

EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA
A LA LUZ DE *EL CONCEPTO DE LO POLÍTICO* DE CARL SCHMITT*
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE IN LATIN AMERICA
IN THE LIGHT OF THE CONCEPT OF POLITICS OF CARL SCHMITT

Armin von BOGDANDY**

RESUMEN: Esta contribución tiene como objeto desarrollar el enfoque del *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL) en torno al *constitucionalismo transformador* regional, mediante el análisis de *El concepto de lo político* de Carl Schmitt. Este análisis articula el ICCAL diferenciándolo de la actual reacción nacionalista, centrada en los Estados-nación; enuncia las debilidades conceptuales de esta reacción y propone una alternativa con el programa normativo del *constitucionalismo transformador* latinoamericano. Asimismo, discute mediante la crítica del texto de Schmitt, criterios para la construcción teórica del derecho público, y también refleja el ICCAL como teoría jurídica.

ABSTRACT: This contribution has as purpose to develop the *ius constitutionale commune* approach in Latin America (ICCAL) about Regional Transforming Constitutionalism by means of the analysis of The Concept of Politics of Carl Schmitt. This analysis articulates ICCAL making it differ from the current nationalist reaction, focused on the States of the Nation; it enunciates the conceptual weaknesses and proposes an alternative with the normative program of Latin American Transforming Constitutionalism. Likewise, it discusses by means of a criticism of Schmitt's text the theoretical constitution of public law; and it also portrays ICCAL as legal theory.

Palabras claves: Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, *ius constitutionale* en América Latina, ICCAL, constitucionalismo transformador, métodos y estándares en la construcción de la teoría del derecho público, nuevos nacionalismos.

Keywords: Carl Schmitt, The Concept of Politics, *Ius Constitutionale in Latin America*, ICCAL, Transforming Constitutionalism, Methods and Standards in the Construction of the Theory of Public Law, News Nationalisms.

* Artículo recibido el 29 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2018.

** ORCID: 0000-0001-7622-6012. Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, correspondencia Im Neuenheimer Feld 535, D-69120, Heidelberg, Alemania. Correo electrónico sekreavb@mpil.de.

SUMARIO: I. *¿Por qué esta mirada hacia atrás?* II. *Predisposición al conflicto armado como idea dominante.* III. *Crítica a El concepto de lo político, de Schmitt.* IV. *Conclusiones para el ius constitutionale commune en América Latina.* V. *Bibliografía.*

I. ¿POR QUÉ ESTA MIRADA HACIA ATRÁS?

La idea de un *ius constitutionale commune en América Latina* (ICCAL) nace de un grupo transnacional de investigadores que desde 2004 estudia el *constitucionalismo transformador* en esta región.¹ Su ambición es contribuir a la plena realización de los derechos, la democracia y el Estado de derecho en un contexto de mucha pobreza, gran violencia y exclusión social. Apunta a sociedades más plurales, y al mismo tiempo más cohesionadas. La inclusión, el pluralismo y el diálogo son conceptos claves. Aunque el *constitucionalismo transformador* es un fenómeno mundial,² sus rasgos latinoamericanos merecen particular atención, no solamente por parte de los académicos de la región, sino a nivel global. Entre tales rasgos sobresalen su carácter multi-nivel, sobre todo gracias al sistema interamericano de derechos humanos, y su pronunciado carácter comparativo, en especial en una dimensión regional. En la fórmula de René Uruña encontramos en este *constitucionalismo transformador* el núcleo de un espacio jurídico latinoamericano.³

Si bien el ICCAL reconoce el problema de muchas instituciones internacionales y de la integración regional, él apunta, al igual que el constitucionalismo europeo e internacional o el derecho administrativo global,⁴ a

¹ Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014; para una lista completa de los libros publicados hasta ahora <http://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm>.

² Klare, K., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *14 South African Journal of Human Rights*, 1998, 150; Bonilla Maldonado, D., "Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South", en Bonilla Maldonado, D. (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 21 y 22.

