Nueva Inglaterra: la intervención del pueblo en los asuntos públicos, el voto libre de impuestos, la responsabilidad de los agentes del poder, la libertad individual y el juicio por jurado allí han sido establecidos sin discusión y de hecho.

Estos principios generadores alcanzan en dichas leyes una aplicación y un desarrollo que ninguna nación de Europa ha osado todavía darles.

...

Ya he dicho sobre esto lo suficiente para esclarecer el carácter de la civilización angloamericana, producto de dos elementos enteramente distintos, que aunque en otros lugares se hicieron a menudo la guerra, vinieron, en América, a incorporarse en cierto modo el uno al otro y a combinarse maravillosamente. Me refiero al *genio religioso* y al *genio de la libertad*.

...

La religión ve en la libertad civil un noble ejercicio de las facultades del hombre; en el mundo político, un campo cedido por el Creador a los esfuerzos de la inteligencia. Libre y poderosa en su esfera, satisfecha del lugar a ella reservado, sabe que su imperio es tanto más sólido cuanto que sólo pro sus propias fuerzas reina, y sin apoyo alguno domina sobre los corazones.

La libertad ve en la religión la compañera de luchas y triunfos, la cuna de su infancia, la fuente divina de sus derechos. La considera como la salvaguardia de las costumbres, y a las costumbres como garantías de las leyes y prenda de su propia supervivencia”. Cfr. DE TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América 1*, Madrid, 2014, págs. 77-88 y ss.

Es hasta el comienzo del siglo XX que aquellas ideas de Constitución y Democracia, daban frutos para la conformación de las organizaciones políticas, tanto en el mundo del pensamiento ideológico como en la praxis del mismo. Cerca de 2 siglos tuvieron que transcurrir para que se homogeneizara la idea de un sistema y régimen constitucional, donde el pueblo deja de tener un papel secundario, para volverse la fuerza y motor del engranaje estatal.

En general, la historicidad que envuelve la creación de lo que hoy conocemos como Estado Constitucional y Democrático de Derecho no ha sido para nada sencilla de comprender. La forja y lucha por implantar y conservar el régimen democrático ha sido larga y sometida a una constante reestructuración y perfeccionamiento. Diversas teorías sobre las que se puede encontrar la justificación y fin del Estado pueden dar buena cuenta de ello.

Dentro de la evolución de las teorías que dotan de sentido la existencia del Estado y sus componentes sociales, políticos y jurídicos, la comprensión del término Constitución ha sido el más importante en cuanto a su desarrollo. Determinar a qué se refieren la Ciencia Jurídica y la Ciencia Política cuando se habla de Constitución, trajo para el siglo XX la más fértil de las discusiones teóricas que la realidad nos ha podido brindar.

Si bien desde la Grecia antigua con el pensamiento aristotélico sobre las *nomoi* y las *psefismata* se puede encontrar un primer vestigio que guarda la relación jerárquica entre norma generadora y norma derivada, no es hasta varios siglos después que el concepto de Constitución es valorado en términos de ley fundamental formadora de la voluntad política-social soberana. Autores como Lassalle, Laband, Jellinek, Kelsen, Schmitt, Smend, Heller, Loewenstein, entre muchos otros, fraguaron todo un bloque de pensamiento que permiten analizar y dotar de sentido a eso que en nuestros días conocemos como Ley Fundamental.

Sin embargo, lejos de existir una coincidencia en los criterios conformadores de dicho concepto, las justificaciones y fines de cada corriente fueron diversos. Posturas sociológicas, normativistas y decisionistas, estuvieron siempre en pugna hasta llegar a conformaciones mucho más estructuradas que no sólo conformaban un pensamiento dialéctico de todas las anteriores, sino que dotaban de un método de estudio y generación al conocimiento constitucional, como lo fue el caso de la doctrina de Hermann Heller, quien pusiera sobre la mesa el especial problema que implica hablar de la creación de una Constitución y, por tanto, de un Estado a partir de las Ciencias Sociales.

Percepción ésta que no puede tomarse a la ligera como un mero componente más del cuerpo jurídico, ya que, si se tiene en cuenta lo denunciado por Heller al referir que la ley fundamental es un código jurídico-político, quien habla desde ella, está hablando de la conformación de la organización política y, consecuentemente, del Estado mismo. Pertinente es replantear la forma de seguir y estudiar a la norma fundamental, ya no sólo desde el derecho o la política, sino de las Ciencias Constitucionales⁴, como un sitial transdisciplinario cuyo enfoque sea concéntrico pero multifactorial.

⁴ Término que los profesores Javier Ruipérez Alamillo desde España y Wong Meraz desde México, ambos en su calidad de discípulos de Pedro de Vega, trayendo del olvido el viejo entendimiento del

Aquel elemento —Constitución— que formaba parte de una totalidad de estudio a partir de la Teoría del Estado, se volvió el centro del mismo. Con sobrada razón afirmaba el profesor De Vega que hablar de Teoría de la Constitución era hablar de Teoría del Estado. Más que justificada esta aseveración si se pondera el fondo de discusión académica que los autores señalados reprodujeron con inigualable pulcritud desde sus respectivas trincheras.

Sin embargo, aun cuando ha pasado medio siglo de esas confrontas intelectuales de los maestros de la Ciencia del Estado y de la Ciencia Jurídica, el entendimiento del concepto Constitución, así como su origen, finalidad y funcionamiento hoy siguen siendo, en no pocas ocasiones, malinterpretados en su propia significación e importancia como norma suprema. Temas como Soberanía, Poder Constituyente, poderes constituidos, reforma constitucional, división de poderes, etc., se dejan sentir como el mayor peligro de las democracias actuales ante su latente deconstrucción.

Al tomar como lienzo de estudio lo hasta aquí descrito, resulta pertinente señalar que la intención del presente, es no la de realizar un razonamiento sobre la historicidad de toda esta temática. Sería más que osado, tanto por la extensión, como por la temporalidad y calidad que se requeriría para un estudio de semejante envergadura, el siquiera pensar en poder realizar algo semejante.

Se apuesta por analizar el fundamento de lo que puede entenderse por Código jurídico-político. Por discernir el fundamento y esencia de ese mandato nacido de la voz soberana de un pueblo, ponderando la necesidad política de esa decisión, cual *deber ser*, que a la postre, una vez convertida en derecho positivo, habrá de presentarse como un *ser-deber ser*-, ahora, una decisión jurídicamente política.

En un primer momento se analiza el concepto de Constitución como una fuerza totalizadora de unidad política, que tiene en el centro de la discusión la estructura del modo y forma de Estado como acto de soberanía por parte de un Poder Constituyente. Visión que bajo los postulados unificados de Constitución en sentido “absoluto” y sentido “positivo”, establece Schmitt en su comprensión de Ley Fundamental.

concepto de Derecho Político pugnado por Tierno Galván y su escuela seguida por Pedro de Vega, han decidido emplear en el estudio del Derecho Constitucional en su unión con toda la gama de factores que con él y en él interactúan.

“Si, como afirmó ya Jellinek, ha de corresponder también al constitucionalista, como jurista que es, la tarea de contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante, y como quiera que su parcela de atención es la ordenación jurídica fundamental de la vida del Estado -convirtiéndose, así, el "Derecho Constitucional" en un verdadero "Derecho Político", evidente resulta que éste ha de pronunciarse sobre cuestiones políticas que se refieren tanto a la normativa vigente como a las distintas propuestas que las diversas fuerzas políticas formulan para su desarrollo, las cuales deberá juzgar no desde un punto de vista puramente ideológico, sino con criterios jurídico-públicos. Ahora bien, porque de lo que se trata es de opinar sobre el Estado, innecesario debiera ser el recordar que, para no caer en el más absoluto de los absurdos, el constitucionalista ha de conocer el Estado.” RUIPÉREZ ALAMILLO, J., “Principio democrático y federalismo. El poder constituyente como único soberano posible en el estado políticamente descentralizado”, en *AFDUC*, n° 3, 1999, España, págs. 517-557.

El segundo de los apartados comprende lo que seguramente será la reflexión más controvertida dentro del presente escrito. Tratar de plasmar los contenidos que como *ser-deber-ser* tenga que abarcar el Código Jurídico-Político, no resulta para nada sencillo, máxime si lo que se pretende es marcar una postura en forma objetiva, sin que con ello se tenga que desconocer a una o más de las directrices que se han usado en las diversas teorías existentes.

De igual forma, se trata la existencia de un Poder Constituyente como formador de una Constitución. No se pretende informar sobre las sedes en que este poder puede ser depositado, corremos de la ideología democrática desde donde éste se corresponde con la conformación política de soberanía popular como unidad que forma y moldea la totalidad del Estado y el Derecho.

Grosso modo este será el panorama que conducirá la dinámica del texto. Si bien hemos adelantado que el estudio se realizará conforme al pensamiento político decisionista de Carl Schmitt, cabe resaltar que en la integración del texto se abordarán en igual medida algunos pasajes del criterio sociológico de Heller, en aquello que él mismo ha denominado la Ciencia Política y las Ciencias del Estado.

II. LA CONSTITUCIÓN COMO UNIDAD POLÍTICA TOTALIZADORA

La obra en la que Carl Schmitt explota su astucia e inteligencia como constitucionalista y, por la cual habría de citársele, es sin duda su Teoría de la Constitución⁵. En este libro nuestro autor comienza con la generalidad de la palabra “Constitución”, al referir indistintamente que toda persona u objeto se encuentra en constitución y todo lo imaginable puede tener una, significación que por genérica no pierde su valor para el estudio de la Ciencia Jurídica y la Ciencia Política.

Para el caso que nos interesa, esta palabra va encaminada a demarcar el ejercicio de construcción de un Estado, por tanto, Constitución de un Estado. Este primer punto es testigo de la necesidad de pensar a ésta como organización de determinados factores que habrán de producir, en el mejor escenario, una mecánica de actuación en la realidad mediante la ordenación general de relaciones sociales y políticas en un instrumento de corte jurídico.

Tres factores indispensables e imprescindibles para la conformación de una organización estatal como unidad política de un pueblo.⁶ Este es el punto de partida para comprender en sede de pensamiento schmittiano, que al hablar de Constitución se está hablando al mismo tiempo de status de unidad y ordenación, de creación de un Estado en cuanto a su existencia democrática, en donde coincidentemente podrá decirse que éste no es más que la unidad política que se ha querido establecer. Así, Estado y Constitución llegan a ser una misma idea.

⁵ La versión que se usará es: SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2017.

⁶ *Ibidem*, pág. 35.

De esta premisa son apenas observables dos de los elementos que marcan el inicio de la Ley Fundamental y de un Estado, que son *unidad y ordenación*, de las relaciones sociales y políticas de un cierto conglomerado. Sin embargo, para lograr la homogeneización de estos es necesaria la existencia de un sistema cerrado de disposiciones normativas por medio del cual se materialice la voluntad política de los sujetos intervinientes.

No se confunda, en este momento, Constitución con enramado netamente normativo. Lo que pretende la primera es dinamizar la forma en que la organización social se llevará a cabo, manifestando el modo y forma de la existencia política. Es decir, una autodeterminación política generadora de la totalidad del ordenamiento jurídico. Al tener en cuenta esta afirmación, se pasa a un estadio diverso de contemplación de la Constitución como base funcional de un Estado, a una percepción sobre la que se materializa la idea de ella como Estado.

Así entendido nuestro concepto, se llega a sostener que sin Constitución, el Estado simplemente cesaría, dejaría de vivir, ya que no existiría ni unidad, ni ordenación. Como lo señalara Schmitt en justa cita al pensamiento de la Grecia antigua de la mano de Aristóteles e Isócrates⁷, ésta es el alma, su vida concreta y su existencia individual, ya que ella es la unidad absoluta del todo social, político y jurídico de la organización, como expresión soberana de dominio y articulación del Estado.

Es pertinente detenernos un poco para explicar este punto. A partir de la sintaxis con la que se afirman los párrafos previos, podría exhibirse una falsa contradicción de Schmitt al hablar de Estado y Constitución como una misma idea de *status* en unidad y ordenación, ya que cuando el autor refiere el entendimiento del Poder Constituyente en su historicidad, afirma, para el caso de la Independencia de los Estados Unidos de América, que la creación de su Constitución coincide con la fundación de un nuevo Estado como formación política; Cosa diversa que se suscita con el cambio de decisión política fundamental originada en la revolución francesa de 1789, en donde con el acto soberano del Poder Constituyente se crea una Constitución, pero no así un nuevo Estado⁸.

Consideramos que el punto de inflexión radica en la conformación del Poder Constituyente, concretamente en el sector en que éste descansa o, si se prefiere, de quien depende el ejercicio constituyente como acto de soberanía que es el pueblo. Lo que sucede en el caso norteamericano no tiene mayor problemática, pues en tal caso Constitución simboliza creación de un Estado. Pero para la coyuntura francesa no es tan sencillo comprender la función constitucional como no creadora de un Estado.

