

TESIS DOCTORAL

LOS LÍMITES JURÍDICOS AL SOBERANO

José Luis Pérez Triviño

Director: Dr. Jorge Malem Seña

Universitat Pompeu Fabra

1996

(5 de 7)

puede funcionar como ficción, pero en la realidad no existe ningún "déspota oriental, ni boreal ni hiperboreal"²⁸⁸ .

En un sentido parecido, se puede objetar desde un punto de vista conceptual la idea austiniana de que el soberano no puede ser objeto de derechos y tampoco de deberes. El problema de esta caracterización es el siguiente. Los derechos tienen la función de distinguir la conducta legalmente permitida de la que no lo es. Pero con esta caracterización del soberano, la función de los derechos sería de imposible cumplimiento, ya que impide distinguir la conducta legal de la ilegal. Por eso, una persona no puede tener un derecho sobre el que tenga un control exclusivo y completo. Este es el caso del soberano austiniano. Raz recoge esta idea de Markby para concluir de la siguiente manera:

"si el soberano puede cambiar sus derechos a su arbitrio, entonces no puede tener derechos. Él puede cambiar sus derechos a su arbitrio. Por tanto, no puede tener derechos. La segunda premisa se sigue de la definición de norma jurídica. Cada mandato del soberano es una norma jurídica, de aquí que también cada mandato que deroga un mandato previo es una norma jurídica"²⁸⁹ .

²⁸⁸ .RADIN, Max: "The Intermittent Sovereignty"; op.cit., pág.522. Esta crítica puede también dirigirse a un tipo de autoridad similar a este "déspota oriental", como es la autoridad carismática. En este sentido, M. Kaufman critica la idea de líder carismático elaborada por Carl Schmitt. Tal autoridad provoca un sometimiento directo, no reglado, a la decisión de una persona. Ahora bien, este líder carismático se encuentra con el límite de que para que sus manifestaciones y órdenes puedan ser consideradas vinculantes tienen que adquirir el status de reglas. Y en un sentido más amplio, como tampoco puede determinar a través de órdenes todas las acciones jurídicas de sus súbditos, necesita del funcionamiento normal de un sistema de reglas jurídicas. Ver KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*; Alfa, Barcelona, 1989 [1988] pág.174

²⁸⁹ .RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System*; op.cit., pág. 31

La solución de este problema supone distinguir cuándo los mandatos del soberano son normas jurídicas y cuándo no lo son. Y, para ello, Radin introduce la idea de la "intención consciente". El soberano no puede actuar como tal ininterrumpidamente; cuando ejerce de autoridad debe (en sentido técnico) hacerlo en un tiempo y modalidad prefijada. Sobre esa base, se puede decir que los individuos designados como autoridad suprema actúan como tal sólo cuando cumplen ciertas condiciones:

"Debe proclamar su voluntad por medio de heraldos, o publicarla en lugares o anunciarla con un cierto ceremonial,..."²⁹⁰ .

Pero como se ha visto, esto no es posible según la definición del soberano austiniano, ya que supondría que se trata de una autoridad de carácter secundario. Si el soberano quiere que sólo algunos de sus mandatos sean vistos por sus súbditos como normas jurídicas, entonces debe establecer una regla que los distinga de sus mandatos particulares. Pero al dictar esta regla, lo que realiza es un acto institucional: crea una regla constitutiva a partir de la cual surge una nueva actividad que hasta entonces era inexistente: la creación reglada de normas²⁹¹ .

²⁹⁰ .RADIN, Max: "The Intermittent Sovereignty"; op.cit., pág.522

²⁹¹ .La importante función que desempeñan las reglas constitutivas en un orden jurídico ha sido resaltado recientemente por MacCormick: "es ciertamente el caso de que tales reglas serían capaces de suministrar el grado de certeza que parece necesario o al menos altamente deseable en la organización de una sociedad compleja. Me parece que proveen la flexibilidad y la capacidad de respuesta a los cambiantes valores y condiciones sociales que son necesarios en los sistemas jurídicos. MacCORMICK: "Law as Institutional Fact"; op.cit., pág.72

Como se puso de manifiesto en el capítulo anterior, esto supone que el individuo que ejerce poder efectivo crea una institución jurídica suprema:

"El soberano cien por cien se agota en sí mismo en la creación de autoridades supremas menores"²⁹².

Es posible admitir entonces, que el individuo que cumple con las reglas constitutivas pasa a ocupar un lugar de importancia subordinada respecto de las propias reglas. En otras palabras, deja de ser autoridad preinstitucional suprema para transformarse en un individuo que ocupa el cargo de autoridad institucional suprema. Es autoridad en virtud de esas reglas. La regla que distingue los actos oficiales de la autoridad suprema de sus actos privados es una regla sobre el ejercicio del poder que no depende de la voluntad de esta última autoridad. Es un presupuesto de su existencia como autoridad jurídica. Para que tal regla constitutiva exista tiene que ser operativa, lo cual significa en este contexto que los súbditos la usen para discriminar los actos de la autoridad suprema. La conclusión a la que llega Radin sobre este "soberano menor" es que se trata un "gentleman" de carne y hueso (o un grupo de ellos), pero no deviene autoridad suprema en cuanto tal, sino sólo si es investido por una cualificación jurídica:

²⁹² .RADIN, Max: "The Intermittent Sovereignty"; op.cit., pág.525. Este soberano, según Radin, ha actuado en tres ocasiones en la historia constitucional norteamericana: con la proclamación de la Declaración de Independencia, cuando se aceptaron los Artículos de la Confederación y en tercer lugar, cuando fue adoptada la Constitución.

"La soberanía no es una cualidad de cada persona... es un carácter que se asume, un papel que explica y que tiene necesidad, para su desarrollo completo, de mucho tiempo y de muchos hombres"²⁹³.

5. Conclusiones

Hasta aquí se ha mostrado un modelo de autoridad suprema con las propiedades de ser: 1) un individuo que es autoridad de carácter efectivo; 2) una autoridad preinstitucional; 3) una autoridad normativa de carácter primario. Este modelo de autoridad suprema jurídica presenta notables similitudes con la teoría austiniana del soberano. Se ha expuesto, a continuación, las diversas críticas que Hart y Radin dirigieron a este modelo. En especial, se examinaron los problemas que aparecen cuando se utiliza este modelo para reconstruir la estructura de la autoridad suprema de un Estado complejo. Las deficiencias han sido bien apuntadas por Hart y Radin al mostrar que el cambio de autoridades jurídicas y la persistencia de las normas jurídicas suponen una autoridad definida por reglas jurídicas y no sólo una autoridad de carácter efectivo.

También se ha puesto de manifiesto que la existencia temporal del soberano austiniano no puede prolongarse indefinidamente. Por esta razón se ha concluido que este modelo de autoridad suprema es técnicamente imposible. Esto es así debido a que el soberano austiniano no puede, conceptualmente, dictar una regla según la cual distinguir cuándo sus normas tienen carácter oficial y cuándo tienen

²⁹³ .RADIN, Max: "The Intermittent Sovereignty"; op.cit., pág.524

carácter privado. Por tanto, no es posible identificar cuándo actúa como autoridad suprema y cuándo como individuo. Todas estas dificultades aconsejan abandonar este modelo en aras de otros que eviten los inconvenientes señalados.

II. SEGUNDO MODELO DE AUTORIDAD SUPREMA: AUTORIDAD PREINSTITUCIONAL SUPREMA SECUNDARIA.

1. Introducción

La conjunción de dos propiedades de la noción de autoridad que aquí se ha denominado preinstitucional suprema y secundaria conforman un modelo de autoridad caracterizada por la creación de las normas soberanas o independientes de un orden jurídico. Por esta razón, presenta importantes similitudes con un concepto que ha tenido un largo y extenso desarrollo en la teoría del Derecho y en la Ciencia Política: "el poder constituyente originario". No obstante estas similitudes, un aspecto central de este apartado será mostrar que la explicación del origen de un orden jurídico resulta más plausible apelando a la noción de autoridad suprema que con la teoría del poder constituyente originario.

En lo que sigue, se analizará: a) el modelo de autoridad preinstitucional suprema secundaria; b) la teoría del poder constituyente originario; c) las críticas a la teoría del poder constituyente. Por último, se examinará la teoría del soberano de Carl Schmit que en algunos puntos importantes es similar a este modelo de autoridad suprema.

