



ACERCA DE LAS PARADOJAS DEL DERECHO: UNA LECTURA AGAMBENIANA DE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE DECISIONISMO Y NORMATIVISMO

Pedro Cerutti¹

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es producir una lectura crítica del pensamiento jurídico decisionista de Carl Schmitt y normativista de Hans Kelsen para demostrar de qué manera ambos paradigmas están habitados por la paradójica relación que une al derecho y al estado de excepción. Para ello, en primer lugar, se recorre el pensamiento de Giorgio Agamben respecto del estado de excepción, destacando el modo en que reinterpreta los conceptos schmittianos. En una segunda instancia, se consideran, por un lado, la teoría decisionista Carl Schmitt a partir fundamentalmente del concepto de "poder constituyente" formulado en *Teoría de la Constitución* y, por otro, la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, considerada la máxima expresión de su intento de formalización del derecho. El trabajo concluye situando la especificidad de la propuesta agambeniana de abordaje de los debates propuestos a partir de la recuperación de la crítica que Walter Benjamin produce sobre la relación entre el derecho y la violencia en *Para un crítica de la violencia*.

Palabras clave: Decisionismo. Normativismo. Schmitt. Kelsen. Agamben.

ABOUT THE PARADOXES OF LAW: ONE READING AGAMBENIAN OF THE CONTRAPOSITION BETWEEN DECISIVENESS AND NORMATIVISM

ABSTRACT: This paper aims to produce a critical interpretation of the decisionist juridical thinking of Carl Schmitt and the normativist of Hans Kelsen to demonstrate how both paradigms are inhabited by the paradoxical relationship that connects Law and state of exception. To do this, in the first instance Giorgio Agamben's thinking about the state of exception is addressed, highlighting how reinterprets schmittian concepts. In a second instance, are considered, first, the decisionist theory of Schmitt, primarily from the concept of "constituent power" formulated in *Constitutional Theory*, and, on the other, Kelsen's *The Pure Theory of Law*, regarded as the ultimate expression of his attempt to formalize the Law. The paper concludes by placing the specificity of the agambenian approach based on the recovery of Walter

¹Doctor en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigador Asistente, Concejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Investigador-Docente, Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG)/Facultad de Ciencias Sociales (FSOC), Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigador, Centro de Estudios en Historia, Cultura y Memoria (CEHCMe), Universidad Nacional de Quilmes (UNQ). Coordinador, Área Memoria, Cultura y Derechos Humanos, Carrera de Ciencias de la Comunicación, FSOC, UBA. E-mail: pcerruti@sociales.uba.ar

Benjamin's critique of the relationship between Law and violence in his *Critique of Violence*.

Key words: Decisionism. Normativism. Schmitt. Kelsen. Agamben.

INTRODUCCIÓN

“Es posible que existan dos tipos de métodos científico jurídicos que puedan determinarse por la medida en que tienen conciencia de la peculiaridad normativa de la decisión jurídica”, afirmaba Carl Schmitt en su *Teología política* (SCHMITT, 2002a, p. 41) y establecía con ello las bases de toda una tradición hermenéutica del saber jurídico moderno organizada en torno a la oposición entre el “decisionismo”, término con el que él mismo se identificaba, y el “normativismo”, del cual el jurista austriaco Hans Kelsen devendría la figura emblemática. Se trata de dos pensadores y dos paradigmas que, además, han sido valorados diferencialmente desde el punto de vista de su implicación en los regímenes políticos que han tensado nuestra historia reciente. Desde este punto de vista, Schmitt constituye el máximo exponente del realismo político y de un pensamiento que privilegia el poder sobre el derecho; mientras que Kelsen, en la otra orilla, ha sido considerado el pensador último de la formalización del derecho como instancia autónoma y de la sumisión del poder político al mismo. Mientras que el primero es visto como un antimoderno y antiliberal, así como legitimador de las formas políticas vinculadas con la autocracia y la dictadura; el segundo es un representante paradigmático del pensamiento ilustrado que culmina en la democracia representativa, el estado de derecho y el liberalismo². Dos perspectivas que encuentran su expresión característica en la contraposición entre los conceptos de “decisión soberana” del jurista alemán y “norma fundamental” del austriaco³, que a su vez los colocan en dos linajes opuestos que, en lo que respecta al pensamiento filosófico-político moderno, conducen el primero al

² Al respecto, véase Córdova Vianello, 2010; Herrera, 1998; Restrepo Ramos, 2013; Curcó Cobos, 2013; Nieto, 2009; Berkmanas, 2010; Diner and Stolleis, 1999; Dyzenhaus, 1999; Pinelli, 2010; Suganami, 2007.

³ Según la expresión de Norberto Bobbio, “la norma fundamental tiene la función de cerrar un sistema fundado en la primacía del derecho sobre el poder; la soberanía tiene la función de cerrar el sistema fundado sobre la primacía del poder sobre el derecho” (citado en CÓRDOVA VIANELLO, 2006, p. 50).

pensamiento absolutista de Thomas Hobbes y el segundo al idealismo trascendental de Immanuel Kant.

Forma parte de esta tradición, evidentemente, el hecho de que las obras de cada uno de esos pensadores se haya elaborado, en parte, a partir de las contraposiciones y debates mantenidos entre ellos mismos a lo largo de su trayectoria y que adquirieron su forma más explícita en ocasión de la polémica en torno a la “defensa de la Constitución”. La cuestión, que expresaba antinomias recurrentes en la historia del pensamiento jurídico-político moderno, emergía en un momento clave, ya que la discusión formaba parte de los eventos políticos de la Alemania de entreguerras que ya en plena degradación de la República de Weimar conducirían a la consolidación del Nacionalsocialismo siguiendo las formas jurídico-políticas delineadas por Schmitt, según las cuales justamente el *Führer* emergía como el guardián de la Constitución⁴.