⁷ Este sentido tiene con frecuencia la palabra «constitución» en los filósofos griegos. Según Aristóteles, el Estado es una ordenación de la vida común naturalmente dada de los hombres de una ciudad o de un territorio. La ordenación afectará al dominio en el Estado y a su articulación; por su virtud, hay en él un dominio, pero a aquélla le compete la finalidad viva de esta ordenación, contenida en la particularidad real de la concreta formación política. Si se suprime esta Constitución, cesa el Estado; si se funda una Constitución nueva, surge un nuevo Estado. Isócrates llama a la Constitución alma de la polis. *Ibidem*, pág. 36.

⁸ El Estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan solo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo el modo y forma de su propia existencia política. Cfr. *ibidem*, pág. 126.

A nuestra consideración, lo que en Schmitt no se dice es que la creación de un nuevo Estado no depende del dominio sobre la forma del gobierno, ya que una sociedad puede, con gracia, optar por una diversa forma de gobierno, en tal modo se daría una nueva Constitución, pero no un nuevo Estado. Sin embargo, cuando el cambio radica en la decisión de quién actuará como soberano —que no implica una mera conclusión de cambio de gobierno, sino de legitimación político-social—es decir, quién tiene la facultad de ordenación y unidad, el pueblo o el príncipe, es donde se presenta la fundación de un nuevo Estado.

Por tanto, si bien la *ratio* de la Constitución como totalidad absoluta de la organización social es entendida por Schmitt como el requisito *sine qua non* del Estado, no necesariamente el llamado a un Poder Constituyente nuevo, cuya finalidad será dar a la sociedad una Constitución implica la conformación de un nuevo Estado, sí la erección de una nueva forma de gobierno. Sobre estos pasos se percibe una particularidad más de la construcción de una Constitución, o del significado de ésta, ahora como dominio sobre la forma.

Es pertinente enfatizar esta comprensión de Constitución como dominio, que no lleva a considerar como se pudiera descifrar, un dominio hacia la sociedad en términos de autoritarismo o de Imperio de Estado de Derecho ilimitado. Interpretamos aquí a Schmitt como un dominio sobre el perfil de gobierno, como si de una forma de formas se hablara.

Ya habría de adelantar esta faceta el propio autor al referir en el prólogo a su obra, que el Estado constitucional es una correspondencia innegable de la producción histórica de una sociedad y no como una creación puramente del presente, aunque sí supeditada a las necesidades intrínsecas del momento en que el Poder Constituyente opere sobre la fuerza vinculante de la unidad política. Al respecto afirma que:

El Estado liberal-burgués aparece en la historia asumiendo el doble papel de heredero y de adversario de la monarquía absoluta. Es adversario por cuanto que comporta, frente a ella, el principio político opuesto: la democracia; pero es al mismo tiempo, heredero, porque se propone establecer la democracia *dentro del ámbito del Estado nacional*, que la monarquía absoluta había formado, y al que había dotado de características intrínsecas, esenciales, marcadas a perpetuidad con el sello de la forma política generatriz⁹.

Esta particular forma de comprender la palabra Constitución, es a la que Hermann Heller con suma elocuencia refiere su mayor crítica al decisionismo schmittiano desde un entendimiento teórico del método. Para este autor la Constitución de un Estado sólo puede significar organización cuando ésta es resultado material de la actividad humana consciente, referida a la estructura de una situación política real renovable constantemente mediante actos de voluntad humana¹⁰.

⁹ *Ibidem*, págs. 16-17.

¹⁰ Cfr. HELLER, H, *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobío, México, 2017, pág. 317.

A partir de esta visión de lo real como acto de voluntad humano, entran en juego dos conceptos indispensables para el pensamiento helleriano, que son el de norma y normalidad. A través de ellos, en su encuentro dialéctico que representaría el juego entre lo político y lo jurídico, lo normado y lo no normado, lo jurídico y lo extrajurídico, afirma que la Constitución normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada. “Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas”¹¹.

Es observable que en esta composición, el sentido de lo real y el papel del sujeto social, se posicionan como el centro de la discusión, de ahí el carácter dialéctico de la organización. Solo mediante la normativización de la normalidad, la organización estatal penetra en la vida del sujeto social, configurando un ser en la Constitución del Estado. Normalidad y normatividad se refuerzan mutuamente, por un lado, lo normal fáctico adquiere fuerza normativa y, a la vez, la norma reviste una fuerza normalizadora como voluntad consciente de sujeción.

La función obtenida de ello, es que “sólo mediante el elemento normativo se normaliza una situación de dominación actual y plenamente imprevisible convirtiéndose en una situación de dominación continua y previsible, es decir, en una Constitución que dura más allá del momento presente”¹². Existe una clara prelación de la norma social sobre la jurídica que se denomina Constitución no normada, pero derivado de su carácter dialéctico, ésta, la norma social, requiere un reforzamiento que vincule su respeto, lográndolo solo a partir de la norma constitucional.

Con este panorama Heller explica que la concepción de Schmitt de un derecho de situación basado al decisionismo político, implica una incomprensión total de la importancia jurídica y política del elemento normativo de la Constitución. Continuidad y realidad de la Constitución como norma jurídica, se postulan como los elementos que, a decir de Heller, se niegan en Schmitt, señalando al respecto que:

La afirmación de C. Schmitt de que la Constitución no puede ser concebida como normación, sino que tiene que ser considerada como “decisión” sobre la especie y forma de la unidad política proviene de su radical incomprensión del elemento normativo de la Constitución del Estado. Naturalmente que en la base de toda normación, no sólo de la Constitución sino de cualquier ley existe una decisión más o menos política del que crea la norma¹³.

Sin embargo, a la crítica realizada por Heller se tendría que rebatir un punto medular en el pensamiento de Schmitt, y no es que se pretenda justificarle, simplemente hemos pretendido reivindicar ideológicamente su Teoría de la Constitución. Cuando Schmitt habla de una negación por el orden normativo como centro y función de la Constitución, optando por la terminología de *decisión* política fundamental, lo hace en primera instancia, como una percepción que permitiría evidenciar un inexacto concepto de Constitución, ya que ello puede llevar a la relatividad de la misma.

¹¹ *Ibidem*, pág. 318.

¹² *Ibidem*, pág. 323.

¹³ *Ibidem*, pág. 336.

Explicuemos de mejor forma esta problemática. Al tratar de conceptualizar lo que ha de ser una Constitución, Schmitt señala que sólo puede valorarse como real, cuando ésta es establecida desde una visión absoluta, como una concreta forma de ser de la unidad política existente. No niega por tanto, la calidad de lo real como ciencia de la materia; lo que realiza, es advertir que si esta unidad política es concebida como un sistema cerrado de normas, no se llega a la realidad, sino a lo ideal a lo netamente pensado¹⁴.

El riesgo que se corre con ello, es que ese conjunto de normas sea igualmente una noción que puede dividirse en tantas aristas se considere pertinentes, ya no por un Poder Constituyente, sino por poderes constituidos que, en actividad legislativa de cambio constitucional, lleven al texto fundamental porciones de la realidad política, de decisiones ordinarias y sea consideradas como fundamentales. A esta transformación le denomina ley constitucional.

Pensar en la normativización de cualquier tipo de normalidad tendente a posicionarse a la par de la Constitución como una ley constitucional, implica considerarles como una misma totalidad de la unidad política. Así, cada ley constitucional puede aparecer como Constitución. Aquí es cuando Schmitt niega el carácter normativo, pero inclinado a la relativización de la Constitución señalando que:

La relativización del concepto de Constitución consiste en que en el lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de *ley constitucional concreta*, pero el *concepto de ley constitucional* se fija según *características* externas y accesorias, llamadas *formales*.

Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. ... Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita «fundamental»¹⁵.

No pretendemos, por el momento, ahondar en la explicación de esta temática, ya que lo abordaremos en forma pormenorizada en el apartado IV cuando hablemos del problema de la Ley constitucional y la actuación del Poder Constituyente. Téngase por anotado, que la interpretación que hacemos de la presunta negación de la normatividad como elemento inobservable en Schmitt resulta inadecuado, ya que para éste, la Constitución sólo podrá surgir a la realidad material, de la mano de su concreta apariencia normada con carácter escrito.

Por su parte, igualmente falso es que niegue u omita lo real y el cambio en la Constitución. En su tercera significación, la concibe como principio del devenir dinámico de la unidad política, lo que permite su continua renovación en cuanto a su forma y erección. Resulta innegable la dialéctica concentrada en esta afirmación, pues al ser la

¹⁴ Cfr. SCHMITT, C., *op. cit.*, págs. 36 y 45-55.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 45.

Constitución producto del pasaje histórico de la unidad política, ésta se consolida sobre la base de su constante perfeccionamiento.

Así, el Estado-Constitución no es algo estático o en reposo, cual si de inmutabilidad normativa se hablara, sino que se sitúa como algo en devenir constante. Ello es así, derivado de los diversos contrastes conforme a los cuales se integra la unidad política, pues los muchos intereses políticos contrapuestos, opiniones y tendencias en juego, son parte integradora de la unidad política.

Es integradora en la medida en que la existencia del Estado se debe a la decisión de los sujetos sociales de auto-determinarse y auto-integrarse, para su propio desarrollo. Este proceso de integración¹⁶ representa el núcleo sustancial de la dinámica del Estado y, por tanto, de la Constitución. Sólo a partir de estos procesos de integración, el individuo se vuelve sujeto social en armonización con la imagen de voluntad comunitaria, por medio de la cual se puede renovar y desarrollar en su sustancia espiritual.

Esta teoría de la integración es retomada por Schmitt de la ideología del derecho como ciencia del espíritu de Rudolf Smend, en cuanto que para éste “lo característico de los procesos integradores de una comunidad determinada reside en que dichos procesos son generalmente procesos que producen, actualizan, renuevan o desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad, que es precisamente lo que constituye su contenido objetivo. En la vida política son por tanto, fundamentalmente procesos de conformación de la voluntad comunitaria”¹⁷. En todo caso, la óptica de la Constitución como concepto dinámico se posiciona en la esfera del *ser* y del *existir*. Por esa condición no puede hablarse de que ésta se convierta, sin más, en una simple regla o norma bajo la cual se pretenda subsumir.

Si tratamos de homologar las directrices marcadas tanto por Schmitt como por Heller, en el entendimiento de dinamismo, tenemos primeramente que señalar, que para ambos existe una primer aproximación y coincidencia, en el sentido de que, si bien se trata de procesos de integración, estos son referidos no a una sustancia espiritual, sino a condiciones de la realidad en tanto actividades humanas.

Igualmente, debemos admitir que el pensamiento helleriano al basarse en una construcción metodológica de estudio de la Ciencia del Estado como auxiliar de la Ciencia Jurídica, se encamina a la consolidación de una verdadera Teoría Unificadora de la Constitución de corte funcionalista, donde la constante discusión dialéctica enfrasca la totalidad de los fenómenos jurídicos, políticos y sociales, en una actividad humana dotada de sentido.

¿Pero, cuál es la significación de “sentido” que debe contener la Constitución? Pues bien, para comprender esta temática se tendrá que analizar la construcción teórica del pensamiento de este autor. Como es evidente, el lenguaje utilizado en el discurso de su

¹⁶ SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. José M. Beneyto Pérez, Madrid, 1985, pág. 63.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 80.

Teoría del Estado, se encuentra cimentado sobre la filosofía de Hegel en cuanto a su perspectiva dialéctica por medio de la cual compagina lo real de la normalidad, con el objeto de la normatividad.

No obstante ello, pudiéramos atrevernos a señalar que al dotar de sentido sus elementos constructivos como actividad humana y llevarlos al campo del criticismo teórico, por medio de lo cual se pretende conceptualizar teóricamente la totalidad de las condiciones sociales y la necesidad de su constante cambio,¹⁸ haciendo de la teoría una forma, se deja entrever un claroscuro resplandor de influencia sociológica enfocada a la funcionalidad de la ordenación de las relaciones sociales, lo que hace necesario pensar en una influencia de la Escuela de Frankfurt¹⁹.

Solo teniendo en mente esta idea, puede comprenderse la inteligencia de postular a la Constitución como una totalidad de factores y condiciones sociales que se encuentran en constante cambio, pero siempre dependientes del sujeto social como motor de esas condiciones. Por vez primera se posiciona en el estudio de la Teoría constitucional, un pensamiento de este tipo, que deja de lado el individualismo de sectores, ya jurídicos, ya políticos, como fundamento primigenio de la Constitución.

Superponiendo el elemento cambio en la generación de la palabra Constitución, aparece la idea de factores de integración operantes en la realidad social. Ambos autores en comento son coincidentes en acuñar el contenido de estos factores como fondo de la ley fundamental, a partir de lo manifestado por Lassalle al señalar que el núcleo de las Constituciones radica en los factores reales de poder, mismos que siempre se entienden en cambio y gradualidad.