2. La autoridad preinstitucional suprema y secundaria

El carácter de autoridad preinstitucional suprema secundaria connota, como se recordará, tres propiedades:

1) es una autoridad efectiva, es decir, tiene la capacidad fáctica de dictar órdenes; esto supone que establece relaciones normativas con los destinatarios de sus normas de una manera general y habitual;

2) es un individuo que no está autorizado a legislar por el Derecho existente en un momento histórico determinado. Su identificación no viene dada por normas jurídicas; el acto de su creación no está determinado por una norma jurídica;

3) además de la capacidad de crear normas de conducta, tiene la capacidad de crear una norma por la cual crea una autoridad normativa institucional.

La relevancia de esta noción de autoridad estriba en que es necesaria en la reconstrucción temporal del surgimiento de las autoridades normativas institucionales. Si en dicha reconstrucción no se quiere incurrir en un regreso al infinito, parece que se debe concluir que la primera autoridad normativa jurídica no ha sido creada por una autoridad institucional, sino por una autoridad de carácter preinstitucional.

La capacidad de crear una autoridad institucional supone realizar un uso adecuado de ciertas expresiones operativas con las cuales se *transforma la realidad*. Mediante el uso de normas de competencia que son reglas constitutivas²⁹⁴ se dan nuevos sentidos a determinados

²⁹⁴.En este sentido coincido con Albert Calsamiglia cuando señala que bajo la expresión "normas de competencia" aparecen diferentes tipos de reglas, a pesar de lo cual los autores han tratado de reducirlas a una estructura unitaria. Es preciso señalar que las reglas de competencia que

actos. En este caso, las reglas constitutivas dan origen a un nuevo orden jurídico y a una nueva autoridad normativa legal: se otorga sentido de creación normativa válida a los actos llevados a cabo por determinados individuos cumpliendo ciertos procedimientos²⁹⁵. Mediante las reglas constitutivas se crean o definen nuevas formas de conducta. En este caso, la nueva conducta regulada es la creación normativa. En efecto, la capacidad de creación de normas de la autoridad preinstitucional suprema no estaba regulada por normas. Sin embargo, la regla constitutiva que dicta supone que su objeto -la creación normativa- deje de ser una actividad natural y pase a convertirse en un conjunto de acciones cuya correcta realización requiere seguir las condiciones estipuladas en aquella regla. En otras palabras, proporcionan las condiciones lógicamente suficientes para crear normas válidas. En este caso definen dos cosas: 1) los procedimientos para crear normas válidas y, 2) los órganos jurídicos²⁹⁶. Por eso, la autoridad jurídica no puede ser un tipo de autoridad como el

interesan aquí son aquellas que crean una autoridad jurídica suprema y en mi interpretación éstas son reglas constitutivas. Ver CALSAMIGLIA, Albert: "Geografía de las normas de competencia"; DOXA, 15-16, 1994, págs.747-769

²⁹⁵. En la literatura especializada la expresión "regla constitutiva" se ha usado en dos sentidos: 1) como reglas que crean o definen nuevas formas de conducta que existen previamente e independientemente de las reglas mismas; 2) como reglas que establecen condiciones de posibilidad para nuevas formas de conducta. A los efectos de este trabajo se adopta esta última interpretación. Ver GUASTINI, Riccardo: "Teorías de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcaterra"; *Revista de Ciencias Sociales*, Alf Ross: Estudios en su homenaje, Valparaíso, Chile, 1984, págs.297-316. También: Six Concepts of 'Constitutive Rule'; ECKHOFF, T.-FRIEDMAN, L.-UUSITALO, J. (eds.): *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*; Duncker und Humblot, Berlin, 1986, págs.261-269.

²⁹⁶. SEARLE, John: *Actos de habla*; op.cit. Ver también ALARCON CABRERA, C: *Normas y paradojas*; Tecnos, Madrid, 1993, pág. 15 y ss. WROBLEWSKI, Jerzy: "Las clases de reglas jurídicas"; en Alf Ross. *Estudios en su homenaje*; *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso (Chile), 1984, págs. 269-296. GUASTINI, Ricardo: "Teorías de las reglas constitutivas. Searle, Ross, Carcaterra". en Alf Ross. *Estudios en su homenaje*; op.cit., págs. 297-316.

individuo que impone efectivamente sus órdenes, ya que éste es una *autoridad* sólo en base a hechos "brutos", y no institucionales. Una vez creada la norma constitutiva originaria sólo puede ser autoridad jurídica la institución y no el individuo. Si el individuo ejerce poder normativo exitoso al margen de las reglas puede ser considerado autoridad fáctica, pero no autoridad jurídica.

Por otro lado, esta caracterización de la autoridad preinstitucional suprema creadora de una institución legislativa mediante reglas constitutivas logra evadir el problema de los mandatos autolimitantes que había argüido Austin para afirmar la ilimitabilidad jurídica del soberano. En efecto, esta regla constitutiva no tiene como destinatario a su propio autor -el individuo en cuanto autoridad efectiva- sino que crea una institución: una autoridad legislativa.

Ahora bien, parece claro que la creación de la regla constitutiva de la autoridad institucional no es una limitación de carácter fáctico, sino deóntico. La desviación por parte de la institución de las reglas constitutivas no implica su violación, sino un "salirse" del sistema de reglas creadas. En términos comparativos, ese "salirse" de las reglas supondría jugar a un juego distinto, es decir, cualquier acto o norma que se salga del juego supondría no sólo un apartamiento, sino la creación de un nuevo juego, en este caso, la creación de una nueva autoridad preinstitucional²⁹⁷.

²⁹⁷ .HART, H.L.A.: "Commands and Authoritative Legal Reasons"; en HART, H.L.A.: *Essays on Bentham*; op.cit., pág.

Con las reglas constitutivas se establece un criterio de producción normativa que permitirá solventar algunos de los problemas que encuentra el individuo que ejerce poder fáctico. Así pues, lo que hace es crear una institución, a través de la cual trata de lograr un ejercicio de poder más eficiente y estable, en la medida que está regido por criterios suministrados por reglas jurídicas. Aquí es pertinente recordar la importante función social de las reglas de competencia como guías de la acción en el razonamiento práctico-jurídico, y como elemento de distribución de derechos y responsabilidades²⁹⁸.

Por esta razón, Hart sugiere sustituir la caracterización de la legislación en un sistema jurídico complejo como un conjunto de actos "imperativos" o "prescriptivos" por la de un conjunto de actos "operativos" o "realizativos". Esto es así porque una constitución, y en general el Derecho, es una serie de prácticas gobernadas por reglas y convenciones mediante las que se crean nuevas guías para la acción²⁹⁹.

La autoridad preinstitucional suprema es autoridad respecto de un dominio o ámbito de acciones no regulado normativamente. La institución jurídica suprema es autoridad respecto de un dominio o ámbito de acciones delimitado normativamente. Ambas autoridades lo

²⁹⁸.BANKOWSKI, Zenon: "The Institution of Law"; op.cit. Ver también HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit.

²⁹⁹.HART, H.L.A.: "Commands and Authoritative Legal Reasons" en HART, H.L.A.: *Essays on Bentham*; op.cit., pág.260

son respecto de un ámbito diferente³⁰⁰ que viene configurado por la existencia o inexistencia de reglas, respectivamente.

La autoridad preinstitucional suprema y la autoridad jurídica suprema pueden analizarse desde el punto de vista de la creación de dos tipos de normas que configuran un orden jurídico. La autoridad preinstitucional suprema secundaria sería el origen de la fase constituyente que se plasma en la creación de la constitución originaria (normas independientes). La autoridad jurídica suprema sería la autora de la legislación ordinaria (normas dependientes). Según Max Radin, la autoridad efectiva suprema sólo puede crearse mediante un proceso extralegal, pero su existencia se agota en la creación de un "soberano menor" que es la autoridad institucional suprema del orden jurídico³⁰¹.

3. La teoría del poder constituyente originario

La teoría del poder constituyente originario presenta un tipo de autoridad que es necesaria en la explicación temporal del surgimiento de un nuevo orden jurídico. En este sentido, tiene propiedades similares al modelo de autoridad normativa que se está examinando en este capítulo ya que en ambos casos se hace referencia a una autoridad preinstitucional y creadora de un orden jurídico:

³⁰⁰ .Ver acerca de la noción de ámbito de una autoridad BOCHENSKI, J.M.: *¿Qué es autoridad?*; Herder, Barcelona, 1989 [Herder KG, Freiburg, 1974] Trad. C. Gancho. Pág.25-55

³⁰¹ .Ross discreparía de este idea, ya que las autoridades jurídicas no transfieren nunca su poder, únicamente lo delegan, por lo que siempre pueden volver a recuperarlo: "La autoridad pública jamás es parte de un derecho y por ello nunca es transferible. A lo más, el ejercicio del poder puede delegarse en otras personas, dejando intacto el propio poder del titular".ROSS, Alf: "Sobre los conceptos de 'Estado' y 'órganos del Estado' en Derecho Constitucional"; op. cit., pág.91.