³ Uruña, René, "Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversiones", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México, UNAM, 2018, en imprenta.

⁴ Benvenisti, Eyal, *The Law of Global Governance*, Leiden, Boston, Brill-Nijhoff, 2014; Kingsbury, Benedict *et al.*, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law & Con-*

su desarrollo continuo a la luz de los principios arriba mencionados. Este objetivo se topa cada vez más con una reacción contraria nacionalista, últimamente en los Estados Unidos,⁵ pero también en Latinoamérica.⁶ Aparentemente, muchas premisas de un pensamiento como el ICCAL para instituciones internacionales no son evidentes, sino que por el contrario necesitan explicación, prueba crítica y desarrollo.⁷ De ese propósito se ocupa el presente aporte con *El concepto de lo político* de Carl Schmitt,⁸

temp. Probs., 68, 2005, 15; Klabbers, Jan *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; *cf.* Brunnée, Jutta y Toope, Stephen, *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Bogdandy, Armin von y Bast, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2011.

⁵ Tillerson, Rex W., “Remarks to U.S. Department of State Employees”, Washington D. C., 3 de mayo de 2017, disponible en <https://www.state.gov/secretary/remarks/2017/05/270620.htm> (consultada el 25 de julio de 2017); McMaster, H. R. y Cohn, Gary D., “America First Doesn’t Mean America Alone”, *The Wall Street Journal*, 30 de mayo de 2017, disponible en <https://www.wsj.com/articles/america-first-doesn-t-mean-america-alone-1496187426> (consultada el 25 de julio de 2017); Boon, Kirsten, “President Trump and the Future of Multilateralism”, *Emory International Law Review*, núm. 31, 2017, pp. 1075-1081, disponible en <http://law.emory.edu/eilr/recent-developments/volume-31/essays/president-trump-future-multilateralism.html> (consultada el 25 de julio de 2017).

⁶ El hiperpresidencialismo se presta por ejemplo a una justificación schmittiana. *Cf.* Daly, Tom Gerald, “Relation of Constitutional Courts/Supreme Courts to the IACtHR”, en Grote, Rainer *et al.* (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*.

⁷ *The Economist*, “The New Nationalism”, 19 de noviembre, 2016; Krieger, Heike y Nolte, Georg, “The International Rule of Law – Rise or Decline? Points of Departure”, *KFG Working Paper Series*, núm. 1, 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2866940 (consultada el 25 de julio de 2017); Posner, Eric A., “Liberal Internationalism and the Populist Backlash”, *U. of Chicago, Public Law Working Paper*, núm. 606, 2017, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2898357; Strange, Michael, “The Discursive (de) Legitimation of Global Governance: Political Contestation and the Emergence of new Actors in the WTO’s Dispute Settlement Body”, *Global Discourse: An Interdisciplinary Journal of Current Affairs and Applied Contemporary Thought*, 6, 2016, p. 352.

⁸ “BP” se refiere a la versión en alemán de 1963, *Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlín, Duncker & Humblot, 1963. “CoP” se refiere a la traducción al inglés de George Schwab, con prólogo de Tracy B. Strong y notas a cargo de Leo Strauss, Chicago, University of Chicago Press, 1995; esta edición no incluye, sin embargo, el importante prefacio de 1963. “CdP” se refiere a la traducción al español de Rafael Agapito, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 2009, disponible en <https://arditiesp.files.wordpress.com/2012/10/schmitt-carl-el-concepto-de-lo-politico-completo.pdf>

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 131-173.

aunque no pretende ahondar en los nuevos nacionalismos o en la idea de “clerofascismo”⁹ de Schmitt.