Con acierto escribe Lassalle²⁰ que en todo país obra una fuerza activa e informadora que influye en todo el aparato normativo que se levante sobre un Estado, obligándolo a ser lo que es y como es, sin permitirle ser de otro modo. Esta fuerza vinculante, activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad, son los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad, son el núcleo de una Constitución.

He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.

¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

Se cogen factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores

¹⁸ Teoría crítica que reside esencialmente en el pensamiento de Hegel, Marx y Freud.

¹⁹ Aquella generada y sustentada por el pensamiento de sociólogos y filósofos del calce de Horkheimer, Adorno, Marcuse, Pollock, Neumann, Fromm, entre otros tantos.

²⁰ Los factores de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no pueden ser, en sustancia, más que tal y como son. LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, 1984, pág. 84.

reales de poder, sino que se ha erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atenté contra ellos atenta contra la ley, y es castigado²¹.

Este pensamiento es a partir del cual Heller se plantea la realidad social como ordenada y formada tendente a reproducirse como Estado en su existencia concreta, a través de una Constitución real. Haciendo de esta forma alarde a lo señalado por Lassalle respecto a que en todo país tiene una Constitución, real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean²².

Esto es lo que corresponde a lo dinámico de la ley fundamental, ya que esas relaciones de poder que condicionan la formación normativa y la actividad institucional dentro de un Estado, están siempre en permanente cambio, lo que refuerza la unidad y ordenación de la voluntad organizativa de la sociedad proyectada dentro de un Estado. Así, toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace²³.

Entender la Constitución como unidad y organización de la voluntad política a partir de la interacción de las relaciones de poder de los distintos integrantes de la comunidad, implica situar esas decisiones políticas fundamentales como una parte estática que da cohesión y sustento al propio Estado. No obstante, a la vez sólo puede hablarse de Constitución al afirmarla como proceso integrador dinámico, pero con carácter relativamente estático, de ahí que se enaltezca la Constitución de un Estado como forma de actividad, como producto, y no como proceso o actividad²⁴.

En esta mecánica integradora o de homogeneización en términos de Heller, la Constitución reviste la forma de una ley de leyes como norma fundante, a partir de la cual todo el desplegado normativo de un Estado habrá de condicionarse a la voluntad política que le dio origen, al ser la normación total de la vida del propio Estado. Constitución en sentido de una unidad cerrada, no de un sistema cerrado que evocaría lo referido como leyes constitucionales.

En este sentido la Constitución se instituye como ejercicio de soberanía. Aquí radica la confronta a la crítica que Heller hacía a Schmitt, pues para el segundo de los referidos, concebir así a la Constitución, implica un cambio de Estado-Constitución, a Constitución-Estado, ya que el Estado es un *deber-ser* normativo, mientras que la Constitución se vuelve un *ser*, ya que sólo una cosa con existencia concreta, y no una simple norma válida, puede ser soberana²⁵.

La calidad de *ser* es obtenida de la voluntad política del pueblo, ésta se materializa como acto de soberanía a partir del ejercicio del Poder Constituyente. La palabra voluntad personifica la magnitud del *ser* como origen del *deber-ser*. La fuerza y autoridad de esa voluntad radica en el *ser*. Por esa razón, la Constitución no puede ser concebida como una

²¹ *Ibidem*, pág. 92.

²² *Ibidem*, pág. 99.

²³ HELLER, H., *op. cit.*, pág. 317.

²⁴ *Idem*.

²⁵ SCHMITT, C., *op. cit.* pág. 40.

mera norma positiva, puesto que esa voluntad conduce al Derecho natural del principio democrático de soberanía²⁶.

Si bien una norma, en este caso la Constitución, vale porque está positivamente ordenada conforme a determinado método, ésta existe siempre por virtud de la voluntad política como unidad y ordenación. Es la verdadera realidad ordenadora de conformación jurídica. El concepto de ordenación jurídica explicado a través del tamiz de la voluntad política, es desarrollado por Schmitt mediante dos contenidos completamente diferenciados: 1) La norma en Derecho; y, 2) La voluntad política como elemento real de ordenación concreta²⁷. Así, la unidad y ordenación reside en la existencia política del Estado, y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades, tan solo en la Constitución como ley de leyes, como *norma fundamental*²⁸.

Queda claro que cuando se insta a un Schmitt como distante de la idea de norma fundamental que hemos venido tratando, ponderando un decisionismo político por sobre cualquier otra conformación social, se está valorando su teología política, no así su pensamiento en Teoría de la Constitución. Desde su obra *Teólogo de la Política*²⁹, es fácilmente criticable y, por el contrario, de todo lo referido hasta este punto, estaríamos a favor de dichas críticas.

Cuando Schmitt señala que todo orden deriva de una decisión y que también el orden jurídico, al igual que cualquier otro, se basa en una decisión y no en una norma,³⁰ no está contemplando la esencia y finalidad de una Constitución, sino que trata de justificar, conforme al tiempo y espacio en que lo escribe, un régimen de gobierno específico, donde el concepto de soberanía poco tiene que ver con una razón democrática.

Por lo contrario, evoca como fundamento de su decir lo referido por Bodin respecto a la problemática de la soberanía y el caso de necesidad y urgencia de toma de decisiones, incluso tendencialmente, inclinando su postura a la imagen del príncipe en su coyuntura de promesa para con el pueblo. El concepto soberanía tiene aquí una implicación simbólica de relación con los conceptos: “poder” y “dominio”.

Bodin refiere que la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república³¹. No obstante, tal significación no es necesariamente una visión democrática, sino más bien un régimen monárquico, un principado. Por tanto, República se entiende como un “recto

²⁶ Dirá Schmitt en su análisis sobre el Poder Constituyente, que éste no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable. «Está siempre en estado de naturaleza». *Ibidem*, pág. 128.

²⁷ *Ibidem*, pág. 43.

²⁸ Quien dice que la Constitución vale como *norma fundamental* (no como voluntad positiva) afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades de *contenido*, lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos jurídicos. *Ibidem*, págs. 42-43.

²⁹ SCHMITT, C., *Teólogo de la Política*, México, 2001. Ver también la edición Trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Trotta, Madrid, 2009.

³⁰ *Ibidem*, págs. 25-26.

³¹ BODIN, J., *Los seis libros de la República*, Trad. Pedro Bravo Gala, Madrid, 1985, pág. 47.

gobierno de varias familias, y de lo que les es común”³², así el poder depende de la característica de perpetuidad de la persona sobre quien descansa.

El dominio del que se habla, reside en el poder y mando que el soberano tiene por sobre toda la organización social, incluso, sobre la propia edificación jurídica que pueda tenerse en la República. Este dominio se ejercita a través de la decisión de mando del soberano³³, mismo que en ningún momento se puede afirmar como sometido³⁴, si acaso en un compromiso de pacto normativo, donde su propia voluntad se dirige a la promesa realizada a sus súbditos, pero incluso aquí, esta sujeción es frágil y limitada a los casos de necesidad y urgencia.

El poder vinculante de la ley rige como sujeción de mandato para el pueblo y, siempre, como voluntad del soberano, pues éste no está sujeto a sus leyes, ni a las leyes de sus predecesores, sino a sus convenciones justas y razonables y en cuya observancia los súbditos en general o en particular, están interesados³⁵. La ley es la expresión de mandato por medio de la cual se ejerce el poder.

Si se siguen estos pasos en la edificación de un concepto de soberanía³⁶, resulta fácil comprender cómo Schmitt llega a la conclusión de que soberano es quien decide sobre el estado de excepción³⁷, enuncia esta cavilación como la más justa respecto al límite del término soberanía. Aquí, norma se presenta como derecho de situación, se pondera al Estado como decisión política de la voluntad organizadora por sobre la construcción normativa del mismo, existe pues, una indudable superioridad del Estado sobre la vigencia de la norma jurídica.

La decisión se libera de toda obligación normativa y se vuelve absoluta en el sentido literal de la palabra. En el caso de excepción, el Estado suspende el derecho en virtud de un derecho de autoconservación, según suele decirse. Los dos elementos del concepto orden jurídico se enfrentan y demuestran su autonomía conceptual. Del mismo modo que en el caso normal es posible reducir el momento independiente de la decisión al mínimo, en el caso de excepción la norma se destruye³⁸.

De esta manera, se observa un monopolio de la coacción, que de la mano de la norma, se convierte en un monopolio sobre la decisión. A nuestro entender y, siguiendo el

³² *Ibidem*.

³³ En el soberano, especialmente, se reúnen de nuevo todos estos elementos y aspectos: el soberano es, a la vez, legislador supremo, juez supremo, y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad. SCHMITT, C., *Teólogo de la Política*, *op. cit.*, pág. 261.

³⁴ Si el príncipe soberano estuviese sometido a los estados, no sería ni príncipe ni soberano, y la república no sería ni reino ni monarquía, sino pura aristocracia de varios señores con poder igual, en la que la mayor parte mandaría a la menor, en general, y a cada uno en particular. *Ibidem*, pág. 57.

³⁵ *Ibidem*, pág. 54.

³⁶ Si bien no es nuestro objetivo discutir aquí el tema de la soberanía, resulta necesario abordar al Schmitt alejado de su Teoría de la Constitución, con la finalidad de no incurrir nosotros mismos, en una falseación teórica, ya que hemos postulado a este Schmitt, como su propia contradicción con sus diversos textos, lugar en el que se reivindica, ahora de la mano de la democracia.

³⁷ SCHMITT, C., *Teología política*, *op. cit.*, pág. 23.

³⁸ *Ibidem*, pág. 27. En su edición española ya citada, se utiliza el término aniquilación, al momento de referir el resultado de la ley ante la excepción. *Vid. op. cit.*, pág. 18.

pensamiento helleriano, ésta sí sería una total *aberratio* donde la idea de decisión desconoce la propia organización social, mediando sólo el interés personal del soberano, desconociendo de igual forma la razón del derecho, pues a partir de la decisión puede crear situaciones de derecho nuevas, una paradoja de derecho sin derecho. Decisión política es mutación en Derecho.

No sólo el Derecho es un Derecho de situación, sino que cualquier decisión del soberano implicará en forma inmediata una situación necesaria de decisión. La perspectiva de límite al Derecho no tiene sentido ya, pues al no existir límite en la decisión del soberano por ser un poder supremo, el Derecho pasa a ser una forma que rige sobre la idea jurídica de necesidad a la circunstancia concreta. El Derecho se vuelve decisión jurídica³⁹.

Algo de suma importancia habrá de destacarse en este punto. El recorrido realizado de Schmitt por dos de sus más importantes obras, implica una terminante contradicción en su pensamiento. El primero que es criticable por sus nociones de Soberanía, soberano, ordenación jurídica y decisionismo. Y, un segundo, en su obra Teoría de la Constitución, donde se aleja de esos ideales que detonan en un totalitarismo, cambiando de ruta hacia un modelo democrático en el que la Constitución como norma fundante, goza de un sitio especial como formación de la voluntad política unitaria y organizacionalmente.

Como con suma precisión lo dejara claro Gómez Orfanel, en esta faceta constitucionalista se observa un Schmitt cuyo decisionismo es, sobre todo, un tipo de pensamiento jurídico. Un escenario que fluye a partir de la unión entre derecho y política, desmarcándose de la política liberal y de la epistemología normativa, en lo que se conoce como una “*Politique du droit*, no porque subordine el derecho a la política, sino porque sitúa en el principio de todo derecho un elemento que no es una norma, sino más bien la condición para emanar normas”⁴⁰.

Temas como Constitución-Estado, Poder Constituyente, soberanía popular, justicia y voluntad, circundan el encuadre de su teoría que desconocen a ese viejo Schmitt tildado de fascista en su discurso al servicio del poder. El remanente teórico de esos preceptos como el de poder, dominio y mando, corresponden ahora a la Constitución como virtud de la voluntad política existencial de aquel soberano que la ha dado a partir de un acto constituyente.

Ese Poder Constituyente, cuyo engendrador es el pueblo en cuanto voluntad política, contiene dentro de sí, la voluntad de ordenación normativa como motor de modo y forma de organización. La decisión, por un único momento, abarca la totalidad de los factores que mueven a la unidad política. Ese Poder Constituyente, es el ente capaz de obrar, donde se deposita la voluntad de dar una Constitución. La Constitución es tal, en

³⁹ Señala Schmitt que: “Cada decisión jurídica concreta contiene un elemento de indiferencia con respecto, al contenido porque la conclusión jurídica no emana en su totalidad de sus premisas y el hecho de ser necesaria la decisión se conserva como elemento determinante autónomo”. *Ibidem*, pág. 39.