"Respecto de la naturaleza del poder constituyente, no admite duda alguna que se trata de un poder absoluto y total. Importa, sin embargo, recalcar que, al producirse su definición como poder soberano, lo que se hace en realidad es trasladar e incorporar a la organización democrática moderna la doctrina de la soberanía, tal y como había sido teorizada por Bodino, y conservada en la tradición de la monarquía absoluta. De esta forma, de igual manera que el príncipe se hallaba *supra leges* y quedaba *legibus solutus*, el poder constituyente se concebirá también fuera de toda limitación"³⁰².

Otro de los rasgos definitorios de la noción de poder constituyente originario que es común al modelo de autoridad examinado es la "eficacia actual". Esta expresión señala que el poder constituyente originario es tal si y sólo si es eficaz, no habría necesidad, pues, de remitirse a alguna norma que le otorgue existencia.

Ahora bien, el concepto de poder constituyente originario, tal y como ha sido elaborado por la doctrina constitucionalista clásica, presenta otro rasgo adicional que lo diferencia del modelo presentado aquí. Este rasgo consiste en que se trata de un individuo que tiene competencia para realizar la acción de crear un nuevo orden jurídico.

Por ello, la noción de poder constituyente originario ha jugado un papel importante en la teoría política y jurídica como elemento explicativo y justificativo del origen de la constitución de un orden jurídico. En lo que hace referencia al aspecto explicativo del poder constituyente originario puede ponerse como ejemplo el uso que hace de él J.A. González

³⁰² .de VEGA, Pedro: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*; Técnos, Madrid, 1991 [1985], pág. 28.

Casanova, quien utiliza dicha noción para explicar el acceso al poder de Francisco Franco tras la Guerra Civil Española. En efecto, a los pocos días de iniciarse la Guerra Civil, el 24 de Julio de 1936, los jefes militares rebeldes a las instituciones del Estado republicano se constituyen en Junta de Defensa Nacional bajo la dirección de Cabanellas. La Junta declaró asumir "todos los poderes del Estado y representar legítimamente al País antes las Potencias extranjeras". Esta Junta se autodisolvió el 29 de Septiembre del mismo año, al tiempo que nombraba a Franco "Jefe del Gobierno del Estado español", "Generalísimo de las fuerzas nacionales de tierra, mar y aire" y le otorgaba "todos los poderes del nuevo Estado" (decreto 138/1936, de 29 de Septiembre, arts.1 y 2).

Estos acontecimientos pueden ser descritos como la actuación de un poder constituyente originario: un grupo de individuos rompe la cadena de validez del orden jurídico existente mediante un acto de rebeldía que se concreta en la promulgación de normas inválidas, pero que acaban imponiéndose como las normas que eficazmente guían la conducta social en esa comunidad. Esos individuos son autoridades cuyo poder reside en un hecho extranormativo, su capacidad para imponer efectivamente sus normas.

A su vez, en el conjunto de normas dictadas por estos individuos se incluye una norma que crea un nuevo orden jurídico, en el que destaca el establecimiento de una primera autoridad jurídica a la que se otorga la competencia suprema. González Casanova explica la creación de las

normas fundamentales del nuevo orden jurídico por parte de quién poseía el poder fáctico para crear normas jurídicas:

"La creación del nuevo sistema jurídico español se produce por el encargo unilateral y rebelde de romper con la continuidad de una ordenación estatal existente y *constituir* un nuevo Estado. El primer poder que se otorga es el poder *constituyente*, y la dictadura que se encarga es una dictadura *soberana*"³⁰³.

Pero donde han surgido problemas con el concepto de poder constituyente originario ha sido en el uso que han realizado algunos autores en los que se atribuía a esta expresión no sólo una función descriptiva, sino también justificatoria³⁰⁴. En efecto, algunos autores han sostenido que la Constitución surgida de la voluntad de un poder constituyente originario no sólo era efectiva, sino que también era válida. La Constitución se consideraba válida porque procedía de quien tenía la competencia para crearla, y esa validez era incondicional en la medida de que el órgano que la había creado no tenía límites jurídicos, fácticos o morales³⁰⁵. Los autores han señalado que se trata de un "poder incondicionado y autónomo"³⁰⁶.

³⁰³. GONZALEZ CASANOVA, J.A.: *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*"; Ed. Vicens-Vives, Barcelona, 1982, pág. 431:

³⁰⁴. Se hace referencia a la función justificatoria en el sentido de que el poder constituyente originario tiene competencia para dictar normas. Sus decisiones no son, por tanto, arbitrarias.

³⁰⁵. De manera metafórica, Schmitt señala que el poder constituyente originario "está siempre en estado de naturaleza". SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*; Alianza Universidad, Madrid, 1991, pág. 91.

³⁰⁶. BURDEAU, George: t.III, págs. 171-4. Ver también BOBBIO, Norberto: *Teoría general del Derecho*; Debate, Madrid, 1991 [Giappichelli, Turin, 1954-6], pág. 179

Lo característico del uso justificatorio de este concepto ha sido que además de atribuir esas propiedades características de la autoridad preinstitucional suprema, se predica competencia jurídica para la creación del nuevo orden jurídico, esto es, una propiedad de una autoridad jurídica:

"Hoy día es pacíficamente aceptada la tesis de que el constituyente es un poder absoluto y total... Jurídicamente, esta independencia significa que es un poder con 'competencia total'; que ninguna norma anterior, ni de fondo ni de forma, puede limitarlo, dado que constituyendo la fuente político-jurídica del ordenamiento estatal, está lógicamente calificado para derogarlo o limitarlo"³⁰⁷.

Este carácter jurídico de la competencia del poder constituyente originario añade un rasgo peculiar a su propia definición, ya que además de tratarse de un individuo no calificado por el orden jurídico, ostenta una serie de "facultades omnímodas e incontrolables", de "competencia total" o de un "poder absoluto y total"³⁰⁸, que constituye el fundamento de la validez de las reglas constitutivas del nuevo orden jurídico³⁰⁹.

³⁰⁷ .HERNANDEZ VALLE, Rubén: "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional"; op.cit., pág.146. Ver Genaro CARRIO: *Notas sobre Derecho y lenguaje*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990 (4ª ed.), [1965], pág. 248."Por lo menos en una de las acepciones de esta expresión ambigua, [se refiere] a una serie ilimitada de atribuciones, a una competencia absolutamente primera y total, a una infinita y eterna suma de prerrogativas".

³⁰⁸ .Ver IMAZ, *El poder constituyente*, LL, t. 82, p.971. Citado por G. Carrió: pág.246. HERNANDEZ VALLE, Rubén: "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional";op.cit., pág.143.

³⁰⁹ .SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*; op.cit., pág.86-7.

4. Crítica de la teoría clásica del poder constituyente originario

La teoría del poder constituyente originario es discutible cuando atribuye simultáneamente a un individuo o grupo de individuos un poder no-jurídico (originario) y jurídico, por cuanto tiene competencia jurídica para eliminar una constitución preexistente y crear una nueva, aunque su competencia no le venga dada por norma jurídica alguna. Uno de los autores que ha criticado con mayor lucidez este aspecto de la teoría del poder constituyente originario ha sido Genaro Carrió³¹⁰.

Según el iusfilósofo argentino, el concepto de poder constituyente originario se caracteriza por tener un doble rostro. Por un lado, presenta una descripción del surgimiento de una constitución y, por el otro, incluye elementos justificatorios de la acción del poder constituyente originario que provienen de atribuirle competencia jurídica para realizar esa acción. Esto implicaría que haya un aspecto justificatorio de todo quebrantamiento de la legalidad establecida que conduce a la creación de otro orden jurídico. Toda revolución exitosa sería, por lo tanto, un acto válido y legítimo. En palabras de G. Carrió, esta teoría

"... pretende justificar -y no simplemente explicar- la asunción y el ejercicio de supuestas prerrogativas de reforma constitucional por vías distintas de las que la Constitución autoriza y con independencia de las limitaciones que ella fija. Desde este punto de vista, pues, en toda revolución exitosa hay que ver el ejercicio de la ilimitada competencia de ese poder constituyente inicial, autónomo, incondicionado,

³¹⁰ .CARRIO, Genaro: *Sobre los límites del lenguaje normativo*; en *Notas sobre Derecho y lenguaje*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990

chúcaro, cerril, montaraz, bagual, zafado, cimarrón, indómito y bravío"³¹¹ .