El análisis aquí presentado de *El concepto de lo político* se sitúa en la tradición de las humanidades (*Geisteswissenschaft*),¹⁰ que es cercana a la “ciencia social interpretativa” de la tradición angloamericana.¹¹ En su núcleo, las humanidades (*Geisteswissenschaft*) tienen como objetivo entender el presente a través de la interpretación de influyentes textos del pasado a la luz de planteamientos actuales. En este sentido, el texto de Schmitt será interpretado en vistas al enfoque del ICCAL. Este texto no tiene como objetivo contribuir a la investigación histórica especializada en Schmitt, sino avanzar en la construcción teórica actual del derecho público de Latinoamérica. Frente a la circunstancia de que Schmitt presentó *El concepto de lo político* en lo sustancial en forma idéntica en 1927, 1932, 1933, 1963 y en 1971, no se le puede objetar al análisis aquí presentado que reivindique sólo validez para las postrimerías de la República de Weimar o únicamente para Alemania. Ciertamente, Schmitt enfoca su texto a una “situación” (CdP 39, 60), pero ésta no es el tiempo final de la República de Weimar, sino la era de la “civilización científica, técnica e industrial”, que también abarca a Latinoamérica.¹²

Ahora se podría dudar de si el derecho público latinoamericano actual debiera abordarse sobre la base del texto de un autor alemán tan

⁹ Habermas, Jürgen, “Zum Begriff «des» Politischen – Der vernünftige Sinn eines zweifelhaften Erbstücks der Politischen Theologie”, texto de una presentación hecha el 23 de octubre de 2009 en la New Yorker “Cooper Union” de Nueva York, p. 10.

¹⁰ “Hermenéutica” (*Hermeneutik*) y “humanidades” (*Geisteswissenschaft*) son conceptos difíciles. Para una descripción concisa véase Gethmann, Carl Friedrich *et al.*, *Manifest Geisteswissenschaft*, Berlín, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, 2005. El enfoque de la presente contribución está influenciado por la tradición hegeliana, según la cual, estos fenómenos se caracterizan por la intersubjetividad y la normatividad, véase Quante, Michael, *Die Wirklichkeit des Geistes. Studien zu Hegel*, Berlín, Suhrkamp, 2011; Pinkard, Terry, *Hegel's Naturalism: Mind, Nature, and the Final Ends of Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2012; Honneth, Axel, *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlín, Suhrkamp, 2013; Siep, Ludwig, *Der Staat als irdischer Gott: Genese und Relevanz einer Hegelschen Idee*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

¹¹ Rabinow, Paul y Sullivan, William M. (eds.), *Interpretive Social Science. A Second Look*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1979.

¹² Schmitt, Carl, “Der Begriff des Politischen”, pról. de 1971 de la edición italiana, en Quaritsch, Helmut (ed.), *Complexio Oppositorum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 269 y 272.

comprometedor, precisamente por la conexión de Schmitt con el autoritarismo en general y con el nacionalsocialismo en particular.¹³ Sin embargo, el rechazo de la posición de un autor no debe estorbar el análisis de sus argumentos.¹⁴ *El concepto de lo político* puede interpretarse independientemente de los objetivos políticos de Schmitt como una contribución académica; ello se corresponde con la pretensión postulada en su texto.

Una primera razón para analizar *El concepto de lo político* radica en el hecho de que entiende, a semejanza de muchos representantes del nuevo nacionalismo, tanto al Estado como al derecho internacional, primordialmente desde la perspectiva del conflicto duro. Esta perspectiva cuestiona el prisma de la cooperación que impregna los enfoques como el constitucionalismo global, el derecho administrativo global e incluso el *ius constitutionale commune* en América Latina. En este contexto, hay que aferrarse a que los partidarios de esos enfoques, en general, no niegan que el conflicto represente un elemento esencial de las dinámicas sociales:¹⁵ no son de ninguna manera tan naifs e ingenuos, como a la parte contraria le gusta presentarlos.¹⁶ Lo que es característico de Schmitt, como de muchos representantes del *nacionalismo*, es una radicalización de la perspectiva de la teoría del conflicto, hasta el punto de que en *El concepto de lo político*, la predisposición de los Estados a librar una guerra contra otro Estado, se

¹³ Véase Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, Beck, 2009, pp. 200-437. Su nacionalsocialismo y antisemitismo son reconocibles claramente en la edición alemana de 1933 de *El concepto de lo político*.