⁴⁰ GÓMEZ ORFANEL, G., “Carl Schmitt en los noventa”, en *Revista de Libros*, segunda época, n° 19-20, julio-agosto, 1998. Disponible en: <https://www.revistadelibros.com/articulos/carl-schmitt-en-los-noventa> [Consultado en julio de 2020].

cuanto existe por virtud de la magnitud política residida en la decisión política del titular del Poder Constituyente, que es el pueblo soberano.

Al cabo de toda esta disertación, aún permea cierto remanente que abordar respecto a la Constitución como decisión de unidad política y decisionismo como potestad absoluta del soberano. Como lo hemos adelantado, no es nuestro objetivo escudriñar en toda la formulación teórica de nuestro autor, sin embargo, sí hemos tratado de reivindicar el camino de éste conforme a su Teoría de la Constitución, a fin de llegar a la posibilidad de rectificar la razón.

De tal forma, debemos detenernos a pensar, al menos por un momento, si existe diferencia entre decisión y decisionismo. Pudiera parecer al trato de los textos, que ambas palabras son usadas para materializar una misma cosa o una igual situación para referir una resolución, comprendida en la conceptualización de las palabras Constitución y Estado. No obstante, el contexto sobre el cual son usadas dista mucho de simbolizar y significar lo mismo.

Explicemos mejor esta afirmación. En Teología Política la palabra decisión conjura la idea de determinación política en caso de un Estado de emergencia, en el que la voz de mando la contiene el soberano —príncipe— como único sujeto depositario del poder, por medio del cual se crea y se direcciona el Derecho. En esta instancia la Constitución nada tiene de norma fundamental, lo realmente importante es la personificación e integración del soberano, como una totalidad de las condiciones sociales, políticas y jurídicas del Estado.

El soberano es, a la vez, legislador supremo, juez supremo, y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad⁴¹. A este poder ilimitado, para el cual a la Constitución se le niega como actividad normada de la normalidad social y desprendida de toda fuerza y poder vinculante, es a lo que en Schmitt se tiene como su teoría decisionista de la totalidad en la voluntad política. Acertada razón tendría Heller en tal modo al reprochar ello, pues a la Constitución se le estaría quitando toda función normativa con base en un determinismo que puede ser radical⁴².

Por su parte, en un sentido totalmente ajeno a esta nomenclatura, se presenta un Schmitt de una Teoría de la Constitución que concibe un concepto de Constitución como unidad y organización totalizadora de la voluntad política, donde la materialización de las decisiones políticas de una sociedad sólo puede homogeneizarse y tener la función de norma suprema, mediante el sistema cerrado de disposiciones normativas que direccionen y gestionen la totalidad del aparato jurídico de un Estado.

Se entiende a la Constitución como ley de leyes que representa las decisiones políticas fundamentales de corte democrático, que han sido adoptadas por el pueblo como sujeto soberano en virtud de su existencia política. La Constitución se vuelve una decisión política fundamental que escenifica el plan normativo de una sociedad, con lo que es válido

⁴¹ *Ibidem*, pág. 261.

⁴² *Vid.*, HELLER, H., *op. cit.* págs. 335-336.

aducir que, así vislumbrada la norma fundamental, la decisión se vuelve normalidad tendente a fortificarse vía normatividad, con lo que se asegura la continuidad del texto normativo⁴³.

No se trata de un determinismo radical en el que se hace óbice de la Constitución, pudiendo yuxtaponerla a una decisión política tomada por el soberano en cualquier momento que así lo desee por capricho de intereses particulares. El pueblo como titular del poder soberano se autorregula por medio de una Constitución, que para su cambio y permanencia requiere de determinados límites de normalidad normados incrustados en su propio texto.

Seguir con la idea malintencionada de tildar en todo texto a Schmitt como teórico del fascismo, es negar la calidad de jurista, politólogo y constitucionalista que se representa en su Teoría de la Constitución. Si bien es más que claro el decisionismo que externa este autor en sus textos de determinado régimen de gobierno, no tiene el mismo trato y estructura en este texto en mención. Esta idea ya la dejaba en claro desde los años 90's el profesor Gómez Orfanel⁴⁴, al apuntar que Schmitt es un autor polifacético, que en su legado literario se ocupa de cuestiones de teoría del Estado, de pensamiento político, lo mismo que de derecho público y teología, incluso, incursiones en crítica literaria.

Rectificar y reivindicar el camino de un Schmitt alejado de sus escritos sobre Estado de excepción y percepción del “enemigo”, observando su acertada arquitectura de conceptos como el de Constitución, Soberanía, Derecho y Ley constitucional, implica interpretar adecuadamente el uso y sentido que de la palabra decisión se tiene. Las circunstancias temporo-espaciales sobre las que se genera su Teoría de la Constitución, muestran, claramente, el pico más alto de la reflexión schmittiana.

Sólo a partir de la eliminación de este sesgo de malinterpretación, puede entenderse una comunión entre la ideología helleriana y la de Schmitt, respecto a la imagen de la Constitución como unidad política totalizadora, expresión de la *volonté générale* totalizadora y llena de sentido. Es el espíritu de la Constitución,⁴⁵ la voluntad general del pueblo soberano.

Al ser la Constitución unidad y ordenación política de una sociedad, que expresa su voluntad general en forma real y materializada, se llega a concebir acertadamente la noción de soberanía como voluntad de poder unitario e indivisible. La norma fundamental da vida material al Estado Constitucional, donde ésta no vale por ser un texto jurídico, sino

⁴³ Así compaginable con la idea de Constitución para Hermann Heller. *Ibidem*.

⁴⁴ Schmitt es un autor polifacético que se ocupa básicamente de cuestiones de teoría del Estado, pensamiento político y derecho público pero que hace frecuentes incursiones en otras áreas como la crítica literaria y la teología. Por otro lado, a lo largo de setenta años ha ido manifestando su interés por cuestiones muy diversas; no ha sido un autor cuyo pensamiento sea sistemático, sino más bien vinculado a las situaciones concretas. De ahí la necesidad de establecer algunos criterios que permitan agrupar las publicaciones más relevantes que han aparecido en los últimos años, para de esta manera analizar las tendencias básicas en los estudios schmittianos. GÓMEZ ORFANEL, *op. cit.*

⁴⁵ En este sentido: HELLER, H., *La Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, México, 2005, pág. 167.

por la decisión política de una sociedad que ha homogeneizado la totalidad de sus factores sociales, jurídicos, políticos, económicos, etc. Como lo señalara Heller esta unidad política como voluntad general se vuelve universal y suprema dentro del orden de poder⁴⁶.

Después de todo lo hasta aquí referido, queda a discusión, si acaso para incitar el debate, si la visión de presunto antagonismo entre Heller y Schmitt, entre sociologismo y politicismo, entre unidad ordenada de acción y decisión política, entre voluntad unitaria totalizadora y unidad política, siguen existiendo. Ambas posturas están tildadas de un cierto sentido de comunión, que concluye en una Constitución como expresión de la voluntad soberana del pueblo.

III. LA CONSTITUCIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN

El principio de ordenación que impera dentro de la unidad política sobre el cual se expresa la voluntad general, es el límite autogenerado por la sociedad, que llamamos Constitución. Así lo entendía el propio Jellinek al afirmar que “toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella”⁴⁷.

De tal premisa, por lo que hace al Estado moderno, es coincidente afirmar que todo Estado es tal en cuanto dotado de una Constitución. Ya lo referíamos en su momento en cita a Schmitt, en cierta medida la constitución de una Constitución significa igualmente constitución de un Estado. Sin ella, simplemente se desnaturalizaría la totalidad de factores intervinientes en su conformación, sin la homogeneidad, o integración en términos de Smend⁴⁸, el Estado volvería a ser un ente amorfo.

La Constitución se vuelve *ser-deber-ser* ante el Estado. No sólo se trata, como lo afirmara Kelsen⁴⁹, la expresión que caracteriza el fundamento jurídico positivo del Derecho. Por el contrario, es una actividad humana política consciente y, por ello, perteneciente al mundo de lo real, integrada por los factores que direccionan la producción del derecho positivo vigente dentro de un Estado. Es un orden social normativo vinculante por ser expresión de la voluntad general como decisión⁵⁰.

En palabras de Loewenstein la Constitución es control del poder político⁵¹. Fuente que informa el *deber ser* del derecho y la sociedad. Es pues, la totalidad de la estructura social de la comunidad, lugar donde convergen las convicciones y pretensiones políticas de

⁴⁶ La soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Este concepto, en su aspecto positivo, significa que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate. *Ibidem*, pág. 197.

⁴⁷ JELLINEK, G., *Teoría del Estado*, México, 2007, pág. 457.

⁴⁸ SMEND, R., *op. cit.*

⁴⁹ KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra, 10ª ed., España, 1979, pág. 6.

⁵⁰ Cfr. HELLER, H., *La Soberanía...*, *op. cit.*, pág. 130.

⁵¹ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, España, 2018, pág. 149.

la pluralidad de la sociedad, y no un mero marco legal, expresión que Aristóteles denominara *politeia*⁵².

Resulta interesante observar la forma en que Loewenstein, claramente basado a una conformación política de la norma fundamental, aborda la relación existente entre gobernante y gobernados, señalando que esas convicciones y formas de conducta de la sociedad son principios que informan la mecánica de conducción entre éstos.⁵³ Mientras en la idea que veníamos manejando desde Lassalle, tanto Schmitt como Heller marcaban una clara coincidencia en establecer el núcleo de la ley fundamental a partir de los factores reales de poder que informan y direccionan el caudal jurídico-político de la ley; Para Loewenstein, aun cuando no con el mismo vocablo, el papel de la Constitución se centra en fungir como la autolimitación del poder, especialmente del político, recaído en las instituciones que llevarán a cabo la representatividad de la sociedad que les ha dado nacimiento.

Para éste, tres son los incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en sociedad y que rigen la totalidad de sus relaciones humanas, entre ellas la decisión de conformación de un Estado y su autodeterminación por medio de una Constitución. Estos tres incentivos son: el amor, la fe y el poder. Al respecto señala que:

Sabemos que el poder de la fe mueve montañas, y que el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder. La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder a su miseria. Sin embargo, hay algo en común en estas tres fuerzas: el hombre puede sentir las y experimentarlas, así como apreciar su efecto sobre sí mismo y su medio ambiente; pero a lo que no llega es a conocer su interna realidad⁵⁴.

Es evidente que para este autor, el término “poder” aparece en las relaciones humanas como el factor de mayor peso, cuya importancia trasciende al campo sociopolítico. Será el control de éste la función principal que una Constitución pueda tener, en el entendido que de no hacerlo se pondría en riesgo la libertad y decisión política de la

⁵² Dirá Aristóteles que allá donde la masa gobierna en vista del interés común, el régimen recibe el nombre común a todas las demás formas de gobierno (entre ellas la monarquía y la aristocracia) de república, de *politeia*.

“Su naturaleza resulta más clara una vez definidas la oligarquía y la democracia, pues la república es, en términos generales, una mezcla de oligarquía y democracia: las que se inclinan a la democracia suelen llamarse repúblicas, y las que tienden más bien a la oligarquía, aristocracias, porque la educación y la nobleza suelen acompañar de preferencia a los más ricos. Además, los ricos parecen tener aquello cuya carencia hace que los delincuentes delincan; pero eso los llamamos selectos y distinguidos; y lo mismo que la aristocracia concede la supremacía a los mejores ciudadanos, también se dice que las oligarquías están constituidas principalmente por los selectos.” ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, 2005, pág. 182.

⁵³ En desgracia por la traducción del texto, se hace uso de las voces “detentadores” y “destinatarios”. Debemos de advertir que la construcción teórica de Loewenstein se basa a la idea de un Estado Democrático y Constitucional, por lo cual el término detentador no resulta ser el más afortunado, pues éste evoca la adquisición del poder a injusto título, cosa que un Estado como el referido sería impensable. Por ello, preferimos no hacer uso de los mismos, pues se estima que mucho perjudica a la doctrina de la Democracia constitucional y, en específico de la postura de este autor.

⁵⁴ LOEWENSTEIN, K., *op. cit.*, pág. 23.

sociedad mediante su entero control. El campo de lo político, como en Maquiavelo, lo refiere como el más hostil sobre el que se sitúa la lucha por el poder⁵⁵.

En un sentido ontológico, refiere que el *telos* de la Ley Fundamental no es otra cosa que la creación de instituciones que sirvan de freno, límite y control del poder político. Ante ello dota de una doble significación a la voz Constitución.⁵⁶ Por un lado, como ideología liberal al ser el aparato constitutivo de un Estado que impide el control social absoluto de los destinatarios del poder, es decir, de los gobernados. Por el otro, como estandarte y voz soberana mediante la asignación de una legítima participación en el proceso de delimitación y ejercicio del poder, a partir de la función constructiva del Poder Constituyente.