Es justamente a comienzos de la primera posguerra y en el contexto de fundación de la República de Weimar y de la Primera República austríaca –de cuyo proyecto de Constitución, sancionado en 1920, Kelsen fue uno de los redactores–, así como de ascenso de la socialdemocracia y de una elevada conflictividad sociopolítica, que se reinstala en el primer plano de la reflexión jurídica y política el problema del origen y el fundamento del ordenamiento legal, y con ello toda una serie de interrogantes que acarrea al paradigma del Estado de derecho la paradójica relación entre soberanía y legalidad⁵. Los aspectos de los pensamientos de Schmitt y de Kelsen que se considerarán en este trabajo –como así también de Walter

⁴ En *La defensa de la Constitución*, de 1931, Schmitt contrapone a la propuesta de Kelsen –planteada dos años antes en *La garantía jurisdiccional de la Constitución*– respecto de la necesidad de la existencia de un tribunal específico encargado de controlar que la legislación y la creación de nuevas normas respeten los contenidos y procedimientos establecidos constitucionalmente, la idea de que es el jefe de Estado quien debe operar como el garante de la Constitución siguiendo el paradigma de la monarquía constitucional. Ese mismo año, Kelsen publica *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* en el que crítica las ideas schmittianas para volver a sostener su postura (SCHMITT; KELSEN, 2008). Al respecto véase, Córdova Vianello, 2006.

⁵ Paradoja que puede formularse en estos términos: “si la soberanía es esta fuerza coercitiva que activa la ley –la autoridad suprema e independiente de donde se origina la norma jurídica en cuanto acto de voluntad del soberano–, se sigue que una autoridad soberana limitada por un deber jurídico superior haría de este deber jurídico un poder situado por encima de ella; en tal caso y por definición, dicha autoridad sería soberana y no soberana a la vez. De modo que el poder supremo limitado por el derecho sería una *contradictio in terminis*. La idea de Estado soberano que crea el orden jurídico para luego verse sometido a él, convirtiéndose de ese modo tanto en origen como en destinatario del derecho, en persona jurídica y en sujeto de deberes y facultades, devendría un absurdo” (CURCÓ COBOS, 2013, p. 86).

Benjamin, que incorporaremos a la discusión en la reflexión conclusiva— forman parte de este escenario. Schmitt y Kelsen se han transformado, así, en los exponentes característicos de dos posturas conceptuales y políticas que han cristalizado en torno a la dicotomía planteada entre “decisionismo” y “normativismo”, contraposición que en la tradición de lectura más difundida conducen a aquella que distingue entre dictadura y democracia.

El objetivo de este trabajo es problematizar este paradigma dicotómico a partir de su relectura desde el pensamiento del filósofo italiano Giorgio Agamben, quien ha producido un abordaje de estos problemas que tiene como uno de sus fundamentos la deconstrucción de estas polaridades, cuestión considerada imprescindible no solo para comprender fenómenos como el nazismo sino también para entender, en sus palabras, “la decadencia de la democracia moderna y su progresiva convergencia con los Estados totalitarios en las sociedades posdemocráticas y ‘espectaculares’” (AGAMBEN, 2003, p. 20). En el trayecto de su trabajo ha sido de fundamental importancia la interpretación del pensamiento de Schmitt y la producción de una nueva consideración de su paradigma del estado de excepción, repensado a partir de la lectura de ese otro interlocutor del jurista alemán, Walter Benjamin, y del debate entre ambos a propósito de los problemas planteados⁶.

En el caso de este trabajo, se busca deconstruir la contraposición estanca entre el decisionismo de Schmitt, cuya obra constituye uno de los pilares del trabajo de Agamben, y el “normativismo” de Hans Kelsen, no abordado directamente por el filósofo italiano, para demostrar de qué manera ambas perspectivas están atravesadas por las aporías que genera al discurso jurídico la paradójica relación que une al derecho y al estado de excepción, toda vez que este último se revela como instancia necesaria para garantizar el funcionamiento y la eficacia del primero.

Para ello, en un primer apartado nos detendremos en una reconstrucción del modo en que Agamben sitúa el papel del estado de excepción como matriz jurídico-política fundacional a partir de la lectura que realiza de Schmitt, particularmente de su *Teología política* y del *Nomos de la tierra*. Luego, abordaremos el aspecto “decisionista” de la teoría de Schmitt, considerando fundamentalmente el concepto de “poder constituyente” tal y como este es formulado en *Teoría de la Constitución*,

⁶ Al respecto, véase especialmente el capítulo “Gigantomaquía en torno a un vacío” en Agamben, 2004, p. 103 y ss.

su gran tratado sobre el Estado constitucional publicado en 1928. Este pasaje es necesario para poder releer, luego, *Teoría pura del derecho* de Kelsen, del año 1934, valorado como la máxima expresión de su pensamiento normativista, y reflexionar sobre el modo en que la paradójica relación entre norma y decisión reaparecen allí casi a modo de un *fantasma* que acecha lo que se presenta, en primera instancia, como una teoría puramente formal. Esta lectura se desplegará en un primer apartado en el que se analizará el modo en que Kelsen da cuenta de dicha relación tanto en el plano de la fundación del derecho como de su aplicación; y en una segunda sección centrada en el modo en que estas aporías se presentan en el problemático concepto de “fuerza de ley”, que será también la ocasión para retomar el pensamiento de Agamben y su discusión con Schmitt. En el apartado conclusivo, se situará la especificidad de la propuesta agambeniana de lectura y reinterpretación de los debates propuestos a partir de la recuperación de la crítica que Walter Benjamin produce de la relación entre el derecho y la violencia en *Para un crítica de la violencia*.