¹⁴ Habermas, Jürgen, *Der gespaltene Westen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2004, pp. 133 y ss.; Koskeniemi, Martti, “International Law as Political Theology: How to read Nomos der Erde?”, *Constellations*, 11, 2004, pp. 492-511; Howse, Robert, “Schmitt, Schmitteanism, and contemporary International Legal Theory”, en Orford, Anne y Hoffmann, Florian (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 212-230.

¹⁵ Dahrendorf, Ralf, “Zu einer Theorie des sozialen Konflikts”, en Zapf, Wolfgang (ed.), *Theorien des Sozialen Wandels*, 3a. ed., Colonia, Kiepenheuer & Witsch, 1971, pp. 108 y ss.; Hirschmann, Albert O., “Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society”, *Political Theory*, 22, 1994, pp. 202 y ss.; un relativo reciente resumen ofrece Bonacker, Thorsten, “Konflikttheorien”, en Kneer, Georg y Schroer, Markus (eds.), *Handbuch Soziologische Theorien*, Heidelberg, Springer, 2009, p. 179.

¹⁶ Ilumina el tema Andreas Osiander “Missionare oder Analytiker? Versuch einer Neubewertung der «idealistischen» Schule in der Lehre von den internationalen Beziehungen”, en Steffek, Jens y Holthaus, Leonie (eds.), *Jenseits der Anarchie*, Frankfurt-Main-New York, Campus, 2014, p. 25.

vuelve la idea dominante. Al fin y al cabo, *El concepto de lo político* presenta una nueva versión de una antigua comprensión de las relaciones internacionales: el *particularismo*.

La segunda razón para el análisis del texto radica en que representa, quizá, el texto más conciso e influyente del *particularismo* en el siglo XX. Más aún: tal vez ninguna otra obra de derecho del siglo XX haya tenido una influencia similar.¹⁷ *El concepto de lo político*, una obra clave de Schmitt, tuvo un profundo impacto en el pensamiento jurídico, en la práctica legislativa y jurídica de muchos países, no sólo en Alemania.¹⁸ La influencia de Schmitt sólo en Argentina es reportada por Jorge Eugenio Dotti a lo largo de 929 páginas.¹⁹ Además, Schmitt surtió efecto más allá del ámbito jurídico: muchos teóricos políticos, politólogos, historiadores, críticos literarios y novelistas importantes se han ocupado intensamente de *El concepto de lo político*.²⁰ Ernesto Laclau de Argentina es un ejemplo conocido.²¹ El esquema de Schmitt de amigo-enemigo incluso llegó al discurso público general y al lenguaje popular.²² Este éxito sugiere que dicha obra articu-

¹⁷ Esto puede ser injustificado en la medida que su idea central parece venir de la tesis doctoral de Hans Morgenthau de 1926 titulada *Die internationale Rechtspflege. Ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, Noske, 1929, p. 69, en la que Schmitt se basó sin el debido reconocimiento, véase Koskeniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 436. La primera versión de CdP, fue una contribución para un diario, y en relación a esto fue bastante menos desarrollada, *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 58, 1927, pp. 1-33. Morgenthau retoma su concepto en *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, Paris, Sirey, 1933, y critica la obra de Schmitt, pp. 44-61. Sobre las diferentes versiones del CdP sucintamente Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt. Zur Einführung*, Hamburgo, junio de 2011, pp. 147-149.

¹⁸ Véase por ejemplo la influencia de Schmitt en la Constitución de la Quinta República Francesa, Jouanjan, Olivier, "Frankreich", en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Ius Publicum Europaeum I: Grundlagen und Grundzüge Staatlichen Verfassungsrechts*, Heidelberg, Müller, 2007, p. 87 y 106.

¹⁹ Dotti, Jorge Eugenio, *Carl Schmitt en Argentina*, Buenos Aires, Homo Sapiens Ediciones, 2000.