En consecuencia, cualquier cambio no legal de la Constitución está amparado jurídicamente, pues el sujeto usurpador hace uso de una competencia jurídica. Ahora bien,

"el titular de ese poder no goza de él porque haya una norma o un conjunto de normas que previamente se lo han conferido; goza de él porque puede llevar a la práctica lo que quiere"³¹² .

Carrió expone su crítica desde postulados de la filosofía analítica que le llevan a denunciar cualquier intento de llevar el lenguaje más allá de los límites dentro de los cuales puede funcionar significativamente. La teoría del poder constituyente originario se hace acreedora a esta crítica en relación al concepto de "competencia". Tal concepto carece de significado cuando se saca fuera del único contexto donde tiene sentido hablar con este vocabulario: un orden normativo. En efecto, la noción de competencia presupone una regla que determina quién, cómo y qué cosas caen bajo su campo de acción. Y, en sentido contrario, tal norma establece aquellas cosas para las que no se atribuye competencia. Por esta razón, Carrió afirma que

"un sujeto jurídico dotado de una competencia total e ilimitada es tan inconcebible como un objeto que tuviera todas las propiedades posibles"³¹³ .

³¹¹ .CARRIO, Genaro: Ibidem, pág. 248.

³¹² .CARRIO, Genaro: Ibidem, pág. 248.

³¹³ .CARRIO, Genaro: Ibidem, pág. 253.

De una manera más metafórica, Carrió concluye que la atribución de competencia jurídica a un poder que no está sujeto a reglas genera una paradoja irresoluble:

"La idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de una relación de parentesco total"³¹⁴.

Carrió señala también otro problema del concepto de poder constituyente originario dado el uso ambiguo que hace del término "poder". Por un lado, quienes defienden esta concepción parecen asimilar los conceptos de "poder" y "potestad" (o "atribución", "competencia", "autorización" etc). Pero, por otro lado, utilizan "poder" en el sentido de "fuerza", "potencia", "dominación", etc. El uso ambiguo de la expresión "poder constituyente originario" provoca que los autores superpongan los dos sentidos de tal expresión, "facultad o potestad suprema" y "fuerza política suprema"³¹⁵, es decir, que cometan la falacia naturalista: inferir que se tiene el poder normativo para dictar normas a partir del hecho de la posesión del poder fáctico de dictarlas³¹⁶.

Todas estas críticas hace que sea conveniente abandonar cualquier intento de explicar y justificar las limitaciones del soberano a través de

³¹⁴.CARRIO, Genaro: Ibidem, pág. 254.

³¹⁵."De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza y sólo hay otro paso más a sostener que decir que ese sujeto tiene las atribuciones significa lo mismo que decir que tiene la fuerza". CARRIO, Genaro: Ibidem; op.cit., pág. 254.

³¹⁶.NINO, Carlos: "La competencia del constituyente originario y el carácter moral de la justificación jurídica" en *La validez del Derecho*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, pág..45

la idea del poder constituyente originario. Y ello a pesar del prestigio que esta concepción pudiera tener actualmente.

5. La teoría schmittiana del soberano

A) Introducción

Es bien sabido que la teoría schmittiana del soberano ha generado una amplia discusión entre los teóricos del Derecho, ya que ha sido difícil clasificarla entre las diferentes concepciones del soberano³¹⁷. Será mi propósito en este apartado sostener que su concepción del soberano se asemeja al modelo de autoridad suprema preinstitucional suprema y secundaria. En este sentido, trataré de mostrar, en primer lugar, los puntos en común que la teoría schmittiana tiene con el modelo de autoridad preinstitucional suprema secundaria; y en segundo lugar, lo que le distingue de la noción clásica de soberano.

B) EL concepto de soberano

a) Las propiedades del soberano

Schmitt aborda el estudio sistemático del concepto de soberano en una de sus obras más famosas: *Politische Theologie*. En la primera página

³¹⁷ Ver ESTEVEZ ARAUJO, J.A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989. GOMEZ ORFANEL, Germán: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

de este libro aparece su definición de soberano, que es ya clásica en la historia del pensamiento político:

"Soberano es quien decide sobre la situación excepcional"³¹⁸.

En esta definición aparecen ya los dos elementos claves que particularizan la concepción schmittiana del soberano: la decisión y la excepcionalidad. Con estas características, la noción schmittiana de soberano se aleja de las nociones hasta el momento examinadas en este trabajo. Pero antes de entrar al examen de estas particularidades parece conveniente mostrar sus puntos de coincidencia con la idea de soberano absoluto.

En primer lugar, Schmitt parece atribuir al soberano el carácter de supremo. En efecto, entiende que el soberano no está sujeto a ningún otro individuo, ni puede explicarse su existencia mediante la remisión a normas o decisiones previas:

"Normativamente considerada la decisión nace de la nada"³¹⁹.

Schmitt entiende que la decisión soberana constituye el origen de la existencia del orden jurídico. En este sentido, no es necesario buscar el fundamento de dicha decisión en un orden jurídico anterior:

³¹⁸ SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág. 35. Se hace uso aquí de la traducción de "Ausnahmezustand" como "situación excepcional" y no como "estado de excepción", pues esta última expresión puede confundirse por la expresión jurídico-constitucional de "estado de excepción". En este punto, suscribo la interpretación de Estévez Araujo, que a su vez sigue a J. Freund, que piensa que "el 'ausnahmezustand' a que Schmitt se refiere en su definición es un concepto más amplio, de carácter genérico". Ver ESTEVEZ ARAUJO, J.A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, pág.201, nota nº16.

³¹⁹ SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.62. Y también: "la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho"; pág.62

"Quien produce la tranquilidad, seguridad y orden es soberano y tiene toda la autoridad. En cuanto auténtica y pura decisión, esta producción del orden no puede ser derivada del contenido de una norma previa ni de un orden ya existente"³²⁰.

La razón de esta afirmación reside en que el soberano no deriva su poder de alguna competencia otorgada por alguna norma jurídica, sino que precisamente, el soberano es el creador del todo el ordenamiento jurídico:

"No se trata, por consiguiente de una competencia en el sentido que el término tiene dentro del sistema del Estado de derecho... Si la actuación no está sometida a control alguno ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en la práctica del Estado de derecho, al punto se ve quién es el soberano"³²¹

En segundo lugar y en estrecha conexión con la supremacía, Schmitt afirma que el poder soberano es ilimitable jurídicamente. Su decisión

"se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio"³²².

O en otras palabras,

"El supuesto y el contenido de la competencia son, entonces, necesariamente ilimitados"³²³.

³²⁰ .SCHMITT, Carl: *I tre tipi di pensiero giuridico*; Il Mulino, Bologna, pág.263-4

³²¹ .SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.37

³²² .SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.42

³²³ .SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.37

Precisamente, la caracterización del soberano como la persona una decisión en lugar de una norma es significativa, puesto que según su definición, la decisión no puede ser objeto ni contenido de una norma jurídica. En consecuencia, ninguna norma jurídica perteneciente al ordenamiento jurídico puede imponer al soberano una restricción a su decisión. Además, en la teoría de Schmitt puede encontrarse otra razón que justifica la ilimitabilidad del soberano: el conjunto de sus facultades alcanza a la suspensión de todo el ordenamiento jurídico:

"El [soberano] decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué conviene hacer para dominar la situación. Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida 'in toto'³²⁴ .

En este sentido, Gómez Orfanel señala que el poder del soberano no halla su fundamento en la Constitución, sino que está desvinculado de toda norma. El soberano se caracteriza por actuar en situaciones extraordinarias, no reguladas por normas jurídicas. Es en estos casos cuando el soberano adquiere la omnipotencia estatal ilimitada, la *plenitudo potestatis* ilimitada³²⁵ .

Respecto de la unicidad e indivisibilidad del poder soberano, Carl Schmitt no ofrece una explicación exhaustiva de su significado. En la *Teoría de la Constitución* se limita a afirmar que

³²⁴ .SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.37. SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.37

³²⁵ .GOMEZ ORFANEL, Germán: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*; op.cit.; op.cit., pág.56

"El Poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos 'poderes' (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Es la base que abarca todos los otros 'poderes' y 'divisiones del poderes"³²⁶.