GIORGIO AGAMBEN: DERECHO Y ESTADO DE EXCEPCIÓN

Sabemos que, a partir de su lectura de la obra de Schmitt, Agamben reconduce la matriz teológica, política y jurídica originaria al estado de excepción, y por lo tanto al problema de la soberanía en tanto que, según la clásica formulación del jurista alemán, el soberano es justamente quien *decide* sobre el estado de excepción. Su perspectiva apunta a situar justamente ese umbral paradójico que separa y une a la vez la *physis* y el *nomos*, el hecho y el derecho, y del lo cual se desprenden múltiples interrogantes: cuál es el estatuto de la norma en ese umbral y cómo conceptualizar su relación con los hechos; qué lugar ocupa aquel que ejerce el poder de instituir la norma y qué lugar le toca a aquello que es sometido a ella, particularmente la vida; y, cuál es el destino de los elementos que componen esta matriz originaria una vez que la norma ha sido puesta en vigencia. El problema es complejo ya que no existe una relación inmediata entre ambos espacios o, como diría Schmitt, “toda norma requiere que las condiciones de vida a las cuales ha de ser aplicada efectivamente [...] tengan una configuración normal. La norma exige un medio homogéneo” (SCHMITT, 2002a, p. 31), es decir, debe imponerse primero un

ordenamiento de los hechos para que la norma pueda entrar en vigencia. En palabras de Agamben, “el derecho tiene carácter normativo, es ‘norma’ [...] no porque ordene y prescriba, sino en cuanto debe, sobre todo, crear el ámbito de la propia referencia en la vida real, normalizarla” (AGAMBEN, 2003, p. 40). Por eso, el paradigma aquí es el del estado de excepción que en la tradición jurídico-política designa justamente ese momento en el cual atendiendo a una situación excepcional, de necesidad o emergencia, se ponen en suspenso las garantías de la Constitución, dejando el campo abierto para el accionar que permita normalizar la situación y crear nuevamente el estado de hechos que posibilite la continuación de su vigencia.

Podemos decir, entonces, que en el momento de su institución la norma se aplica a los hechos poniéndose en suspenso y quien detenta el poder de instituirlo, el soberano, en la medida en que actúa en una situación de excepción, se encuentra al mismo tiempo adentro y afuera del orden jurídico: adentro porque lo instituye creando bajo su referencia las condiciones de su vigencia, afuera porque al hacerlo no está sujeto por esas normas ya que justamente se encuentran suspendidas. En palabras de Schmitt, “cae, pues fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él” (SCHMITT, 2005, p. 25). Para ser más precisos en términos lógicos, o más bien topológicos, aquel que decide la puesta en vigencia del ordenamiento jurídico ocupa él mismo una posición excepcional⁷: está incluido en él bajo la forma de su exclusión.

De esta forma, el estado de excepción constituye un umbral de indistinción entre *physis* y *nomos*, y lo que está en juego en la decisión soberana no es la distinción entre lo lícito y lo ilícito, sino la posibilidad de establecer una relación entre el derecho y el hecho, es decir, la originaria implicación de la vida en el derecho. Así,

en la excepción soberana se trata, en efecto, no tanto de neutralizar o controlar un exceso, sino, sobre todo, de crear o definir el espacio mismo en que el orden jurídico-político puede tener valor. La excepción es, en este sentido, la localización (*Ortung*) fundamental, que no se limita a distinguir lo que está adentro y lo que está afuera, la situación normal y el caos, sino que establece entre ellos un umbral (el estado de excepción) a partir del cual lo interior y lo exterior entran en esas complejas relaciones topológicas que hacen posible la validez del ordenamiento (AGAMBEN, 2003, p. 32).

⁷ Agamben sintetiza la topología implicada de la siguiente manera: “la excepción es lo que no puede ser incluido en el todo al que pertenece y que no puede pertenecer al conjunto en el que está ya siempre incluida” (Agamben, 2003, p. 39).

Recuperando los términos en los cuales es formulado el problema en el *Nomos de la tierra* de Schmitt, Agamben puede sostener que no hay ordenamiento (*Ordnung*) sin una localización o asentamiento (*Ortung*). El acto fundacional de todo el ordenamiento jurídico-político coincide con la apropiación y partición de la tierra. Ahora bien, la distinción fundamental aquí es la que establece el adentro y el afuera: “hacia dentro, es decir dentro del grupo que ocupa la tierra, se establece, con la primera división y distribución del suelo, la primera ordenación de todas las condiciones de posición y propiedad”, y “en el aspecto externo, el grupo que ocupa una tierra se enfrenta con otros grupos o potencias que toman o poseen una tierra” (SCHMITT, 2005, p. 25). Sin embargo, aquí también Agamben introduce una lógica más compleja. Es cierto que la decisión soberana sobre el estado de excepción como matriz originaria es el principio de localización jurídica y de la distinción entre un adentro y un afuera. Pero al mismo tiempo ella misma no es ubicable, no pertenece a ninguno de los dos espacios, ya que procede produciendo una zona de indistinción donde más que determinar el modo en que se relacionan el ordenamiento y la localización, es decir, qué es lo que queda adentro y qué afuera, se decide sobre el establecimiento de la relación misma. De esta manera,

el estado de excepción es, pues, el principio de toda localización jurídica, porque solamente él abre el espacio en que la fijación de un cierto ordenamiento y de un determinado territorio se hace posible por primera vez. Pero como tal, el orden jurídico mismo es esencialmente ilocalizable (AGAMBEN, 2003, p. 32).

Por otro lado, dado que en el estado de excepción la ley coincide con la anómica voluntad del soberano, este se constituye en una “ley viviente”, razón por la cual la figura helénica del *nómos émpsychos* da la cifra del paradójico fundamento del derecho. Como dirá Agamben:

En la medida en que se identifica con la ley, el rey se mantiene en relación con ella y se pone como anómico fundamento del orden jurídico. [...] El *nómos émpsychos* [la ‘ley viviente’] es la forma originaria del nexo que el estado de excepción establece entre un afuera y un adentro de la ley y, en este sentido, constituye un arquetipo de la teoría moderna de la soberanía (AGAMBEN, 2004, p. 130).