En términos concretos, la Constitución es un orden fundamental de la sociedad estatal. Es Ley Fundamental del Estado y fuerza activa que se postra como estándar de creación normativa e institucional, expresión de unidad política como voluntad general necesaria. Integración de factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada y vinculación ético-social entre gobernantes y gobernados.

Siguiendo el pensamiento de Lassalle, es una construcción de fragmentos de toda índole, si bien es una decisión política, también es conciencia colectiva y cultura general de la sociedad, es pasaje político de su devenir histórico, en suma, es el producto de la integración de todos los factores sociales, políticos, jurídicos, económicos, etc., que interactúan en la sociedad. Como puntualmente lo enunciara Heller la Constitución no es en primer término proceso, sino producto, no actividad sino forma de actividad⁵⁷.

A partir de este entendimiento puede percibirse a la Constitución en su doble aspecto, como *ser* y como *deber-ser*, ya que no sólo abarca, como en principio señalara Jellinek⁵⁸, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, la fijación de su círculo de acción y la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado⁵⁹; Sino también la realidad no normada, los fundamentos de las relaciones constantes de voluntad⁶⁰.

La Constitución del Estado jurídicamente normada es también expresión de las relaciones de poder. Realidad político-social y formación normativa interactúan en una

⁵⁵ Cfr. *ibidem*.

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, págs. 151 y ss.

⁵⁷ HELLER, H., *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 317.

⁵⁸ No puede negarse que Jellinek con cierto ojo clínico, comprendió que los textos con carácter constitucional no podían ser solo un cúmulo de letras tendentes a afirmar principios y valores como documentos de gobierno que afirmasen la vida política de la comunidad, sino que, para su vinculación a tipo de coerción, estaban investidos y, así era necesario en sociedad, de una dimensión jurídica. Las Constituciones tienen preceptos jurídicos, afirmaba el profesor alemán.

“Las Constituciones contienen preceptos jurídicos y todo el Derecho es reformado y completado sea mediante la ley, sea a través del Derecho consuetudinario, o bien, según unos afirman y otros rechazan, mediante el Derecho de los juristas”. JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, 1991, pág. 6.

⁵⁹ JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, op. cit., pág. 457.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 582.

dialéctica constante de conformación de un *ser-deber-ser*. Así, acto y sentido, realidad y significación son unidad renovada, siempre en constante cambio.⁶¹ Realidad social y norma jurídica convergen desde un punto de vista político-histórico. Unión que Heller explica de mejor manera al precisar que:

Las normas sociales sirven, por una vinculación intersubjetiva de voluntades, al mantenimiento de una determinada conducta social. En cuanto normas constitucionales, tienen la función de procurar vigencia a una normalidad a la que se reconoce valor positivamente, o sea a la conducta que realiza la Constitución, no obstante, el cambio de los tiempos y de las personas. La unidad y ordenación de la Constitución del Estado sólo adquiere realidad por una cooperación de actividades que, tanto histórica como sistemáticamente y tanto en la sucesión temporal como en la coexistencia espacial, ha de mostrar una continuidad en la que haya un ajuste perfecto. La Constitución jurídica representa el plan normativo de esta cooperación continuada. La dogmática jurídica del derecho constitucional existe para servir al fin de una continuidad histórica y sistemática de la Constitución real, hacia este fin ha de orientarse su método⁶².

Con cada intento de separar lo jurídico de lo político, se confirma cada vez más la necesaria unión de ambos. La Constitución real como expresión de la voluntad política de una sociedad en la que se integran las relaciones sociales de poder, es a la vez, *status* político total y contenido normativo jurídico destacado de esa realidad, es estructura social y estructura normativa de sentido. De esta forma, entendemos por constitución de la Constitución el andamiaje que logra conjuntar los diversos factores reales que condicionan la organización política. Por decirlo de alguna otra manera, son estos factores la esencia, el alma, del ordenamiento constitucional.

1. Poder Constituyente. Expresión de la voluntad política soberana

Hemos adelantado que la construcción de una Constitución sirve siempre a los fines de la voluntad política de una sociedad. La decisión de la misma vira a la necesidad de organización materializada en la realidad de todos aquellos factores que interactúan en forma constante dentro de seno. Lejos de ser esta formación un *pactum*, debe ser considerada como una decisión de la voluntad general.

Al hablar de voluntad general como motor y forma de la decisión del pueblo entra a colisión el término soberanía. No es novedad que para el pensamiento roussoniano la soberanía es incompatible con la voz Constitución como Norma Fundamental que limite las libertades de la sociedad, ya que el poder ejercido por el pueblo no puede estar condicionado por ningún tipo de poder o ley, pues de lo contrario se desnaturalizaría la esencia de poder soberano.

Si seguimos los pasos apuntalados por Jean Bodin, de quien pende indiscutiblemente la reorganización del concepto soberanía, tendríamos que decir que su ejercicio es ilimitado al tener la cualidad de ser “perpetuo”, situación que simboliza sin más, la no existencia de otro poder que lo condicione o mandate, del cual pueda ser

⁶¹ HELLER, H., *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 330.

⁶² *Ibidem*, págs. 334-335.

derivado. En concreto, Bodin se expresa en el sentido de poder originario y, por tanto, absoluto. Si se prefiere, un poder cualitativamente distinto a los demás, que para el caso habrán de ser no más que poderes constituidos, siempre subrogados a la decisión de aquel perpetuo y originario poder soberano.

Rousseau desde su *Contrato Social* explicaba que al ser la soberanía ejercicio de la voluntad general, no puede nunca ser enajenada. El pueblo soberano no puede estar representado más que por sí mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad.⁶³ En este autor es impensable que la Constitución pueda superponerse como voz soberana, ya que ésta le corresponde en todo momento y lugar al pueblo, siendo ésta inalienable e indivisible.

Para éste, no podía existir ninguna ley que vinculase a guisa de obligatoriedad al cuerpo soberano, que era siempre un cuerpo colegiado. Si bien para la existencia del Estado aceptaba la formulación de una Constitución, ésta no podía tener un poder superior al del pueblo, por lo cual, éste podía decidir libremente sobre la vigencia o derogación de la ley, pudiendo eliminarla y cambiarla a su libre decisión⁶⁴.

En términos prácticos, lo que disponía Rousseau es que una Ley no podía escapar de las manos del soberano, no podría pretenderse individualizar un límite externo capaz de vincular al pueblo soberano, ya que “no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social”⁶⁵. Al ser el pueblo la autoridad suprema, sería absurdo y contradictorio que éste se dé un poder superior, puesto que “obligarse a obedecer a un amo es entregarse en plena libertad”⁶⁶.

Como lo pusiera de manifiesto el maestro De Vega⁶⁷, fue Rousseau quien al llevar hasta las últimas consecuencias la doctrina del pacto social, estableció con rigidez la presunta contradicción existente entre el principio político democrático de soberanía popular, con la teoría limitadora del poder, que fuese expuesta en gran medida tanto por Montesquieu como por Locke, y que a la postre sería el cimiento de la teoría de la supremacía constitucional.

⁶³ ROUSSEAU, J.J., *Tomo I. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos. De la desigualdad entre los hombres. El Contrato Social*, Barcelona, 2005, pág. 277. Se puede utilizar su versión italiana *Il contratto sociale*, Torino, 1994.

⁶⁴ El Estado no subsiste por las leyes, sino por el poder legislativo. La ley de ayer no obliga hoy, pero por el silencio se presume el consentimiento tácito, y el soberano tiene que confirmar continuamente las leyes que él no abroga, pudiendo hacerlo. Todo lo que una vez ha declarado querer lo sigue queriendo, a menos que lo revoque. *Ibidem*, pág. 329.

⁶⁵ ROUSSEAU, J.-J., *El Contrato Social*, México, Libro I, Capítulo VII, pág. 28.

⁶⁶ *Ibidem*, Libro III, Cap. XVI, pág. 102.

Doy aquí por sentado lo que creo haber demostrado, a saber: que no existe en el Estado ninguna ley fundamental que no pueda revocarse, incluso el mismo pacto social, pues si todos los ciudadanos se reuniesen para romperlo de común acuerdo, es indudable que el acto sería legítimo. Grotio cree que cada cual puede renunciar al Estado del cual es miembro y recobrar su libertad natural y sus bienes, saliendo del país. Luego sería absurdo que todos los ciudadanos reunidos no pudiesen lo que puede separadamente cada uno de ellos. *Ibidem*, págs. 105-106.

⁶⁷ DE VEGA GARCÍA, P., “La Reforma constitucional”, en RUBIO NÚÑEZ, R., *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Madrid, 2017, pág. 609.

Queda sobreentendido que buscar en Rousseau algún límite a la soberanía, si acaso a la Constitución como límite externo y garantía del cuerpo electoral, resulta prácticamente imposible. Para él sigue latente la idea de Hobbes⁶⁸ sobre la ley fundamental como aquella que obliga a preservar la integridad del poder del soberano. Lo que no puede existir es una Constitución que se ocupe del legislador soberano. “Éste, en efecto, no es representado como un poder, sino como la voluntad originaria que consiente la existencia de los poderes positivamente institucionalizados”⁶⁹.

En un sentido contrario a lo ilimitado de la soberanía como poder de decisión, es Constant quien advierte que ello sucumbiría ante caprichos de una sociedad al tenerse un poder tan grande e incontrolable, lo que sin duda sería algo malo y un rotundo error, pues sería un peso demasiado grande para la mano de los hombres. Retrotrayendo el hecho de la revolución que da paso a la soberanía popular, afirma que aquellos libertadores se equivocaron al dar un poder que ya era ilimitado y corría de la mano de unos cuantos, ahora hacia las manos de muchos, pero al final un mismo corrosivo poder, lo desplazaron en vez de destruirlo.

Cuando se establece que la soberanía popular es ilimitada, se crea y se introduce caprichosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande en sí mismo, y eso es malo, independientemente de quien lo posea. Confíese a uno solo, a varios, a muchos, seguirá siendo un mal. Se culpará a los depositarios de ese poder, y, según las circunstancias, se acusará sucesivamente a la monarquía, a la aristocracia, a la democracia, a los gobiernos mixtos, al sistema representativo. Será un error. Es a la cantidad de poder y no a quienes son sus depositarios a quien hay que acusar. Hay que actuar contra el arma y no contra el brazo que la sostiene. Hay pesos demasiado fuertes para la mano del hombre.

El error de quienes, obrando de buena fe por amor a la libertad, dieron a la soberanía popular un poder sin límites, viene de cómo se formaron sus ideas sobre la política. Vieron que a lo largo de la historia un pequeño número de hombres, o incluso uno solo, había disfrutado de un poder inmenso, causante de muchos males, pero su cólera se dirigió contra los detentadores de ese poder y no contra el poder en sí mismo. En lugar de destruirle, sólo pensaron en desplazarle⁷⁰.

El peligro más grande advertido por Constant a este respecto, mismo que en su momento ya avizoraba el propio Aristóteles, es el reduccionismo a un régimen despótico⁷¹,

⁶⁸ “Pues una ley fundamental en toda república es aquella sin la cual ésta fracasa y es radicalmente disuelta, como un edificio cuyos cimientos son destruidos. Y, por tanto, es una ley fundamental aquella en cuya virtud los súbditos están obligados a apoyar cualquier poder atribuido al soberano, sea éste un monarca o una asamblea, condición sin la cual no puede mantenerse la república. Tal como acontece con el poder de guerra y paz, enjuiciamiento, elección de funcionarios y con el de hacer el soberano todo cuanto considere necesario para el bien público. No fundamental es aquella ley cuya derogación no implica la disolución de la república, y tales son las leyes relativas a controversias entre súbdito y súbdito. HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Trad. Antonio Escotado, Madrid, 1980, Capítulo XXVI, págs. 367-368. Un cambio en la palabra “República” por la de “Estado”, bastante discutible se encuentra en la edición de Fondo de Cultura Económica, México, 2014, págs. 236-237.

⁶⁹ FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, España, 2011, pág. 85.

⁷⁰ CONSTANT, B., *Escritos políticos*, Madrid, 1989, pág. 9.

⁷¹ En la traducción a Aristóteles sería un régimen demagógico.

en el cual por más dividido que se encuentre el poder, si la suma total de éste es ilimitada, los distintos poderes no tienen más que coaligarse y el despotismo será irremediable⁷². Cuando el poder soberano se considera ilimitado, la salvaguarda de los derechos del individuo es una falacia, el régimen puede abruptamente cambiar de una democracia de la identidad, a una tiranía asamblearia.

Esto ya lo ponía de manifiesto el propio Voltaire al preguntarse qué clase de tiranía se prefería, si la de uno o la de varios, ante lo cual respondía que en caso de tener que elegir entre alguna de ellas, optaría por la tiranía de uno, pues “un déspota tiene siempre algunos buenos momentos; una asamblea de déspotas jamás”⁷³. Al final dirá que de poco importa ser devorado por un león que por cien ratas.