La decisión sobre la situación excepcional sólo puede atribuirse a una unidad, y además, no puede dividirse en otras instancias. Schmitt hace suya la concepción de Bodin acerca del soberano, ya que en su opinión capta alguno de los aspectos esenciales, entre ellos la unicidad y la indivisibilidad:

"Eso es lo verdaderamente impresionante de su definición, que concibe la soberanía como unidad indivisible y zanja definitivamente el problema del poder dentro del Estado"³²⁷.

Schmitt piensa que si no hay unidad de decisión entonces no existe la unidad política. La unidad se quebraría si algún órgano o fuerza social pudiese impedir que el soberano, aquél que decide sobre el *ius belli*, tomara la decisión sobre esa cuestión³²⁸.

Uno de los puntos que separan a Schmitt de la teoría clásica del soberano reside en que el soberano no se caracteriza por su creación legislativa, sino por la capacidad de emitir una decisión. Según Schmitt, el criterio de identidad del soberano no viene dado por normas jurídicas. El criterio de identidad del soberano es la capacidad de emitir una decisión sobre una situación excepcional. Y ésta última, no está

³²⁶ .SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*; op.cit.; pág.95.

³²⁷ .SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.38

³²⁸ .Ver SCHMITT, Carl: *El concepto de lo político*; op.cit., pág. 39-40

contemplada por reglas jurídicas. Conviene analizar, por tanto, las dos características básicas de la definición de soberano: la situación excepcional y la decisión.

b) La situación excepcional

La noción de situación excepcional juega un papel clave en la comprensión del concepto schmittiano de soberano. Soberano es el individuo que decide sobre esa situación. La situación excepcional es el objeto de la decisión del soberano:

"Una razón sistemática de carácter lógico jurídico hace del 'estado de excepción' el término por excelencia para la definición jurídica de la soberanía. La decisión sobre lo excepcional es la decisión por antonomasia"³²⁹.

Ahora bien, el propio Schmitt es el primero en reconocer que la expresión "situación excepcional" no se puede delimitar rigurosamente³³⁰. No obstante, un intento de clarificar su significado indicaría que su referencia es un caso que no está previsto en el ordenamiento jurídico vigente. Pero, ¿cuándo se verifica esa hipótesis? Schmitt señala que puede ser un caso de extrema necesidad, un caso de peligro para el Estado, o también aquellas situaciones en las que se

³²⁹ .SCHMITT, Carl: *Teología política*; pág. 35-36. En la cita se ha preferido mantener "estado de excepción" en lugar de "situación excepcional" para ser fiel a la traducción castellana. Al respecto, ver nota 50

³³⁰ .SCHMITT, Carl: *Teología política*; pág.36. Ver ESTEVEZ ARAUJO. J.A.: pág.177-178.

desconoce quién es competente³³¹. Cuando surge alguno de estos casos la opción de Schmitt no ofrece duda: "aceptar una instancia soberana que en caso necesario pueda asegurar la existencia del Estado, también en contra del orden jurídico vigente"³³².

El caso excepcional es importante porque permite identificar la persona que tiene la capacidad para garantizar el orden que la situación excepcional hace peligrar. Para restablecer el orden puede ser necesario violar las normas del Derecho vigente. Aquél individuo que decide con carácter definitivo si la situación es normal o excepcional es el soberano y logra crear y garantizar la situación normal. Así pues, la situación excepcional es la que justifica que el soberano viole normas vigentes cuando es necesario para el mantenimiento del Estado, la situación normal³³³.

C) La decisión

Con la noción schmittiana de decisión sucede algo parecido que con el concepto de situación excepcional: es importante en su teoría, a la vez

³³¹.SCHMITT, Carl: *Teología política*; pág.36. Según la interpretación de Estévez Araujo, la situación excepcional incluye "los supuestos de laguna constitucional absoluta como las crisis que ponen en peligro el orden público o la seguridad del Estado". op.cit., Pág.178

³³².KAUFMANN, Mathias; op.cit., pág.154

³³³.Ver KAUFMANN, Mathias; op.cit., pág.153. En este contexto sería útil distinguir, tal y como hace Josep Maria Vilajosana, entre orden jurídico y orden estatal. La decisión del soberano afecta al primero, pero no al segundo. Precisamente su función es garantizar la existencia de este último. VILAJOSANA, Josep María: *Identidad del orden jurídico y régimen político*; Fontamara, México. En prensa.

que padece un cierto grado de vaguedad y ambigüedad³³⁴. En efecto, Schmitt parece distinguir básicamente entre dos conceptos de decisión:

1) la decisión de última instancia:

"[Aquella que es] absolutamente independiente de la razón de su contenido y corta en seco cualquier discusión sobre si es o no dudosa. En un instante, la decisión se hace independiente de las razones en que se funda y adquiere valor propio. En este supuesto caen las decisiones irregulares pero que tienen plenos efectos jurídicos"³³⁵.

2) la decisión del soberano (o también llamada del poder constituyente): su objetivo principal es la conservación del orden estatal y su contenido central es la situación excepcional³³⁶.

No cabe duda de que es éste último sentido del término "decisión" el que tiene relevancia en el estudio del soberano, ya que constituye el fundamento básico de validez del ordenamiento jurídico. La decisión del soberano extrae su juridicidad no de una norma jurídica, sino de su capacidad de crear y garantizar un orden³³⁷. Se trata por tanto de una noción de autoridad basada en la capacidad efectiva de imponer sus

³³⁴ Ver KAUFMANN, Mathias; op.cit., pág.157

³³⁵ SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.61

³³⁶ SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.42

³³⁷ Según Schmitt, la decisión del poder constituyente (o soberano) es "la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la decisión total concreta sobre el modo y la forma de la propia existencia política". SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*; Alianza Universidad, Madrid, 1982. Trad. Francisco Ayala, pág.93-94

mandatos. En este sentido, se puede acordar con Estévez Araujo cuando señala que,

"si soberano es quien consigue crear un orden y el orden consiste en la existencia de una instancia que decida en último extremo, entonces soberano será aquel que logre imponerse como suprema instancia decisoria. La legitimidad del soberano derivará, pues, de su capacidad de imponer fácticamente sus decisiones"³³⁸.

Soberana es por tanto, aquella voluntad que es capaz de tomar una decisión acerca de la creación y garantía de un orden:

"El orden jurídico, como todo orden descansa en una decisión"³³⁹.

Ahora bien, Schmitt identifica el contenido de la decisión soberana (la decisión acerca de la situación excepcional) con la decisión de quién es el enemigo³⁴⁰.

Hay que precisar que la expresión "enemigo" es ambigua, pues puede entenderse de dos maneras distintas. Un primer significado señalaría una enemistad privada o personal (*inimicus*), mientras que el segundo significado atendería al enemigo público (*hostis*). Schmitt habla de la decisión política acerca del enemigo en este segundo sentido, y por ello, piensa que se trata de una decisión existencial mediante la que se

³³⁸ ESTEVEZ ARAUJO, J.A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, pág.185-186. En el mismo sentido, este autor se pronuncia un poco más tarde: "Por consiguiente, cualquier polémica o enfrentamiento puede convertirse en una cuestión de orden público. Esta indeterminación del ámbito de lo político hace que al soberano se le atribuya la facultad de decidir qué materias tienen relevancia política en un momento dado". Op.cit., pág.187.

³³⁹ SCHMITT, Carl: *Teología política*; op.cit., pág.40

³⁴⁰ SCHMITT, Carl: *El concepto de lo político*; Ed. Doncel, Madrid, Madrid, 1975. Trad. Francisco Javier Conde. Pág. 39-40.

identifica al *otro*³⁴¹. La expresión básica de la decisión soberana consiste en lograr la paz mediante la expulsión de la comunidad de los enemigos. El punto extremo de la declaración de hostis sería la declaración de guerra, y con ella, la eliminación del enemigo.

C) El carácter secundario de la noción schmittiana de soberano

La teoría schmittiana del soberano se aparta de la noción clásica de soberano continuo en el hecho de que su actuación se limita a la creación de un orden jurídico nuevo, y con él, de una autoridad suprema distinta. En este sentido, su ejercicio de poder no se extiende a lo largo del tiempo, sino que tiene un marcado rasgo transitorio. Esta característica del soberano schmittiano puede ser expuesta mediante el análisis de su distinción entre soberano y dictadura soberana.