CARL SCHMITT: DECISIÓN SOBERANA Y PODER CONSTITUYENTE

Con esta base hermenéutica es posible ahora abordar la *Teoría de la Constitución* de Schmitt, un texto ambicioso que es definido por su autor como “el intento de un sistema” que le otorgue a la teoría constitucional un estatuto disciplinar propio, y en cuyo marco somete a la noción de Estado constitucional a una examinación crítica en la cual prácticamente todos los tópicos de la reflexión jurídica y política son transitados. Justamente uno de los interlocutores con los cuales Schmitt mantiene un diálogo polémico en ese recorrido es Kelsen, por el modo en que el austríaco

presenta también el Estado como un sistema y una unidad de normas jurídicas, naturalmente sin el menor intento de esclarecer el principio objetivo y lógico de esta «unidad» y este «sistema» y sin explicar cómo ocurre y por qué necesidad sucede que las muchas prescripciones legales positivas de un Estado y las distintas normas legal-constitucionales formen un tal «sistema» o una «unidad» (SCHMITT, 1982, p. 34).

En oposición, el jurista alemán sostendrá que el Estado, en tanto unidad política fundamental, tiene su origen en la decisión unilateral de quien es el sujeto del poder constituyente. Precisamente, el capítulo intitulado “Poder constituyente”, concepto sobre el cual nos interesa detenernos aquí, se inicia con una definición que es explícita respecto de los problemas en cuestión:

El poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional (SCHMITT, 1982, p. 93-94).

Es la decisión la que le otorga a todo el orden jurídico-normativo posterior su validez, pero como tal es cualitativamente distinta a él, ya que en sí misma no se encuentra sujeta a los procedimientos y formas jurídicas. Por ello dirá Schmitt, retomando obviamente la teoría de la soberanía de Hobbes⁸, “el Poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta

⁸ Sobre el modo en que Schmitt lee a Hobbes, quien –según afirma en *Teología política*– constituía para él “el representante clásico del tipo ‘decisionista’”, véase específicamente Schmitt, 2002b.

propiedad inalienable, está «siempre en estado de naturaleza» (Schmitt, 1982, p. 97). En los términos utilizados en su *Teología política*, “el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma” (SCHMITT, 2002a, p. 27).

Lo que nos interesa destacar aquí sobre todo es no solamente que el poder constituyente es la clave de la institución de esa unidad política, es decir, de la Constitución, sino que no se agota en esa fundación y subsiste “al lado y por encima” de ella:

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 (SCHMITT, 1982, p. 95).

En este sentido, “todo caso imprevisto”, “conflicto constitucional”, o “laguna” en cuya definición se ponga en juego la unidad política es decidido por el poder constituyente. La lógica es la misma la que la del estado de excepción, cuya decisión es el “atributo más genuino de la soberanía” (SCHMITT, 2002a, p. 27), en el cual se suspenden las leyes constitucionales para defender la Constitución. En otras palabras, la decisión política fundamental, la sustancia de la Constitución, no solo persiste sino que se muestra plenamente cuando ha cesado la vigencia del orden legal o cuando se debe dar respuesta a situaciones no contempladas en el texto normativo.

Y, como le interesa destacar particularmente a Schmitt, el poder constituyente y la instancia de la decisión soberana subsiste aun en los casos en que sea característico de la unidad que funda el intentar erradicarlo, tal como sucede en el caso del Estado moderno de derecho, el cual pretende subsumir plenamente y “sin residuos” toda la actividad del Estado y todo ejercicio de poder en el orden legal normativo, dejando en las sombras justamente la cuestión. Dirá Schmitt:

El problema del poder constituyente no puede resolverse ni desde el punto de vista teórico, ni desde el práctico, con los principios y conceptos de una simple situación del Estado de Derecho. Por ello suele ser, o sencillamente ignorado, u oscurecido en una mezcla de ideas liberales y democráticas, y en abstracciones tales como 'soberanía de la justicia' o 'soberanía de la Constitución' (SCHMITT, 1982, p. 205).

En este contexto, las decisiones políticas fundamentales, que por supuesto no dejan de existir pues son inevitables, devienen en la práctica "actos apócrifos de soberanía", es decir que "autoridades o cargos del Estado, sin ser soberanos, realicen actos de soberanía ocasionalmente y bajo tolerancia tácita" (SCHMITT, 1982, p. 20). En otras palabras:

El ideal del Estado de Derecho trata de encerrar todas las posibilidades de actuación estatal, sin residuo, en un sistema de normaciones, limitando así el Estado. En la realidad práctica, sin embargo, da lugar a que se desenvuelva un sistema de actos apócrifos de soberanía. Si esta práctica es generalmente reconocida hoy en todos los casos de Estado burgués de Derecho, esto no se debe a una regulación legal-constitucional consciente, sino a que, frente al concepto de Ley propio del Estado de Derecho, se revela más fuerte un concepto político de Ley (SCHMITT, 1982, p. 158).

La operación esencial que en este contexto realizará Schmitt es la de mantener el elemento de la decisión articulado de alguna manera al de la norma, subsumiendo ambos a un concepto de Ley que se desdobra en dos facetas distintas pero que se encuentran presentes en toda Constitución moderna. De un modo similar, la noción de "orden" funciona, por ejemplo en *Teología política*, como concepto que permite anclar la decisión soberana al derecho, ya que aún "el estado de excepción es siempre algo bien diferente de la anarquía y del caos y, en sentido jurídico, en él existe un orden, aun cuando no sea un orden jurídico" (SCHMITT, 2002a, p. 30). Cuestión que, como mencionaremos más adelante, está involucrada también en el modo en que Schmitt propone considerar el paradigma de la dictadura.

En el caso de *Teoría de la constitución*, uno de los modos en que Schmitt garantiza la paradójica articulación entre la dimensión política, es decir, aquella correspondiente a la decisión soberana, y el universo formal de la normatividad, es a través de una particular escisión al interior de la noción de "Ley". Dicha operación consiste en distinguir, por un lado, un concepto jurídico, donde la ley es norma, es regulación jurídica general; y, por otro, uno político, donde la ley es voluntad y

mandato concretos, es un acto de soberanía (SCHMITT, 1982, p. 155). Sin embargo, es fundamental no hay que olvidar que ambos se mantienen siempre vinculados:

Jurídicamente, es decir, para la Ciencia jurídica, y sobre todo para una Teoría de la Constitución, ambos conceptos de Ley son objeto en igual medida de la consideración científica. Ambos corresponden a una Constitución moderna, porque no hay ninguna Constitución moderna sin esos dos distintos elementos –la parte política y la que es típica del Estado de Derecho– con que se corresponde el dualismo de los dos conceptos de Ley (SCHMITT, 1982, p. 155).