Al final del discurso algo se aprendió tanto de Bodin en su República, como de Rousseau en su democracia directa, y fue la percepción del principio político democrático de soberanía popular. Sin embargo, el camino aún resultaba sinuoso al querer comprender a la Constitución como instrumento limitador y organizador de los poderes del Estado, lo que significaba alejarse de la teoría del pacto social roussoniana y, con ello, de la teoría de la democracia de la identidad.

Se apostaba ahora por una democracia de corte representativo como realidad que se auto-argumentaba como evolución histórico-política en materia de control del poder. En palabras de Pedro de Vega, es esta “impresionante y obligada claudicación de la lógica de la razón del iusnaturalismo pactista ante la lógica de la historia, y que el propio Rousseau no puede por menos de reconocer, de donde partirá la construcción de la Teoría Constitucional”⁷⁴.

De esta forma se da cuenta de la inexistencia de un pacto constitucional entre gobernante y gobernados. La expresión de esta voluntad se encamina a la instauración de un determinado gobierno, posicionándolo como un esquema de mandato donde el pueblo, como poder soberano, determina que será la representatividad el mejor mecanismo para el desarrollo político-social de la comunidad⁷⁵. En este momento de quiebre y reconstrucción,

⁷² “Ninguna autoridad de este mundo es ilimitada, ni la del pueblo ni la de los hombres que se llaman sus representantes, ni la de los reyes, sea cual sea su título para reinar, ni la de la ley, que, al no ser más que la expresión de la voluntad del pueblo o del príncipe, según la forma de gobierno, debe circunscribirse a los mismos límites que la autoridad”. *Ibidem*, págs. 14-15.

⁷³ Si un tirano me hace una injusticia, puedo desarmarlo por su amante, por su confesor o por su paje; pero una compañía de graves tiranos es inaccesible a todas las seducciones. Cuando no es injusta, por lo menos es dura, y nunca derrama gracias.

Si sólo tengo un déspota puedo tranquilamente colocarme contra la pared cuando lo veo pasar, para posternarme o para golpear el suelo con mi frente, según la costumbre del país; pero si hay una compañía de cien déspotas, me exponga a repetir esta ceremonia cien veces por día, lo que a la larga es molesto cuando no se tienen las corvas ágiles. Si tengo una finca en la vecindad de uno de nuestros señores, me aplastan; si litigo contra un pariente de los parientes de uno de nuestros señores, me arruino. ¿Qué hacer? Me temo que en este mundo estemos reducidos a ser yunque o martillo. ¡Qué suerte el que escape a esta alternativa! VOLTAIRE, *Tomo I. Obras completas. Cartas filosóficas. Diccionario filosófico. Memorias*, España, 2014, pág. 290.

⁷⁴ DE VEGA GARCÍA, P., *op. cit.*, pág. 610.

⁷⁵ Hablamos inminentemente de una Constitución Democrática escrita. No es nuestra intención adentrarnos en el estudio de las diversas formas en que puede presentarse la Constitución de un Estado. Vinculamos aquella cita de Lassalle previamente abordada, de que en esencia todo Estado tiene y ha tenido

entra a la escena el principio político de Poder Constituyente, en un esfuerzo por tratar de conciliar la aparente dicotomía existente entre Democracia y Constitución.

Con inmejorable precisión lo definía Thomas Paine en *The Right of Man*, al afirmar que “una Constitución es algo que precede al gobierno y el gobierno es únicamente una creación de la Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno”⁷⁶. De ahí nace el espíritu soberano del Poder Constituyente como voz del pueblo soberano, instaurando la imagen de la Constitución como norma suprema querida por un pueblo en su función de soberano, que ordena, mandata y limita los poderes constituidos.

De igual forma, bajo el pensamiento de Nación abordado por Sieyés⁷⁷, entendiendo a ésta como el Estado materializado por la Constitución dada por el pueblo soberano, podríamos decir que la Constitución representa ese cuerpo asociado que vive bajo una ley común, creadora de su gobierno y limitadora del mismo. Ni gobierno ni nación podrían existir sin la decisión política del soberano encarnada en la idea de un Poder Constituyente, así lo defendería el propio Sieyés:

Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar. Eso es lo que se llama la Constitución de este cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno comisionado debe tener su constitución, y lo que es verdad para el gobierno en general lo es también para todas las partes que le componen. Así, el cuerpo de representantes, a quien es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, no existe más que con la manera de ser que la nación ha querido darle. Él no es nada sin formas constitutivas. No se obra ni se dirige no se manda más que mediante ellas⁷⁸.

Como ya se adelantaba, tanto la trama Norteamericana, como la derivada de la Revolución francesa, marcaron el hito histórico del llamado Poder Constituyente, llevando los conceptos de mandato y ordenación al campo de la Constitución. Con acertada razón exponía Sieyés en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, que el Poder Constituyente sólo puede residir en el pueblo, y sólo a partir de la creación de éste que es la Constitución, entran a la vida jurídica material los poderes constituidos sobre quienes recaerá el mandato de la representatividad.

Es ese Poder Constituyente sinergia inmediata de la voz soberanía como concepción de índole política, que sólo más tarde habrá de condensarse en una relación jurídica por vía de la Norma Fundamental⁷⁹. No cabe duda, que es la doctrina constitucionalista nacida entre Inglaterra y Francia de la mano de Locke, Montesquieu,

siempre una Constitución. Sin embargo, para lo que nos interesa como fundamento del presente texto, es considerar a las Constituciones escritas, materialmente constituidas.

⁷⁶ Cfr. STONER, J.R., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Kansas, 1992, págs. 197 y ss.

⁷⁷ SIEYÉS, E., *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3ª ed., trad. José Rico Godoy, México, 1989, pág. 61.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 108.

⁷⁹ Cfr. JELLINEK, G., *op. cit.*, pág. 401.

Sieyés y Benjamin Constant, donde se vivifica la idea de la soberanía como originaria del pueblo.

A partir de esta aserción, la Constitución como obra del Poder Constituyente es en sí misma significación de la soberanía, garantía de la libertad de un pueblo.⁸⁰ Así la soberanía se vuelve igualmente, un concepto histórico y no una categoría abstracta, pues es a la vez nota esencial de un Estado.⁸¹ Creación del devenir histórico de las sociedades como hecho social de la realidad y, por tanto, un *ser* como cualidad de potestad con carácter supremo de poder que no admite la existencia de alguno otro por encima de él⁸².

Sobre este contexto, una primera característica sobre la que se erige una Constitución, es que ésta no es una obra jurídica en el sentido de que no constituye un derecho, por lo cual no puede reconocérsele como legal para su vitalidad. Por el contrario, al ser conformación de voluntad y decisión políticas, ésta sólo puede ser legítima pues en ella se reconoce el principio de soberanía popular, como voluntad general.

Por tanto, hablar de Poder Constituyente como unidad política del pueblo es hablar de soberanía. Se deja tras de sí la idea de este poder como perteneciente al Estado de Derecho, si bien lo que ha de conformarse con la creación de la Constitución es precisamente un Estado de Derecho, éste se verá subrogado a la voluntad general. La soberanía deja de residir en el Estado y pasa a las manos de la sociedad, al pueblo en concreto. De tal manera la Constitución deja de ser jurídica y se convierte en decisión política.

Si el pueblo como unidad política es el sujeto soberano que mediante su *potestas* ejerce un poder absoluto, por tanto, éste se ve reflejado, indiscutiblemente, en la creación del Poder Constituyente. Si de alguna manera tratásemos de homologar el pensamiento roussoniano del principio democrático de soberanía popular como ese poder originario y perpetuo, tendríamos que decir que es ahora esa voluntad general, voluntad soberana, por vía de la democracia representativa, una voluntad constitucional.

No se niega con ello el principio democrático y el papel del pueblo como poder soberano originario y absoluto, tampoco se trata de soslayarlo a partir del principio jurídico de *Lex Superior* por parte de la Constitución. Por el contrario, en la edificación democrática del Estado, este principio evoluciona y se racionaliza mediante la autolimitación a partir del Principio político de Poder Constituyente, como representante inmediato del poder originario, cuya función será la de dotar a la organización política de una Constitución que materialice en el mundo de lo real las decisiones político-sociales del soberano.

⁸⁰ CONSTANT, B., *op. cit.*, pág. 3.

⁸¹ Cfr. JELLINEK, G., *op. cit.*, pág. 432.

⁸² Así, por ejemplo, Carré de Malberg en expresión a la soberanía del Estado refiere que: Tomada en su acepción precisa, la palabra soberanía designa, no ya una potestad, sino una cualidad, cierta forma de ser, cierto grado de potestad. La soberanía es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él. DE MALBERG, C., *Teoría General del Estado*, 2ª ed., México, 1998, pág. 81.

Es la efigie de Poder Constituyente lo que homogeneiza la realidad política, jurídica y social de la comunidad, ya que se reconoce al pueblo como único titular de la soberanía del Estado. Por tanto, al asignarle a éste la facultad de dictar y aprobar la Constitución se logra la unión entre principio democrático y principio jurídico, entre soberanía popular y Constitución como *lex superior* del Estado. Este es el fruto más grande provocado en el cambio de Estado de Derecho burgués, al Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, lugar en donde los textos constitucionales son elevados a una categoría de origen y vinculación obligatoria, en palabras del profesor Ruipérez:

La Constitución, en definitiva, pasaba a ser entendida de un modo muy diverso a cómo lo había sido en el marco del Estado Constitucional liberal. En efecto, frente a la comprensión, según la común opinión, como un mero documento político que consagra principios y valores, y cuya fuerza jurídica, obligatoria y vinculante, dependía de que sus mandatos fueran desarrollados por el Legislador ordinario, que es, aunque con alguna matización que luego haremos, como se entendían el Estado burgués de derecho en el Estado Constitucional democrático y social, por el contrario, los textos constitucionales serán definitivamente elevados a la condición de norma jurídica suprema en el Estado. Comprensión ésta a la que contribuyeron, y en forma decisiva, las construcciones teóricas de los autores del positivismo jurídico formalista, y posteriormente jurisprudencial. Éstos, bien conocido es, se dedicaron realmente a difundir por doquier este nuevo entendimiento de los códigos constitucionales, resaltando, sobre todo, su dimensión normativa al proclamar de manera solemne a las constituciones como auténticas normas jurídicas que, como tales, habrían de ser aplicadas por jueces y tribunales⁸³.

2. El problema del Poder Constituyente ante la realización de su obra, la Constitución

Con algo de acierto podemos decir que la creación del Poder Constituyente se corresponde inmediatamente con la contención y limitación del poder. Las circunstancias históricas que encerraron el concepto de soberanía bien pueden dar testimonio de ello. La historia de la Teoría constitucional, diría Loewenstein, ha sido la búsqueda por parte del hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por lograr una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad⁸⁴.

El intento de mayor fructificación ante ello, fue inclinarse hacia una democracia representativa con la cual se hiciera una distinción y organización de los diversos poderes que integran el Estado. La *volonté générale* roussoniana cambiaba de significado, ahora esa voluntad se postraba no en el gobernante sino en la unidad política por vía de la Constitución.

El centro de la discusión pasa a ser la división del poder como evitación del dominio. Cuando el poder estatal está distribuido, el dominio está limitado y esta

⁸³ RUIPÉREZ ALAMILLO, J., “La constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, en LEÓN BASTOS, C. y WONG MERAZ, V., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010, pág. 701.

⁸⁴ LOEWENSTEIN, K., *op. cit.*, pág. 150.

distribución y limitación se vuelven control⁸⁵. Por tanto, el gobernante no es soberano, no tiene la cualidad de la *potestas* ni la salvaguarda de la *legibus solutus* pues el poder que ejerce no es absoluto ni perpetuo, por el contrario, su propia configuración, competencias y facultades son constituidas por un poder mayor que se postra ante él como voz de mando, como el poder que los crea y sin el cual simplemente dejarían de existir.

De esta ecuación, la Constitución aparece como una doble variable, por un lado, crea y ordena las instituciones del Estado y, por el otro, es un mecanismo de límite y control del poder. Indirectamente, en ella se consagran tanto el principio político de Poder Constituyente, así como el principio jurídico de supremacía constitucional. Si se observa con cierto detalle, a la par que se configura una Teoría constitucional, se crea también una Teoría de la democracia representativa. En palabras de De Vega, “porque se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una Teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa”⁸⁶.

La democracia representativa implicará la distinción entre representantes y representados, de aquí radica la importancia plena de la Constitución como origen, ordenación y distribución del poder, ya que, conforme al principio democrático, se requiere de un mecanismo de suprema autoridad que frene a la autoridad del gobernante que obrará a nombre y mandato del soberano.