Uno de los problemas conceptuales que aparece en la obra de Schmitt consiste en distinguir entre los conceptos de soberano y dictadura soberana. Este problema parece que se complica todavía más si se tiene en cuenta que el autor alemán utiliza otro concepto de la misma familia semántica: "poder constituyente". Pero al definir Schmitt este último concepto de la manera siguiente:

"Poder consituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y

³⁴¹ .GOMEZ ORFANEL, Germán: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986. Pág.73.

forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo³⁴².

no parece que haya demasiados obstáculos en asimilar este concepto al de soberano:

"todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución"³⁴³

La adscripción del Poder Constituyente a un sujeto ha variado según la concepción teórica vigente en cada momento histórico³⁴⁴. El problema que se plantea en la época actual es de carácter técnico de gobierno. El pueblo, en cuanto titular del poder constituyente, no puede dirigir el funcionamiento normal del gobierno de un Estado; no puede adoptar el conjunto de decisiones necesarias para mantener la normalidad. En otras palabras, no puede constituirse en una autoridad permanente³⁴⁵. La forma a través de la cual se articula el poder constituyente del pueblo es la constitución de una dictadura soberana, es decir, como una autoridad delegada y organizada. Ante esta circunstancia, Schmitt

³⁴² .SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*; op.cit.; pág.94.

³⁴³ .SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*; op.cit.; pág.97.

³⁴⁴ . Según Schmitt, en la Edad Media, el Poder Constituyente estaba encarnado en Dios, mientras que en la Edad Moderna se atribuye al Pueblo o a la Nación (Revolución Francesa), mientras que en el siglo XIX hay manifestaciones de un Poder Constituyente ejercido por un Monarca. SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*; op.cit.; pág.98.

³⁴⁵ .Según Schmitt el pueblo sólo puede manifestar su voluntad mediante: a) el asentimiento o repulsa de la multitud reunida: *la aclamación*; b) en la democracia moderna, es a través de una Asamblea nacional o un plebiscito general sobre una propuesta surgida de un modo cualquiera.

propone que el titular del poder estatal se haga a sí mismo dependiente o delegado, pero con capacidad de decisión: el dictador soberano,

"la dictadura se convierte en una supresión de la situación jurídica en general, porque significa la dominación de un procedimiento que está interesado exclusivamente en el logro de un resultado concreto, mediante la eliminación del respeto esencial al derecho"³⁴⁶.

Así pues, como señala Estévez Araujo, la noción de "dictadura soberana" puede interpretarse como

"una subespecie de la soberanía, como la configuración particular que adquiere el problema de la soberanía una vez que se impone la doctrina de la soberanía popular"³⁴⁷.

El punto central donde se distingue la soberanía de la dictadura soberana es que ésta última tiene el carácter de ser comisionada o delegada³⁴⁸. El dictador soberano recibe una delegación ("apoderamiento") por el soberano cuyo contenido es incondicionado, pues se adecúa a la situación de las cosas³⁴⁹. Este carácter constituido

³⁴⁶ .SCHMITT, Carl: *La Dictadura*; op.cit., pág. 27

³⁴⁷ .ESTEVEZ ARAUJO. J.A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, op.cit., pág.190..

³⁴⁸ ."En toda dictadura hay una comisión... La peculiaridad del *pouvoir constituant* hace posible tal dependencia, pues a causa del carácter de este *pouvoir*, en cuanto un poder no constituido y nunca constituido...". SCHMITT, Carl: *La Dictadura*; op.cit., pág. 183

³⁴⁹ .SCHMITT, Carl: *La Dictadura*; op.cit., pág. 28

(no constituyente) de la dictadura soberana respecto de la soberanía popular se resume de la siguiente manera³⁵⁰ :

1) tiene carácter transitorio: su objetivo, en cuanto sujeto de poder, no es lograr su permanencia en la más alta jerarquía del Estado, sino lograr fines concretos y determinados, que una vez alcanzados, suponen su desaparición

"La dictadura es un medio para alcanzar un fin determinado, como su contenido solo está determinado por el interés en el resultado a alcanzar, y por tanto, siempre depende de la situación de las cosas"³⁵¹ .

2) su carácter excepcional ya que tiene como objetivo básico emitir una decisión con la que declara que una Constitución queda suspendida. Pero esta suspensión no tiene como finalidad eliminar el orden jurídico establecido por la Constitución, sino precisamente lo contrario:

"la dialéctica interna del concepto radica en que mediante la dictadura se niega precisamente la norma cuya dominación debe ser asegurada en la realidad político-histórica"³⁵² .

³⁵⁰ .Ver ESTEVEZ ARAUJO. J.A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*; op.cit., pág.189. Ver también GOMEZ ORFANEL: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*

³⁵¹ .SCHMITT, Carl: *La Dictadura*; op.cit., pág. 23. Ver también BOBBIO, Norberto: *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*; FCE, México, 1987 [Giappichelli, Turín, 1976]. Pág. 182-190

³⁵² .SCHMITT, Carl: *La Dictadura*; op.cit., pág. 26. Más adelante afirma que Schmitt matiza que si la dictadura es un "estado de excepción", hay que tener en cuenta que la situación normal puede ser muy variada, desde diferentes puntos de vista. Así, por ejemplo, una excepción al sistema jurídico-político puede consistir en la supresión del Estado de Derecho, y donde a su vez, "Estado de Derecho" puede significar cosas distintas. Como se verá más adelante, cabe realizar una

Estas consideraciones permiten concluir que el soberano actúa desde la alegalidad y no tiene un carácter continuo, sino transitorio; casi se podría decir, autocomprensivo. Dada la necesidad de gobernar crea, mediante una decisión, un dictador soberano que sería la autoridad jurídica suprema.

6. Conclusiones

El modelo presentado en este apartado está conceptualmente vinculado con el surgimiento de un orden jurídico. En este sentido, la autoridad preinstitucional suprema secundaria presenta características comunes con otro concepto clásico de la teoría jurídica como es el de poder constituyente originario. Ahora bien, el modelo aquí presentado ofrece la ventaja de que no incurre en los defectos conceptuales denunciados por Carrió en relación al concepto clásico de poder constituyente originario. Por un lado, no atribuye competencia jurídica a la autoridad preinstitucional suprema, sino estricta y exclusivamente capacidad de imponer sus normas. Y, por otro lado, distingue claramente entre los sentidos de "poder", como "potestad" y como "fuerza". La autoridad preinstitucional tiene poder sólo en este último sentido, por lo que no presupone competencia jurídica. Por esa razón, este modelo de autoridad no es una autoridad jurídica, si se entiende ésta como una autoridad constituida por reglas jurídicas. Es un modelo que únicamente permite explicar el origen de un orden jurídico, pero no es un concepto explicativo de la idea de autoridad suprema en un

ulterior, y muy importante, distinción entre dictadura soberana y dictadura comisarial. Ver GOMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*; op.cit.; pág.266

orden jurídico, ya que no está constituido por reglas previas, sus normas se identifican tomando como criterios propiedades no contempladas en otras normas, la sucesión de autoridades preinstitucionales no está reglada, la persistencia de sus normas no es independiente de la existencia del individuo que ejerce poder efectivo, etc.

Por último, se ha presentado una interpretación de la teoría schmittiana del soberano en la que éste comparte una serie de características que permiten incluir su concepto dentro del modelo de autoridad preinstitucional suprema secundaria examinado en este capítulo.

4. TERCER MODELO DE AUTORIDAD SUPREMA: LA AUTORIDAD JURIDICA SUPREMA CONTINUA.

1.Introducción

Este modelo de autoridad jurídica suprema resulta de la combinación de dos nociones de autoridad: autoridad continua y autoridad jurídica suprema. Esta noción de autoridad designa un órgano cuya creación y competencias están reguladas (o constituidas) por normas jurídicas previas, por lo que está sometida a ellas en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos procedimentales o sustanciales que debe seguir para promulgar normas jurídicas válidas.

Por otro lado, el carácter continuo" apunta a la idea de que esa autoridad tiene una competencia para dictar normas, excepto la competencia para modificar la regla que afecta a su propia competencia creadora de normas. En consecuencia, puede decirse que las reglas que establecen su competencia normativa permanecen inalterables de manera continua; al menos, hasta que se produzca un cambio no regulado de dichas normas (ej.- una revolución). En este sentido, no puede transformar el alcance de su propio poder normativo en sus aspectos más relevantes. Por consiguiente, no puede dictar normas que restrinjan su poder originario. Esta noción de autoridad jurídica suprema continua supone una norma constitucional irreformable válidamente: la norma que le otorga competencia.