Que el estado de Derecho solo contemple el concepto jurídico de ley no ha evitado que el concepto político se revele como más fuerte toda vez que en la realidad práctica los actos apócrifos de soberanía han devenido, como advierte Schmitt, una actividad regular (SCHMITT, 1982, p. 158).

HANS KELSEN: LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Habiendo transitado el pensamiento decisionista de Schmitt, nos interesa a continuación rastrear el modo en que su contraparte normativista, Hans Kelsen, se encuentra con las mismas aporías, y considerar el modo en que da cuenta de ellas en su clásico *Teoría pura del derecho*, en el cual el jurista austriaco lleva hasta sus últimas instancias una perspectiva de formalización del derecho que evidencia de manera paradigmática el modo en que su pensamiento profundiza en este campo ese modelo de racionalidad moderno ilustrado que adquiere su máxima expresión en el pensamiento de Immanuel Kant, y en cuya estela ha sido considerado⁹.

Para Kelsen lo que en última instancia constituye la “fuente común de validez” del orden jurídico, y le da una unidad, es una única norma que denomina “norma fundamental” (KELSEN, 2005, p. 111). Efectivamente, siguiendo una lógica argumental kantiana, la existencia del derecho se reconduce a un supuesto trascendental que permite explicarlo. En este sentido, la norma fundamental “tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede

⁹ Sobre la consideración de Kelsen como neokantiano, véase Poulson, 2003.

derivarse ya de nada anterior, ni puede volver a cuestionarse su fundamento” (KELSEN, 2005, p. 111).

Ahora bien, al considerar el origen de dicha norma, y por lo tanto el fundamento del orden jurídico como un todo, Kelsen se encuentra directamente con un problema:

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución [...] podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas (KELSEN, 2005, p. 113).

Frente a ello, Kelsen insiste en considerar que la norma fundamental es, en realidad, una hipótesis necesaria¹⁰, una suposición que permite darle coherencia al orden jurídico, una coherencia de la que –podemos decir– carece:

al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es ‘puesta’ sino ‘supuesta’. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida (KELSEN, 2005, p. 113).

¹⁰ En este punto se evidencia el modo en que Kelsen retoma un problema planteado ya por Immanuel Kant. En el apartado dedicado al “Derecho político” de *Teoría y Práctica* (Madrid: Tecnos, 1986, p. 25 y ss.), el filósofo alemán reflexiona sobre la idea de un “contrato originario” como “el único sobre el que se puede fundar entre los hombres una constitución civil, legítima para todos sin excepción, el único sobre el que se puede erigir una comunidad”. Sin embargo, repara inmediatamente en que ese contrato no se da de “hecho” sino que “se trata de una mera idea de la razón” que tiene “una indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo [...] allí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública”. Es interesante destacar las conclusiones que Kant extrae de esto. Dado que el contrato –que, cabe mencionar, une al pueblo con el soberano– no existe realmente, el pueblo no puede rescindirle; y aunque existiera, en la medida en que el pueblo se constituye como comunidad solamente gracias a él, no puede por lo tanto destituirlo. De ahí se deriva que “no le queda más remedio que obedecer” ya que “el poder que en el Estado da efectividad a la Ley no admite resistencia (es irresistible)”. El fin último es asegurar el estado de derecho, como único modo de evitar el retorno a “un estado de absoluta ausencia de ley (*status naturalis*)”, y eso solo se logra garantizando la infalibilidad de la idea del contrato originario. El contrato que funda la comunidad civil se sostiene en el derecho, es decir, en la incondicionada sumisión de los hombres a “*leyes coactivas públicas*, mediante las cuales se puede atribuir a cada uno lo que es suyo y garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro”. Resaltemos finalmente que el soberano o el “jefe de Estado” es el único que escapa al mismo, ya que al ser la voluntad legisladora y la garantía de la efectividad de la Ley no puede estar permitido a ningún súbdito oponérsele sin que ello destruya la comunidad. Sin embargo, dirá Kant diferenciándose de Hobbes (recordemos que el apartado se subtitula “contra Hobbes”), existe un vínculo que une al Jefe de Estado con su pueblo y reside en el derecho de este último a manifestar sus opiniones cuando considere que el primero se equivoca, siempre y cuando no se le resista ni se atente contra la obediencia de la Ley.

El eje de esta ficción reside justamente en el supuesto carácter normativo de la “voluntad del primer constituyente”. Es decir que, a pesar de su evidente exterioridad con respecto a los procedimientos jurídicos, esta “debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo” (KELSEN, 2005, p. 113). Y desde este punto de partida, Kelsen puede definir el contenido de dicha norma: “todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente” (KELSEN, 2005, p. 113).

De este modo, en la estructura piramidal del derecho, donde la norma inferior extrae validez de la superior, la norma fundamental queda ubicada en el límite donde no es posible distinguir entre el afuera y el adentro del orden jurídico. Pero el supuesto de que posee un carácter normativo y que pertenece plenamente al ordenamiento jurídico al que da fundamento obtura la paradoja que habita en ese umbral.

Pero ello no implica que el problema desaparezca. Lo encontramos en todas aquellas circunstancias en las que la autoridad administrativa es autorizada a reemplazar al parlamento en su función de dictar las normas, como sucede por ejemplo –pero no solamente– en “ciertas circunstancias excepcionales”. En estos casos, “las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplantán una ley. En este último caso se dice que tienen ‘fuerza de ley’” (KELSEN, 2005, p. 120). Tienen “fuerza de ley” pero no son leyes ya que carecen de su carácter formal de norma general creada conforme a la ley, es decir, de la “forma de la ley”.