Sin embargo, aun con lo dicho, el problema de la soberanía sigue teniendo un serio inconveniente, ahora de la mano de aquello que en apariencia habría de ser la homologación entre límite y potestad, que es el Poder Constituyente. Es la noción misma de éste, el generador propio de la problemática de la soberanía en el Estado Constitucional.

Explicuemos en mejor medida esto, al ser el pueblo el único titular de la soberanía, en cuyo sitial se deposita la facultad de dictar y aprobar la Constitución que ha de regir en el Estado, se considera a ésta como norma fundamental, como expresión inmediata de la voz soberana, por tanto, como dijera Constant, se vuelve garantía de la libertad y del poder del pueblo.

Sin embargo, este Poder Constituyente carece de los mecanismos de conservación entre perpetuidad y absolutismo, ya que sólo es un momento decisorio, no perpetuo, no inagotable, no perdurable en el tiempo. Ya lo adelantaba el propio Schmitt al escribir que la Constitución es obra de un acto de Poder Constituyente, pero éste no es una normación cualquiera, sino un único momento de decisión de la totalidad de la unidad política en la consideración de su particular forma de existencia. Este acto y momento constituyen la forma y fondo de la unidad política. “La unidad de la Constitución, sin embargo, no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se fija mediante el acto constituyente”⁸⁷.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ DE VEGA GARCÍA, P., *op. cit.* pág. 610.

⁸⁷ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución, op. cit.*, pág. 58.

En la medida en que el Poder Constituyente realiza su obra y ésta es aprobada por el cuerpo soberano, éste desaparece y, con él, el dogma de la soberanía popular. Una vez aprobada la Constitución, el pueblo deja de ser poder absoluto de decisión para pasar a un igual entre gobernantes y gobernados. Ante ello, el único axioma defendible y que pueda dar continuidad a la lógica del propio Poder Constituyente y de la soberanía popular, es el de la supremacía constitucional. “Frente a la soberanía política del pueblo, lo que surge es una auténtica soberanía, como dirían, por ejemplo, Kelsen o Krabbe, de la Constitución y del Derecho”⁸⁸.

Es pertinente detenernos un momento a analizar algunos puntos relacionados con estas afirmaciones, ya que no es en el campo doctrinario donde se gesta el problema del Poder Constituyente, sino en la praxis del Estado Constitucional. Por tanto, es necesario dejar claro cuál es la naturaleza de este poder y qué es lo que pasa en prospectiva al haber culminado su obra.

Primeramente, no puede haber lugar a dudas que la naturaleza del Poder Constituyente lo es el principio democrático de soberanía popular. Al ser una continuidad y ejecución de éste, resulta obligado afirmarlo como un poder absoluto y total. Lo que realmente se hace con la creación de un Poder Constituyente, es trasladar la teoría de la soberanía popular a ese momento totalizador. Señala De Vega⁸⁹, que esta traslación se corresponde con la teorización de Bodin sobre lo perpetuo y absoluto del poder, es decir, que corresponde a éste las facultades de *supra lege* y *legibus solutus*.

Éste es concebido como un poder ilimitado en sus decisiones, no hay ningún poder por sobre de él, ni aparejado al mismo, es *res facti, non juris*. El Poder Constituyente todo lo puede y en consecuencia sólo él puede auto-limitarse, pues previo a él no existe ninguna forma que lo condicione. De una similar manera, Sieyès⁹⁰ lo refiere como: “La nación se forma sólo por derecho natural. El gobierno, por el contrario, no puede pertenecer más que al derecho positivo. La Nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de existir. No depende de su voluntad el atribuirse más derechos de los que tiene”⁹¹.

Si acaso, así se quiere ver, el único e inmediato límite que puede tener el Poder Constituyente, que no lo es jurídico, sino político, es la propia unidad de voluntad política, es un auto-límite en sí mismo; Dirá así Lassalle que sólo responderá a los factores reales de poder. La condición de democracia representativa y la postura de soberanía popular, al ser su cimiento, es su propio verdugo. Si se prefiere, son mecanismos de racionalización más que de límite. En palabras de Schmitt se dirá con justa razón que:

En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que

⁸⁸ DE VEGA GARCÍA, P., *op. cit.*, pág. 611.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 614.

⁹⁰ Es Sieyès quien formula la teoría del *pouvoir constituant* de la Nación. Quien por vez primera hace la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos.

⁹¹ SIEYÉS, E., *op. cit.*, pág. 110.

siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinado nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva⁹².

El segundo de los puntos que debe valorarse, es la respuesta a cómo se garantiza la libertad del pueblo cuando el Poder Constituyente haya logrado su cometido que es dar al Estado su Constitución. Una vez dada luz a su obra éste desaparece⁹³ y, consigo, el dogma de la soberanía popular, cuál es el mecanismo limitar del poder del gobernante. Esta interrogante ha sido ya contestada desde la historia del Estado Constitucional, tanto americano como francés. Ambas lógicas coinciden en precisar que una vez aprobada la Constitución, y desaparecido del campo de la realidad el Poder Constituyente, la fuerza y autoridad que en éste se deposita, la cede sin mayor límite a su propia obra.

De esta forma, todos los poderes que de ella emanen, serán siempre poderes constituidos y, por consiguiente, poderes limitados y controlados. La Constitución pasa a ser Ley de leyes como Norma Fundamental, *Lex Superior*. Al ser ese Código Jurídico Político expresión del ejercicio de la soberanía por parte del poder Constituyente y, por tanto, como obra del pueblo soberano, éste “puede imponer su voluntad a todos, incluso a aquéllos que no están de acuerdo con la decisión de la mayoría, el Texto Constitucional se erige en aquella *Lex Superior* que se define por ser una norma de obligado cumplimiento, y cuyos mandatos se imponen tanto a los gobernantes como a los gobernados”⁹⁴.

En tal sentido, se da una separación tajante entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos. En cita a la experiencia Norteamericana, Pedro de Vega defiende que con esta separación “ni el Poder constituyente puede proyectarse más allá de sus funciones, asumiendo competencias propias de los poderes constituidos, ni los poderes constituidos

⁹² SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, op. cit., pág. 128.

⁹³ Para Ruipérez Alamillo anota, a decir de la desaparición del Poder Constituyente y la generación de la Constitución como *lex superior* que:

Es menester recordar que como, entre otros, han puesto de manifiesto Carl Schmitt y, mucho más recientemente, Pedro De Vega, parte el Estado Constitucional del principio de que, una vez que el Código Jurídico-Político Fundamental ha sido aprobado y ha entrado en vigor, el Poder Constituyente, como depositario legítimo del ejercicio de la soberanía del pueblo, ha de desaparecer de la escena política para entrar en una fase de letargo, de la que tan sólo saldrá cuando en la comunidad política de que se trate se haga necesario el darse una nueva Constitución. De esta suerte, nos encontramos con que la aprobación, y entrada en vigor, del Texto Constitucional implica la entrada en escena de unos nuevos sujetos: los poderes constituidos. Éstos, como elemento central y basilar de su propio concepto, se definen por no ser poderes soberanos, y que, en la medida en que han sido creados y ordenados por la Constitución, a la que, por lo demás, deben todas sus facultades, han de limitar su actuación a lo establecido por la Ley Constitucional, contra la que nunca podrán ir. Circunstancia ésta que si, desde un punto de vista jurídico-político, permite afirmar, por ejemplo, a un Martin Kriele o a un Carl Friedrich que lo auténticamente definidor del Estado Constitucional es el que, en su seno, y siempre en condiciones de normalidad, no hay soberano, autoriza, asimismo, y en vía de principio, a dar la razón a Paine, Krabbe y Kelsen cuando, desde una perspectiva estrictamente jurídica, y pese a las diferencias que puedan existir en sus planteamientos, proclaman, todos ellos, que la única soberanía posible en el Estado es la de la Constitución, sobre todo si se entiende que con este aserto lo que se pretende es indicar que, en el Estado Constitucional actuante, el pueblo soberano mantiene de forma indirecta su presencia la vida de aquél a través de un Código Constitucional que es obra suya. RUIPÉREZ ALAMILLO, J., op. cit., págs. 720-721.

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 696

pueden, por su parte, *usurpar* las atribuciones que únicamente corresponden al Poder Constituyente”⁹⁵.

Dirá Schmitt⁹⁶ que bajo esta descripción, es el pueblo como soberano, quien toma libremente en sus manos, con plenitud de conciencia, su propio destino, adoptando una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política. Es el pueblo el sujeto del Poder Constituyente, y es la Constitución la transformación de la soberanía popular, en soberanía constitucional.

Es el principio de *Lex Superior* el que logra unificar y dar vida material a la voluntad política, dotándole de fuerza vinculante capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la existencia política. A través de este axioma, las decisiones de la voluntad política consagran la obligatoriedad de validez y legitimación de la Norma Fundamental.

Al ser el Poder Constituyente expresión de la voluntad política soberana, es decir, un ser político concreto, cualquiera de sus actos —que lo es la propia Constitución— se vuelve un acto de imperio.⁹⁷ La tensión existente entre constitucionalismo y democracia vuelve a atemperarse de la mano del principio de supremacía constitucional, no por percepción de la Constitución como norma jurídica, sino como decisión de la voluntad política⁹⁸.

La voluntad del pueblo de darse una Constitución puede sólo demostrarse mediante el hecho, y no mediante la observación de un procedimiento normativamente regulado. Y claro está que tampoco puede ser enjuiciado a base de leyes constitucionales anteriores o en vigor hasta el momento.

... La voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad. La ulterior ejecución y formulación de la decisión política adoptada inmediatamente por el pueblo requiere alguna organización, un procedimiento, para el cual ha desarrollado la práctica de la moderna Democracia ciertas prácticas y costumbres⁹⁹.

Ello es así, pues como dijera Lassalle, la Constitución escrita es correspondencia inmediata de los factores reales de poder que rigen en un país y, por tanto, los problemas nacidos del constitucionalismo no son, primeramente, problemas de derecho, sino de poder.

“Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social”¹⁰⁰.

⁹⁵ DE VEGA GARCÍA, P., *op. cit.*, pág. 616. Las *cursivas* son añadidas, en atención a los problemas que la Reforma Constitucional y la falsa idea de defensores de la Constitución traen consigo. Ejemplo de ello son las mutaciones constitucionales que pueden llegar a ser falsación, incluso, quebranto constitucional.

⁹⁶ Cfr. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, pág. 126.

⁹⁷ *Vid. ibidem*, págs. 124-125.

⁹⁸ Al respecto el propio Pedro de Vega, lo refiere como la naturaleza del Poder Constituyente, al afirmar que éste en cuanto poder prejurídico, como *res facti, non juris*, no sólo es ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio.

⁹⁹ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, págs. 132-133.

¹⁰⁰ LASSALLE, ¿Qué es una Constitución?, *op. cit.*, pág. 119.

Sólo a partir de estas consideraciones podemos llegar a la conclusión de que la soberanía popular reside, ahora en una forma indirecta, a través de la propia Constitución como obra suya, como culminación de su decisión, ya que es ésta la formación que lleva a la práctica la voluntad constituyente, ya no como un poder ilimitado, sino como consagración de un poder limitador. Como lo precisara Heller, la Constitución no como producto, sino como productor de un determinado orden y unificación de la normalidad normada.

3. Anotaciones respecto al Poder Constituyente en Schmitt

Al tener en consideración lo hasta aquí descrito y retomando el camino de Schmitt en la construcción de su Teoría de la Constitución cuando expresa, en atención al Poder Constituyente, que “una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser* político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra voluntad denuncia en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta lo esencialmente existencial de este fundamento de validez”¹⁰¹, podemos resaltar las siguientes ideas:

- 1) El Poder Constituyente es voluntad política, al ser el seno de la propia decisión soberana;
- 2) El Poder Constituyente escenifica el modo y la forma de la voluntad política soberana;
- 3) La validez de las normas se crea con base en la esencia del Poder Constituyente como unidad totalizadora del momento decisionista de la unidad política en la consideración de su particular forma de existencia;
- 4) La Constitución es también Ley constitucional.

Entre estas ideas, la cuarta es la de mayor ambigüedad en cuanto a la concepción de Constitución y ley constitucional. Exclusivamente a ella es a la que habremos de verter un breve comentario, pues de las tres anteriores ya mucho hemos hablado y juzgamos en buena medida haber llegado a un consenso ideológico de ello.

Pues bien, en nuestra perspectiva cuando Schmitt usa los términos “Ley constitucional” y “ley constitucional” no habla de la misma cosa, pero sí que puede llegar a confundir. Tenemos que adentrarnos en el contexto para dirimir la sutil diferencia con que les emplea. Al referirse a la “ley constitucional” hace alarde a las regulaciones legal-constitucional como formaciones normativas en segundo plano, no en el entendido de obra del Poder Constituyente originario, no como voluntad política, sino como un derivado del mandato constitucional a cargo de un poder constituido, que por acción legislativa ha establecido en el texto fundamental la expresión material escrita de la voluntad política como decisión fundamental.