La existencia de una autoridad suprema de estas características puede estar establecida por el propio ordenamiento jurídico. En este caso, las disposiciones de dicho sistema configuran un órgano legislativo que tiene competencia para dictar o reformar reglas constitucionales, pero que, sin embargo, carece de la competencia para modificar o derogar la regla por la cual se establece su propia competencia. Este es el caso de la Constitución del Land de Renania-Palatinado, cuando en su artículo 129.3 prohíbe expresamente la revisión de las normas de reforma³⁵³. En este supuesto la institución suprema establecida en el sistema jurídico no puede autorreformarse. Pero quizá el caso más famoso de autoridad jurídica suprema continua es el Parlamento inglés, que no puede renunciar a su competencia ilimitada de promulgar disposiciones jurídicas.

Junto a estos ejemplos de autoridad jurídica suprema y continua, que son de carácter contingente, es preciso señalar la tesis de Alf Ross acerca de las normas de reforma constitucional. La conclusión a la que llega Ross es que una autoridad suprema también sería continua aún cuando estuviese facultada para modificar su propia regla de reforma. Esto se debe a que estas cláusulas de revisión constitucional son: 1) autorreferentes; 2) suponen un razonamiento jurídico en el que la conclusión contradice las premisas. Estos argumentos implican, según Alf Ross, que las cláusulas de reforma son lógicamente irreformables. La paradoja que afecta a esta norma (y la órgano por ella establecido) supone que

³⁵³. Ver VEGA, Pedro de: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*; Tecnos, Madrid, 1985. Pág.282.

"de una norma de competencia no puede derivarse ninguna norma incompatible con aquélla. De aquí se infiere que la idea de transferencia de competencia en virtud de esta competencia es ella misma infundada. Aun si la norma básica se da a la autoridad suprema una competencia ilimitada, esta última no puede incluir el poder de transferir su poder a otra autoridad; o, en general, *el poder para limitar de alguna manera su propia competencia*"³⁵⁴.

Por lo tanto, la existencia de institución suprema-continua no sería una cuestión contingente, sino necesaria, incluso en aquellos sistemas jurídicos donde se incluye una disposición de reforma constitucional autorreferente. Debido a la pretensión teórica tan radical que se deriva de esta tesis, esta será la primera cuestión que se analizará en el próximo epígrafe.

2. La reforma de la disposición de reforma constitucional

Alf Ross puso de manifiesto en *Sobre el Derecho y la justicia* la paradoja que afecta a las normas de reforma constitucional³⁵⁵. Desde entonces se ha desarrollado una amplia polémica acerca de este problema que afecta a los sistemas jurídicos. La idea central de Ross es que aquellas normas no se pueden reformar válidamente, y que cualquier intento de ejecutar esa acción trae consigo un cambio de

³⁵⁴ .ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*; op.cit., pág.77. El subrayado es mío. Ver también HART, H.L.A.: "Self Referring Laws"; op.cit., pág.177. En este sentido se puede observar la semejanza de la teoría de Ross con la doctrina clásica acerca del Parlamento inglés, ya que coinciden en sostener el carácter jurídico y continuo del soberano.

³⁵⁵ .ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*; op.cit., págs.79-81. Posteriormente escribió un artículo en el que desarrolló con más amplitud sus ideas: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho Constitucional"; en *El Concepto validez y otros ensayos*; op.cit., págs.1-24

orden jurídico, eso sí, pacífico³⁵⁶. No es mi intención en estas páginas reproducir dicha discusión, sino que pretendo exponer la tesis central de Ross y la de otros teóricos que también sostienen su misma conclusión, aunque por razones diferentes: me refiero aquí a las ideas de J.J. Moreso, P. de Vega, Peter Suber e I. de Otto. La aceptación de estas tesis supone que el poder constituyente derivado (la autoridad jurídica suprema) no puede legalmente transferir válidamente su poder a otra autoridad. La principal diferencia que enfrenta a estas dos versiones de la irreformabilidad de la disposición de reforma constitucional estriba en que según Ross en la autorreforma está implicado un problema lógico, mientras que para otros autores mencionados se trata de una dificultad de índole jurídica. En otras palabras, según Ross se produce una vulneración de las reglas de la lógica, mientras que para la segunda versión se incumple una norma jurídica. No pretendo aquí hacer un estudio crítico de estas posiciones - aunque se señalarán algunas de sus insuficiencias-, sino más bien, presentarlas como casos representativos de modelos de una autoridad jurídica suprema continua.

³⁵⁶. La expresión "revolución jurídica pacífica" ha sido utilizada ambiguamente en la teoría del Derecho. Mientras que Ross la utiliza para referirse a un cambio de orden jurídico, lo cual presupone que el nuevo orden no deriva de una norma del viejo, Cattaneo utiliza la misma expresión "revolución pacífica" para referirse a un cambio de sistema jurídico, por cuanto el cambio de normas está autorizado por el sistema anterior: "la destrucción del ordenamiento vigente y la creación de otro nuevo [cuando] ocurre en la forma prevista por el primer ordenamiento". CATTANEO, Mario: *El concepto de revolución en la ciencia del Derecho*; op.cit., pág. 99.

A) La tesis de Alf Ross.

La preocupación por describir el carácter de las normas originarias de un orden jurídico es una constante en el pensamiento positivista. Desde esa perspectiva, Ross reconstruye la cadena de normas y autoridades que integran un orden jurídico hasta llegar a la *autoridad suprema* y a la *norma básica*³⁵⁷. Esquemáticamente esta cadena es como sigue: las normas jurídicas se crean a través de actos de promulgación que se adecúan a las condiciones impuestas por una norma de competencia. Esta norma de competencia tiene su origen, a su vez, en un acto que cumple con los requisitos estipulados en una norma de competencia de orden superior. Y así, se continua la reconstrucción de la cadena hasta llegar a una norma de competencia de rango constitucional. Esta norma constitucional se crea a través de actos que cumplen las condiciones establecidas por la regla de reforma constitucional. Esta última norma es la que establece tanto el proceso supremo de producción jurídica, como la autoridad suprema del orden jurídico. Esta autoridad configurada por una norma positiva, es según Ross,

"una personificación de todo el proceso de creación del derecho definido a través de las reglas que se refieren a la competencia personal, procesal y material"³⁵⁸.

³⁵⁷.En el ejemplo que él utiliza se trata del artículo V de la constitución norteamericana. ROSS, Alf: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho Constitucional"; op.cit., pág.52.

³⁵⁸.ROSS, Alf: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho Constitucional"; op.cit., pág.50.

La autoridad jurídica suprema de un orden jurídico no es necesariamente el legislador ordinario, puesto que las normas que lo regulan como institución creadora de normas pueden ser creadas, modificadas y derogadas por otra institución: la autoridad normativa competente que según la Constitución puede revisar totalmente la Constitución. Esta última autoridad puede reformar la Constitución de tal manera que goza de la competencia para eliminar autoridades legales existentes, reformar otras, o crear algunas nuevas. Lo que debe ser destacado de esta autoridad normativa competente para reformar toda la Constitución es su independencia de cualquier otra autoridad jurídica perteneciente al mismo orden jurídico. Es la institución jurídica suprema (o poder constituyente derivado). Según Ross, el artículo de reforma constitucional es la "norma básica" del orden jurídico: constituye la hipótesis inicial de todo sistema jurídico legislado y, simultáneamente, es la base directa de la validez del resto y sucesivas normas del orden jurídico.

El principal problema que se plantea respecto de la *norma básica* y el poder constituyente derivado tiene que ver con su propia reforma: ¿puede éste reformar su propia norma de competencia (la disposición de reforma constitucional)? Ross sugiere dos posibles respuestas a esta pregunta:

- 1) la norma básica puede reformarse según su propio procedimiento, lo cual supone un acto creador del poder constituyente derivado;

2) la norma básica no puede reformarse jurídicamente. Toda reforma posible no es el resultado de un proceso jurídico, sino fruto de un hecho socio-psicológico a través del cual la comunidad acepta como derecho otra norma básica³⁵⁹.

Ross rechaza la primera alternativa, pues plantea el problema de la autorreferencia y el de la contradicción³⁶⁰.

Este problema puede ser analizado de la siguiente manera: la cláusula examinada puede ser considerada irreformable (inmutable) o reformable (mutable). Si es mutable, cabe preguntarse los medios por los cuáles puede producirse su cambio: (a) por reglas de orden superior; b) por autoaplicación; c) por medios extralegales (revolución)³⁶¹.

La alternativa (a) conduce al regreso al infinito, lo cual constituye una conclusión rechazable por dos razones. En primer lugar, porque los órdenes jurídicos contienen un número finito de reglas, y, en segundo

³⁵⁹ .ROSS, Alf: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho Constitucional"; op.cit., pág.52.