Más complejo es el análisis que hace Kelsen de la *iuris dictio*. El acto de “decir el derecho”, en efecto, no tiene un carácter meramente ‘declarativo’, en el sentido de que “el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia”. Por el contrario, posee un carácter ‘constitutivo’: “es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced de ella [la jurisdicción] se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción” (KELSEN, 2005, p. 121).

El problema aquí es el de la “interpretación” de la norma. Kelsen advierte que las diferentes significaciones posibles de una misma norma, debidas inclusive al carácter equívoco de las palabras, imponen la necesidad de la “interpretación”. Pero “la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias

posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor” (KELSEN, 2005, p. 132). Lo cual introduce en el seno del funcionamiento del derecho un elemento ajeno desde el punto de vista normativo: la voluntad. Por ello, dirá Kelsen, “esta decisión es un acto de voluntad”, si bien aclara que “incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva” (KELSEN, 2005, p. 133). De esta manera, llegamos nuevamente a que “el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza-de-ley” (KELSEN, 2005, p. 133).

Por supuesto que uno de los sitios donde Kelsen también constata el problema, pero con mayor evidencia, es en las llamadas “lagunas del derecho”. Estas suelen caracterizarse como vacíos al interior del ordenamiento jurídico o imposibilidades lógicas para aplicar las leyes. Sin embargo, para Kelsen se reducen a aquellas situaciones en las que el juez se encuentra autorizado por el legislador para actuar en su lugar, es decir, se le otorga la “libertad” para tomar una decisión haciendo “abstracción de la ley”, poniendo en suspenso los mecanismos habituales de regulación por una norma superior (KELSEN, 2005, p. 137). A pesar de los riesgos que esta situación comporta, y que él mismo reconoce, Kelsen constata la necesidad del procedimiento:

un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio (KELSEN, 2005, p. 137).

Como se puede apreciar nos encontramos nuevamente con la presión de las “circunstancias excepcionales”. Así, “no tiene [el legislador], pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral” (KELSEN, 2005, p. 137).

De esta manera, la teoría de las “lagunas del derecho” cumple una importante “función ideológica”: “se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley” (KELSEN, 2005, p. 137). Y con ello se da una formulación de la autorización de hacer abstracción de la ley que oculta los “plenos poderes” que ella comporta.

LEY Y FUERZA DE LEY

Como vemos en Kelsen la cuestión parece centrarse en la “tensión entre la norma y el hecho” presente en toda interrogación sobre la aplicación del derecho, es decir, sobre el pasaje de la generalidad de la forma de la ley a la particularidad de los casos. Lo que está en juego aquí es para Kelsen la relación entre la *validez* y la *eficacia* de un orden jurídico, donde la primera no se define solamente por la legalidad (de la norma al haber sido creada conforme a un procedimiento legal), sino que depende también de la segunda. Pero rápidamente la cuestión se resuelve separando el problema en dos campos que mantienen una relación de exterioridad entre ellos cuando afirma que “la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza”, el derecho no se confunde con ella pero la necesita, por eso “consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza” (KELSEN, 2005, p. 116).

Como quiera que sea, es clara la dificultad que acarrea la existencia de dos estados de la ley: por un lado, la forma de la ley, su esencia formal, que en su necesaria generalidad prescinde de la particularidad de los casos individuales; y, por otro lado, su aplicabilidad, su puesta en acto para referirse a un caso concreto. Los diferentes casos mencionados por Kelsen, tanto el juez autorizado a legislar o el reemplazo de la instancia legislativa por la autoridad administrativa, pero sobre todo y sencillamente la necesaria interpretación de la ley, implican una relación entre la *potencia* y el *acto* que no es de ningún modo inmediata. En todos los casos se pone en juego, en los términos de Kelsen, un “acto creador de derecho”, creador de una nueva norma. Su “carácter constitutivo” está dado porque, al igual que la “voluntad del primer constituyente”, no está sujeto a una norma superior que lo determine, por lo menos no totalmente. Supone entonces una operatoria que, en otros términos, hace difícil la distinción entre “poder constituyente”, que funda el derecho pero que – en palabras de Schmitt– permanece en el “estado de naturaleza”, y “poder constituido”, aquel que es ejercido con la finalidad de aplicar las normas respetando las formas y procedimientos legales.

La aplicación supone una indistinción entre los dos estados de la ley mencionados: mantiene la referencia a la forma de la ley pero la suspende ya que da una interpretación de ella que tiene fuerza de ley pero que no está determinada por

la misma. El paradójico concepto de “fuerza de ley” habla justamente de la confusión que ocasiona a la teoría jurídica la relación entre la norma y ese *otro* elemento, llámese “voluntad”, “fuerza”, “poder”, “decisión”, del cual esta obtiene la fuerza que garantiza la eficacia de su aplicación al precio de ponerse en suspenso. Y esta es la razón por la cual Agamben propone escribirlo tachando la palabra ley: *fuerza-de-ley*.

Por lo tanto, la misma puesta en acto del derecho supone ese umbral en donde entran en una paradójica indistinción las principales cesuras que – independientemente de cómo se teoricen las relaciones entre los campos que ellas separan– mantienen en funcionamiento al dispositivo jurídico. En otras palabras, para aplicar la norma se debe producir una excepción. De esta forma, el problemático estatuto de la “aplicación” proviene de que presupone la lógica del estado de excepción, es decir, “la apertura de un espacio en el cual la aplicación y la norma exhiben su separación y una pura fuerza-de-ley actúa (esto es, aplica des-aplicando) una norma cuya aplicación ha sido suspendida” (AGAMBEN, 2004, p. 83).