¹⁰¹ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, op. cit., pág. 124.

Por su parte, cuando habla de ley constitucional como “Ley constitucional”, lo hace en el entendido de decisión política fundamental originaria, misma que determina el modo y la forma de la existencia de la voluntad política. Expresa la idea un mandato que en la materialidad dota de validez al ordenamiento legal-constitucional y legal-ordinario. De su contenido se fija la correcta praxis de la voluntad constituyente. Por tanto, no se trata de una significación de ley como formulación técnico-jurídica, sino como fundamento supremo del caudal jurídico-político de un Estado, al ser decisión y voluntad del pueblo como soberano.

En una trama totalmente distinta a la planteada hasta ahora, hemos decidido hacer algunas anotaciones que, a nuestro juicio, postulan el mayor desliz ocasionado en la Teoría de la Constitución por nuestro autor. Cabe decirlo, ello en poco tendrá que hacer detrimento en el intento por reivindicarlo como uno de los mejores constitucionalistas de la época de Weimar, alejado de esa ideación de sus escritos fascistas.

La parte a la que hacemos alusión, es el comentario realizado por Schmitt respecto a la permanencia del Poder Constituyente una vez que ha fecundado y traído a la luz su obra, la Constitución.¹⁰² Por un lado, afirma que una vez realizado materialmente la labor el Poder Constituyente, no por ello se encuentra acabado y desaparece, sino que permanece al lado y por encima de la Constitución. Es decir, que sigue subsistiendo como voluntad política soberana durante la vida de la Ley Fundamental.

Señala igualmente que todo conflicto constitucional que afecte a las bases de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan solo, mediante la voluntad del Poder Constituyente. Como una tercera idea, alude a que todo Poder Constituyente es unitario e indivisible, no es un poder más, coordinado con otros distintos poderes; Es la base de los demás poderes y divisiones de poderes. Como cuarto y último punto destacable, comenta que la decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política.

Hasta este punto el error en el que cae Schmitt, es anotar únicamente en qué es el propio Poder Constituyente, olvidando la razón sobre en quién recae o de quién depende. Este desvío de Schmitt puede evocar la existencia de Nación como un todo que no precisamente habrá de significar pueblo como sujeto soberano. Este es el error que a nuestro parecer no ha querido aceptar y que pudiera llevarlo a sus viejos escritos del poder ilimitado.

¹⁰² Para el caso de los comentarios vertidos, *vid.* SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución, op. cit.*, pág. 125. Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder Constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las leyes constitucionales en particular pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del Poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él.

En principio, porque al afirmar que el Poder Constituyente no desaparece con la creación de su obra, sino que permanece al lado y por encima de la misma Constitución, lo que plasma y justifica, es la vitalidad y vigencia de la voluntad política ilimitada. Lo que no ha querido observar es que, si la voluntad política entra al mundo de lo real, a partir de la forma del derecho escrito como Constitución, ello reviste la imagen de la propia voluntad política al ser al mismo tiempo unitaria y totalizadora.

Entiéndase que es el deseo y voluntad de unificación política lo que es unitario e indivisible. Si se da por correcto que el Poder Constituyente sea un poder permanente a la par e, incluso, por sobre la Constitución, se tendrá que admitir la existencia de una doble voluntad política, una encarnada en el texto constitucional y otra en ese poder permanente que puede llevar, como en Bodin, a la totalidad del poder al ser perpetuo y absoluto. Con ello se niega el carácter de fuerza y autoridad vinculante de la Ley Constitucional, pues sobre ella sí existe un poder superior y originario que en cualquier momento puede destruirla. Se cae con ello en un símil de soberanía roussoniana.

Por su parte, el carácter de fuerza y/o autoridad sería un sin sentido, ya que la Constitución al no poseerles, sería una ley ordinaria más, fácilmente yuxtapuesta por quien sigue teniendo el carácter de soberano. Constitución y poderes constituidos tendrían la misma capacidad de freno y contrapeso recíprocos. La organización y ordenación como norma fundamental, simplemente no existirían. Estaríamos frente a la negación de una idea de supremacía constitucional.

Ello es así, ya que al ser la Constitución formal en sentido positivo la que direcciona, delinea y da vida a los poderes constituidos, bastará que éstos persuadan al constituyente, para que en ejercicio de su poder ilimitado converja en la modificación. Sería una especie de poder sobre el poder o, peor aún, un poder sobre la voluntad política creadora, lo que desnaturalizaría en sí mismo el principio democrático de soberanía popular.

Si quien ostenta esa fuerza o autoridad, es el remanente formal, no material, representado por el Poder Constituyente permanente, la Constitución material carecería de sentido, pues éste tendría en todo momento la *potestas* absoluta de reconstruir o, mejor dicho, de estructurar otra Constitución. Obviamente, goza en todo momento de la *legibus solutus*, si acaso la imagen de un nuevo príncipe.

Las anotaciones hechas por Schmitt se agravan aún más cuando precisa que, el Poder Constituyente no solo no desaparece, sino que se sitúa “por encima” de la Constitución. Aquí lo que se enmarca como riesgo es el capricho constitucional que llevaría a la Constitución al papel de una mera ley constitucional de segundo grado. No es pues, la Ley Constitucional la real materialización de la decisión política como voluntad, ya que ésta se ve sujeta a un poder diverso y superior. El sentido de Constitución como tal queda así obsoleto y sin sentido.

Una segunda crítica a estos pasajes radica en que sobre ellos se niega la propia concepción de Constitución como Ley Constitucional, como Ley de Leyes, ya que su

validez y vigencia la hace recaer en la revisión del Poder Constituyente. Allá donde se dé la existencia de una ley inconstitucional, se hace parecer que la propia Constitución no tiene mecanismos para su autorregulación y autovigilancia, por tanto, no es una ley vinculante a las instituciones que ella ha creado, ni a la sociedad ya que la voluntad política sigue vigilada por el Poder Constituyente.

Por último, la afirmación de que la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, que es el Poder Constituyente, es cierto y congruente, lo que no lo es, es que estando éste al lado y por encima de la Norma Fundamental, de su propia creación y vigencia, éste sí que puede desconocerla a capricho de quién ostente en su momento la decisión soberana, lugar en que entran al juego los agentes políticos existentes en el Estado. El soberano como Poder Constituyente corre el riesgo de pasar a manos de una oligarquía partidista, que por mayoría en un poder constituido, atenten contra la fuerza que les creó.

IV. NOTAS FINALES

Después de todo lo ya escrito, que de sobra se sabe no es nada nuevo, poco nos resta por expresar. Hemos querido, sí, acaso, hacer un intento por regresar a la actualidad el discurso ya olvidado de los clásicos, cuyos postulados se encuentran más vivos que nunca. En cierta conferencia del 17 octubre del 2019, impartida por nuestro profesor salmantino Javier Ruipérez Alamillo en ocasión de un foro celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se pronunciaba en el sentido de reafirmar la necesidad de regresar y tener presente en todo momento del moderno Estado Constitucional, el legado intelectual que Montesquieu dejó respecto al principio de separación de poderes: ¡Montesquieu sigue más vivo que nunca, no ha muerto! sentenciaba en aquella ocasión.

El discurso empleado llevaba por finalidad dejar en claro una idea que en tantas ocasiones, y con justa razón, le he escuchado repetir a mi maestro y mentor Víctor Alejandro Wong Meraz que en cita a Don Pedro de Vega, narra en el sentido de afirmar que el verdadero estudio del Derecho Constitucional implica tener una charla con los muertos, con aquellos “clásicos” que desde la Grecia antigua, el Medioevo inglés, la Francia revolucionaria, la Norte América independentista, y hasta la época de la Alemania de Weimar de 1919, han dejado como invaluable herencia, ahora pudiendo unificarlo en lo que pudiéramos llamar las Ciencias Constitucionales, donde tanto el factor jurídico, como el político, el social y el económico, pueden interactuar en una forma homogénea siempre adaptable al dinamismo social.

Trátese aquí de justificar el intento de tener una charla con el Schmitt menos citado, menos conocido. Con ese estupendo constitucionalista alemán que en nada hace honor a su homólogo que ha escrito Teología Política y el Concepto de lo Político. Desde un inicio hemos querido pactar para reivindicarle al margen de las críticas tan rigurosas que se le han hecho al tildarle, siempre, de fascista. La plática que se pretendió no era con éste, sino con aquel demócrata defensor del poder del pueblo soberano.

Aquel autor que nos ha dejado claro que una Constitución es tal, por estar legitimada al ser obra de un Poder Constituyente formado por el pueblo soberano. Que ha

enaltecido a la este cuerpo jurídico-político como la decisión política más importante para la unidad social, pues en ella descansa su esencia, su poderío y su vitalidad como fuerza y autoridad vinculante para un Estado.

Por otro lado, hemos traído al debate a uno de los mayores críticos de éste, pero que lo ha hecho respecto a aquel Schmitt más popularizado, que en nada hace justicia al de la Teoría de la Constitución. Nos referimos a su compatriota Hermann Heller. Por demás, un autor que de igual forma poco se ha reconocido y que, a nuestro juicio claramente influenciado formación llevadera, debe serle reconocido como el más brillante pensador de las Ciencias Políticas Constitucionales del Estado moderno, al menos de aquel vestigio que deja en Europa, la postguerra.

Al hacer una concatenación del pensamiento de estos dos autores, las conclusiones son más que claras. Por un lado, baste con afirmar que la Constitución es una decisión política de la voluntad general sobre la cual se determina la forma y el modo de su propia existencia política, a partir de la vigencia normativa de la misma.

En segundo momento, que esa Constitución no sólo es un concepto político o jurídico aislados, sino, un Código Jurídico-Político; Un binomio inseparable en la dialéctica constitucional. Sólo así concebida se puede hablar de una fuerza vinculante para la sociedad, el Estado y sus instituciones. Al referir la importancia política de una Constitución, se garantiza su constante vitalidad conforme a las normalidades y su normativización.

Por lo demás, el problema se agota —en suerte del que suscribe— en la incapacidad de poder explicar con mayor claridad lo que se ha querido decir, baste en este punto, recordar las palabras que desde el 1998 formulase el profesor Gómez Orfanel, justo al culminar su breve referencia a los textos de Schmitt, al puntualizar que en una época que tiende al pensamiento único liberal, centrado incluso más en el mercado que en los principios del Estado liberal, Schmitt sigue siendo un aguafiestas, provocador y culto, pero también cínico, que nos hace reflexionar, ahora, ya no sólo desde el campo político o teleológico, sino, indispensable en lo jurídico.

V. FUENTES DE CONSULTA

- BODIN, J., *Los seis libros de la República*, Trad. Pedro Bravo Gala, Madrid, 1985.
 CONSTANT, B., *Escritos políticos*, Madrid, 1989.
 DE MALBERG, C., *Teoría General del Estado*, 2ª ed., México, 1998.
 DE VEGA GARCÍA, P., “La Reforma constitucional”, en RUBIO NÚÑEZ, R., *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Madrid, 2017.
 FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, España, 2011.
 HELLER, H., *La Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, México, 2005.
 -----, *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobío, México, 2017.
 HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, México, 2014.
 -----, *El Leviatán*, Trad. Antonio Escohotado, Madrid, 1980.
 JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, 1991.

- , *Teoría del Estado*, México, 2007.
- KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, 5ª ed., México, 2015.
- , *Teoría General del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra, 10ª ed., España, 1979.
- LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, 1984.
- LEÓN BASTOS, C. y WONG MERAZ, V., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, España, 2018.
- GÓMEZ ORFANEL, G., “Carl Schmitt en los noventa”, en *Revista de Libros*, segunda época, n° 19-20, julio-agosto, 1998. Disponible en: <https://www.revistadelibros.com/articulos/carl-schmitt-en-los-noventa>
- ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, México, Libro I, Capítulo VII.
- , *Tomo I. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos. De la desigualdad entre los hombres. El Contrato Social*, Barcelona, 2005.
- , *Il contratto sociale*, Torino, 1994.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J., “La constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, en LEÓN BASTOS, C. y WONG MERAZ, V., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010.
- SCHMITT, C., *Teólogo de la Política*, México, 2001.
- , *Teólogo de la Política*, Trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Madrid, 2009.
- , *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2017.
- SIEYÉS, E., *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3ª ed., trad. José Rico Godoy, México, 1989.
- SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. José M. Beneyto Pérez, Madrid, 1985.
- STONER, J.R., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Kansas, 1992.
- VOLTAIRE, *Tomo I. Obras completas. Cartas filosóficas. Diccionario filosófico. Memorias*, España, 2014.
- WONG MERAZ, V., *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, México, 2010.