³⁶⁰ .Según Ross, en el primer caso, el artículo de reforma carece de significado de acuerdo con la "teoría de los tipos" de Bertrand Russell. ROSS, Alf: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho Constitucional"; op.cit., pág.58. Por otro lado, Ross también cita a JORGENSEN, J.: "Some Reflections on Reflexivity"; *Mind*, 62, 1953, pág. 291. En el segundo caso, "como el significado del art.88 -el artículo de reforma- es indicar la única manera cómo la Constitución puede ser reformada, ésta es una inferencia en la que la conclusión contradice una de las premisas, lo que es un absurdo lógico". ROSS, Alf: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho Constitucional"; op.cit., pág.54. Ver también TAMMELO, Ilmar: "The Antinomy of Parliamentary Sovereignty"; op.cit., pág.508.

³⁶¹ .SUBER, Peter: *The Paradox of Self-Amendment. A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*; Peter Lag, New York-Bern-Frankfurt a.M.-Paris, 1990. Pág.29.

lugar, porque ningún legislador o juez apela a la infinitud de reglas para justificar cualquier cambio de orden jurídico³⁶².

La alternativa (b) conduce a una contradicción en el argumento, con lo cual se viola una de las reglas de cualquier sistema que pretenda cumplir los mínimos requisitos de racionalidad que impone la lógica. En efecto, Cualquier cambio de esta norma tendría como consecuencia un cambio de constitución que contradiría su propia premisa. Se trataría de una inferencia inválida³⁶³. En otras palabras, no sería una norma dictada por la autoridad suprema, sino por una autoridad extranormativa. A estos efectos, tanto da que se convoque una convención constituyente para reformar la Constitución, como que se produzca una revolución, ya que el resultado es el mismo: un cambio no legal del orden jurídico³⁶⁴.

Por último, la alternativa (c) supone un cambio no legal de las normas del orden jurídico. Como (a) y (b) no pueden aceptarse, la disposición de reforma es inmutable o mutable extralegalmente.

Si se centra ahora la atención en el poder constituyente derivado, la conclusión es similar: se trata de una autoridad inmutable (continua), por lo que nunca puede reformar legalmente la disposición de reforma (la norma básica). Por otro lado, no puede finalizar su propia existencia

³⁶².SUBER, Peter: *The Paradox of Self-Amendment. A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*; op.cit., pág.31

³⁶³.SUBER, Peter: *Ibidem*, pág.40. Ver también ALARCON CABRERA, C.: *Normas y paradojas*; op.cit., pág.51 y ss.

³⁶⁴.NINO, C.S.: *Introducción al análisis del Derecho*; Ariel, Barcelona, 1983, pág.147

jurídicamente, por cuanto esa acción supone afectar su competencia legislativa establecida en la disposición de reforma.

Ross ejemplifica esta alternativa mediante una remisión histórica a un caso del orden jurídico danés: cuando en el siglo XIX se introdujeron los Estados Provinciales en Dinamarca se estableció una nueva constitución cuya validez podía ser remitida a la voluntad del monarca que la otorgó, por lo que éste sigue conservando el poder de revocarla. Pero esta nueva Constitución también puede ser vista como una finalización definitiva del absolutismo, en cuyo caso, su validez no derivaría del acto de monarca sino de un cambio psico-sociológico en la población danesa. En este caso, el cambio no sería resultado de un proceso jurídico³⁶⁵, sino extrajurídico.

En conclusión, según Ross la mera modificación formal de la disposición de reforma no tiene como resultado necesario el cambio legal de poder constituyente derivado (y de orden jurídico) dado que se trata de una clara vulneración de los principios de la lógica: una norma no puede autorizar su propio cambio que altere su forma original. Por razones lógicas, el traspaso jurídico de poder a través de la disposición de reforma es imposible. Sólo se entiende modificada materialmente la disposición de reforma cuando los tribunales y la población obedecen a un nuevo órgano (poder constituyente derivado), es decir, cuando se ha

³⁶⁵.La solución final que ofrecerá Ross a la paradoja es suponer la existencia de una norma básica continua e inmutable (N_0) que diría lo siguiente: "Obedeced la autoridad instituida por el art.88 hasta que esta autoridad designe un sucesor; entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente". En este caso, N_0 sería una norma continua e inmodificable que permitiría entender cualquier reforma del art. 88 como una creación válida. ROSS, Alf: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho Constitucional"; op.cit., pág.81.

producido un cambio en la ideología y en la aceptación de los ciudadanos y funcionarios del orden jurídico. El poder constituyente derivado no puede -por razones lógicas- modificar válidamente su propia regla que afecta su competencia, por ello, se trata de una institución jurídica continua.

B) Una versión modificada de la tesis de Ross

La cuestión que a continuación analizaré está relacionada con una serie de interpretaciones de las cláusulas de reforma constitucional similares a la idea de Ross. Ahora bien, estas interpretaciones no se limitan a reproducir los argumentos del jurista danés, sino que se apartan de ellos en algunos aspectos sustanciales. No obstante, comparten la misma conclusión: la disposición de reforma constitucional autorreferente es legalmente inmutable, por lo que cualquier reforma lleva aparejada una ruptura de la cadena de legalidad, o, en otras palabras, constituye la actuación de una autoridad preinstitucional suprema secundaria. Es necesario señalar que estos autores se apartan de Ross en el sentido de que apelan a cuestiones de índole política y jurídica, y no a cuestiones lógicas como hace el autor danés.

Según Pedro de Vega, la admisión de la reforma constitucional podría traer consecuencias jurídico-políticas (no lógicas) no deseadas por los constituyentes y plasmadas en la propia constitución. La idea central de P. de Vega es que la competencia otorgada al poder constituyente derivado para reformar la disposición de reforma es un poder emanado

de la Constitución y por esa razón es un poder limitado jurídicamente. Por ello, sería contraintuitivo pensar, desde un punto de vista jurídico y político, que el poder de reforma tenga capacidad para modificar el artículo de reforma constitucional. Si ese órgano pudiese realizar dicha acción, entonces dejaría de ser un poder limitado para convertirse en un poder ilimitado. Como tal podría cambiar totalmente la Constitución, derogar derechos fundamentales, la forma del Estado, etc. Para evitar esta consecuencia, de Vega opta por considerar las normas de reforma constitucional como

"... irreformables y auténticas cláusulas de intangibilidad, implícitas en la lógica del ordenamiento constitucional"³⁶⁶.

Así pues, aunque en principio pueda parecer paradójico hay una cierta similitud entre la revolución y el procedimiento de reforma constitucional en cuanto al resultado de ambos fenómenos, ya que producen una ruptura ilegal de la cadena de validez, esto es, la supresión no autorizada de una norma constitucional y su sustitución por otra.

Por su lado, J.J. Moreso interpreta que las disposiciones de reforma constitucional son reglas de competencia³⁶⁷. Estas disposiciones [RC] suelen tener esta forma:

[RC] Las disposiciones de esa constitución sólo pueden ser reformadas por el órgano O mediante el procedimiento P.

³⁶⁶ de VEGA, Pedro: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*; Tecnos, Madrid, 1985. Pág.277

³⁶⁷ Ver MORESO: "Disposiciones de reforma constitucional"; DOXA, 10, 1993., pág.201 y ss.

Este tipo de reglas habrían de ser interpretadas como *reservas de constitución*: el poder constituyente (autoridad jurídica suprema) originario que dicta RC delega únicamente en el órgano O (poder constituyente derivado) la competencia para reformar la constitución. Y a su vez prohíbe cualquier delegación de esta competencia a otro órgano.

Si el órgano competente (O) pudiera delegar su competencia estaría violando el propósito de la reserva: asegurar que determinadas materias sólo puedan ser reguladas por un determinado órgano y a través de un determinado procedimiento. En efecto, con esta competencia dada al poder constituyente derivado, el poder constituyente originario trata de evitar que posteriormente aquél pueda ceder dicha competencia a otros órganos, como por ejemplo al Gobierno.

Si la disposición de reforma constitucional pudiese ser modificada, el resultado sería que ahora se ha creado un nuevo órgano competente para modificar la nueva disposición de reforma constitucional. Este proceso podría expresarse de la siguiente manera:

Ley de Reforma Constitucional [LR]:

1. Queda derogado el artículo de reforma constitucional [RC];
2. El artículo de reforma constitucional [RC] es sustituido por el nuevo artículo de reforma [RC'] que establece: "Los artículos de esta constitución sólo pueden ser reformados por el órgano O' mediante el procedimiento P'''".