Ahora bien, situar la excepción a este nivel permite reubicar el concepto en relación con lecturas que tienden a superponerlo con otras figuras con las cuales puede vincularse pero con las que no se confunde. Una de ellas es la de los “plenos poderes”, expresión que busca describir la atribución a la autoridad ejecutiva de la capacidad de emanar decretos que tienen fuerza de ley, pero que hemos visto es utilizada por Kelsen para referirse a la autorización de que el juez actúe como legislador en las lagunas del derecho. También está presente la idea de la plenitud del poder en el concepto de “poder constituyente” toda vez que Schmitt insiste en su carácter “unitario e indivisible” (SCHMITT, 1982, p. 95) y en su intento de subordinar el estado de excepción a la teoría de la soberanía y subsumirlo en la prestigiosa figura de la Dictadura romana (SCHMITT, 1985, p. 33 y ss.). Pero como dirá Agamben, la idea del retorno a un estado original pleromático es un “mitologéma jurídico” y, por el contrario, “el estado de excepción constituye antes bien un estado kenomático, un vacío de derecho” (AGAMBEN, 2004, p. 30).

Por todo ello, especialmente para corregir la interpretación del estado de excepción según el modelo dictatorial, Agamben recurre a otro instituto del Derecho romano para situar su paradigma: el *Institium*. En este caso, frente al *tumultus* (estado de emergencia producto de una guerra externa, civil o insurrección) y a

través de la emisión por parte del Senado de un *senatus consultum ultimum*, el procedimiento consistía en producir una suspensión o una interrupción total del orden jurídico habilitando a cualquier ciudadano a que tomara las medidas necesarias para defender la República. Por lo tanto, se trata de un instituto que procede únicamente mediante la creación de un vacío jurídico. En las palabras de Adolphe Nissen, citadas por Agamben, “todas las prescripciones jurídicas son puestas fuera de juego. Ningún ciudadano romano, ya se trate de un magistrado o un particular, tiene ora poderes o deberes” (AGAMBEN, 2004, p. 91). Por esta razón,

el *senatus consultum ultimum* no tiene un contenido positivo: se limita a expresar un consejo [...] que deja enteramente librado al magistrado, o a quien esté en su lugar, para actuar como crea conveniente y en última instancia, no actuar de ningún modo. Aquel que actúa durante el *institium* [...] no ejecuta ni trasgrede el derecho, sino que lo *inejecuta* (AGAMBEN, 2004, p. 99).

De esta manera, el estado de excepción no se confunde entonces con la dictadura, es más bien un estado del derecho en el que todas sus determinaciones son suspendidas, y que por lo tanto coincide con un vacío de derecho. Pero es un estado del que el derecho no puede deshacerse pues constituye la condición de posibilidad de su funcionamiento.

A MODO DE CIERRE: UNA LECTURA BENJAMINIANA

El recorrido de las propuestas de Agamben y su teoría del estado excepción han permitido realizar una lectura del pensamiento decisionista de Schmitt tal y como este se plasma en su *Teoría de la constitución*, especialmente en la noción de poder constituyente, y a partir de ello someter la *Teoría pura del derecho* de Kelsen a una interpretación crítica que ha permitido mostrar de qué manera, aun en su formalización normativista, todo orden jurídico, bajo la estructura de una banda de Moebius, conserva en su interior como su núcleo más íntimo y razón de su eficacia un poder cuya exclusión es justamente lo que permite su existencia. En efecto, el problema de la relación entre la violencia y el derecho, la excepción y la norma, la fuerza y la ley, no se limita al origen del derecho sino que forma parte de la lógica misma de su funcionamiento. La lectura agambeniana permite desentrañar de qué

manera el concepto de estado de excepción ha sido el modo en que el estado de derecho integra la anomia, necesaria para sus fines, dándole una –siempre precaria y en el fondo imposible– regulación legal. Esa es, dirá Agamben, la importancia estratégica fundamental que tiene para el derecho el poder apropiarse de alguna manera de este estado anómico, de asegurarse algún tipo de relación con él, tal como lo han intentado las propuestas de sesgo político opuesto de Schmitt y Kelsen, el primero inscribiéndolo en el orden jurídico como su garante, el segundo vaciándolo de todo lo que no sea formalizable como norma.

El derecho es así definido como aquello que retiene el catastrófico despliegue de la anomia, de la violencia extrajurídica, sosteniendo y reforzando la soberanía de las Leyes. Planteado de esta manera, se cae inevitablemente en un paradigma conservador que en Schmitt reconduce a la lectura “positiva” de la noción teológico-política de *katéchon*¹¹ y que implica la justificación del poder instituido, ya que en la oposición planteada entre anomia y derecho, es el recurso al segundo lo que impide el despliegue de la primera, pero al mismo tiempo es la primera el fundamento del segundo. El estado de derecho incorpora la anomia haciendo de ella una *excepcionalidad* independientemente de que tienda a confundirse con la regla, es decir, a convertirse en un recurso regular. Es de esa relación excepcional con la anomia que el derecho obtiene su razón de ser y mantiene su existencia histórica.

Esta paradoja abre la puerta a Agamben para considerar el paradigma de articulación entre violencia y derecho que tiene su clave en la noción de *katéchon* desde otra mirada (AGAMBEN, 2006, p. 91 y ss.). El punto de partida es justamente una lectura de estos problemas desde la obra de Benjamin, quien ya en su temprano texto *Para una crítica de la violencia* puso en juego una estrategia de lectura consistente en llevar la filosofía del derecho hasta el *impasse* heurístico al que se encuentra condenada y desarmar el dispositivo jurídico que articula violencia y derecho desde su interior. Justamente, una de las claves de la lectura de Benjamin es el modo en que es capaz de poner al descubierto

la sorprendente posibilidad de que el interés del derecho, al monopolizar la violencia [...] no exprese la intención de defender los fines de derecho sino,

¹¹ Para una arqueología del concepto, véase especialmente Ludueña Romandini, 2010. Para una discusión de lecturas posibles de dicha noción en el marco del pensamiento jurídico-político contemporáneo, véase Esposito, 2005, p. 84 y ss.

mucho más así, al derecho mismo. Es decir, que la violencia, cuando no es aplicada por las correspondientes instancias de derecho, lo pone en peligro, no tanto por los fines que aspira alcanzar, sino por su mera existencia fuera del derecho (BENJAMIN, 2001, p. 26).

Desde este punto de vista, toda forma de violencia es una amenaza para el orden jurídico instituido en su conjunto por su capacidad de destituirlo y fundar un nuevo derecho. En ese sentido, el principal interés del poder constituido es su autoconservación a través del ejercicio mismo de la violencia que busca monopolizar. La falacia del dispositivo jurídico estriba en oscurecer el núcleo de la relación entre violencia y derecho detrás de estériles consideraciones respecto de la legitimidad de los medios y la justicia de los fines.

Es por ello que dirá Benjamin:

esta crítica permite localizar su punto de mira fuera de la filosofía del derecho positivo, pero también fuera del derecho natural. Ya se verá en qué medida es deducible a partir de una consideración histórico-filosófica del derecho (BENJAMIN, 2001, p. 25).

En otras palabras, “la crítica de la violencia es la filosofía de su propia historia” y si bien habrán de pasar casi veinte años antes de que Benjamin escriba su ensayo fundamental sobre su concepto de historia, en *Para una crítica de la violencia* esta perspectiva permite reducir la historia al ciclo dibujado por “el ir y venir dialéctico de la violencia en forma de violencia fundadora de derecho o conservadora de derecho” (BENJAMIN, 2001, p. 44). Y es ese reconocimiento el que le permite a Benjamin avizorar la idea de que solamente “sobre la ruptura de este ciclo hechizado por las formas de derecho míticas, sobre la disolución del derecho y las violencias que subordina y está a la vez subordinado, y en última instancia encarnadas en la violencia de Estado, se fundamenta una nueva era histórica” (BENJAMIN, 2001, p. 44).

Frente a la “violencia mítica”, tanto instauradora como conservadora de derecho, Benjamin busca localizar otra esfera de acción que destituya ese ciclo, es decir, que destruya el orden jurídico instituido sin fundar uno nuevo, y que en su ensayo denomina “violencia divina”, la cual da para él el verdadero sentido de la acción revolucionaria.

A partir de la temprana propuesta benjaminiana, releída desde sus tardías *Tesis sobre la filosofía de la historia*, Agamben puede resaltar el hecho de que el *katéchon* no debe ser considerado simplemente como el orden jurídico instituido que retiene, con todas sus paradojas, el desarrollo de la violencia. Se trata ahora justamente de ese anudamiento de violencia y derecho que bajo la forma del estado de excepción retiene, impide y retarda la efectiva desactivación de la ley y la definitiva desvinculación de todas aquellas categorías, particularmente la violencia y el derecho, que en él se vinculan hasta hacerse indiscernibles. Esta desarticulación, que abre la posibilidad de una “nueva era histórica”, define el sentido del “verdadero estado de excepción” que Benjamin opone en su famosa Tesis VIII al “estado de excepción” que escribe allí entrecomillado pues constata que es en realidad la regla (BENJAMIN, 1987, p. 182).

Por eso, ante una política eclipsada por el derecho, Agamben insistirá en que el exacto sentido de la acción política es producir ese *verdadero estado de excepción* que no significa llanamente la destrucción de la ley sino un estado en el que un uso distinto de la misma es posible bajo la forma de su desactivación, su inejecutabilidad o su inoperancia, es decir, a partir de su *profanación*.

REFERENCIAS

AGAMBEN, G. **Homo sacer**. El poder soberano y la nuda vida. Valencia: Pre-Textos, 2003.

_____. **Estado de Excepción**. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2004.

_____. **El tiempo que resta**. Madrid: Trotta, 2006.

BENJAMIN, W. Tesis sobre la filosofía de la historia. En: **Discursos interrumpidos I: Filosofía del arte y de la historia**. Madrid: Taurus, 1987.

_____. Para una crítica de la violencia. In: (Ed.). **Iluminaciones IV**. Madrid: Taurus, 2001.

BERKMANAS, T. Schmitt v. (?) Kelsen: the total state of exception posited for the total regulation of life. **Baltic Journal of Law & Politics**, v. 3, n. 2, 2010.

CÓRDOVA VIANELLO, L. La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt. **Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional**, n. 15, 2006.

_____. **Derecho y poder**. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: FCE, 2010.

CURCÓ COBOS, F. La polémica Kelsen-Schmitt: un debate jurídico en torno a la Modernidad. **Diánoia**, v. 58, n. 71, 2013.

DINER, D.; STOLLEIS, M. **Hans Kelsen and Carl Schmitt**: a juxtaposition. Bleicher, 1999.

DYZENHAUS, D. **Legality and Legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar. OUP Oxford, 1999.

ESPOSITO, R. **Immunitas**. Protección y negación de la vida. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

HERRERA, C. M. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. **Doxa**, v. 21, n. 2, 1998.

KELSEN, H. **Teoría pura del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

LUDUEÑA ROMANDINI, F. **La historia como escatología**: una arqueología del Anticristo y del katéchon desde Pablo de Tarso hasta Carl Schmitt. Pensamiento de los Confines, 2010.

NIETO, H. Excepción y realismo político: algunas cuestiones de fondo. **Revista Enfoques**, v. 2, n. 10, 2009.

PINELLI, C. The Kelsen/Schmitt Controversy and the Evolving Relations between Constitutional and International Law. **Ratio Juris**, v. 23, n. 4, 2010.

POULSON, S. La distinción entre derecho y valor. La doctrina de los dos mundo y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa**, n. 26, 2003.

RESTREPO RAMOS, J. C. La teología política de Carl Schmitt. una lectura desde su debate con Hans Kelsen. **Revista Derecho del Estado**, n. 31, 2013.

SCHMITT, C. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

_____. **La Dictadura**. Madrid: Alianza, 1985.

_____. **Teología política**. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2002.

_____. **El Leviatán en la teoría del Estado de Tomás Hobbes**. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2002.

_____. **El Nomos de la tierra**. En el derecho de gentes del “*jus publicum europaeum*”. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2005.

SCHMITT, C.; KELSEN, H. **La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional**: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 2008.

SUGANAMI, H. Understanding sovereignty through Kelsen/Schmitt. **Review of International Studies**, n. 33, 2007.

Artigo recebido em: 09/08/2014

Artigo aprovado em: 04/12/2014