²⁰ Para la influencia contemporánea de *El concepto de lo político* confrontar la bibliografía de la Carl-Schmitt-Gesellschaft que expone los textos más relevantes publicados desde 2007, disponible en http://www.carl-schmitt.de/neueste_veroeffentlichungen.php (consultada el 1o. de noviembre de 2016), es útil asimismo la entrada de Wikipedia en alemán sobre Schmitt.

²¹ Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

²² Schmitt menciona este aspecto en la edición de 1963, y su ahí declarado desprecio por esto parece poco decidido, BP, p. 16.

la algo verdaderamente importante. Cualquier esfuerzo para lograr un correcto entendimiento del derecho constitucional y del derecho internacional debería ocuparse de ese *algo*, para lo cual *El concepto de lo político* muestra un camino.

Tercero, *El concepto de lo político* ayuda a precisar el estatus epistémico del *ius constitutionale commune* en América Latina como construcción académica, al igual que el de la construcción teórica del derecho público. Sobre este ejemplo se desarrollan los criterios de esta ciencia, lo que permite una crítica fundada del texto de Schmitt y, al mismo tiempo, refleja la construcción teórica del derecho público y con ella el ICCAL.

Cuarto, en *El concepto de lo político* se encuentra un paso teórico de gran interés para el derecho público actual y precisamente también para el ICCAL: el escrito de Schmitt da a entender de qué manera el Estado, como concepto fundamental, puede ser desplazado (“destronad(o)” CdP 40). Hoy en día es evidente que un derecho público debe abarcar también instituciones supranacionales e internacionales, y por ello no puede estar adherido, como el derecho estatal, a un concepto de Estado. Así, el derecho constitucional de los países de América Latina no se puede conceptualizar adecuadamente más, sin el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *El concepto de lo político* suplanta, como lo afirma su primera oración, el concepto fundamental del “Estado” por el de “lo político”, e indica sobre esa base un nuevo orden del sistema conceptual a la luz de la diferencia entre amigo-enemigo.

El enfoque del ICCAL apunta igualmente a un nuevo orden, aunque recurre al uso de conceptos del *constitucionalismo transformador* latinoamericano, que al fin y al cabo son contrarios a Schmitt. El *constitucionalismo transformador* fue incorporado o renovado con los proyectos constitucionales que surgieron con posterioridad al periodo de los regímenes autoritarios. Su máximo objetivo es que en toda la región se tornen efectivas las promesas centrales de las Constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo. Entre los mecanismos sobresalen la difusión de los estándares sobre derechos humanos, la compensación de los déficits nacionales y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales. Ya que esta orientación está en contra, en lo fundamental, del entendimiento de Schmitt, un análisis a la luz de esto parece especialmente prometedor.

II. PREDISPOSICIÓN AL CONFLICTO ARMADO COMO IDEA DOMINANTE

1. *El concepto de lo político. Un hito del particularismo*

El concepto de lo político es un hito dentro de una gran tradición de la historia del pensamiento político, que abarca desde Tucídides hasta los *neocons* estadounidenses: el *particularismo* (*realismo* en el vocabulario del campo de las *relaciones internacionales*). Con su atención especialmente puesta en el conflicto entre grupos nítidamente separados entre sí, se encuentra en oposición al *universalismo* (o *idealismo*), una tradición que actualmente comprende desde los estoicos hasta Habermas, pasando por Kant.²³ También el ICCAL se entiende como perteneciente a esta tradición.

Schmitt aporta numerosas innovaciones al *particularismo*. Lo estiliza y lo lleva a una era en la que la interdependencia alcanza gran importancia, aunque en gran parte por medio de textos posteriores a 1932, como el prólogo a la edición de *El concepto de lo político* de 1963. Y en último lugar, aunque no menos importante, *El concepto de lo político* es probablemente la obra canonizada más joven del *particularismo* hasta la fecha:²⁴ ni el movimiento estadounidense neoconservador ni sus correligionarios economistas han sido capaces de producir un *magnum opus* comparable.²⁵

Ciertamente la afirmación de un dualismo como *particularismo-universalismo* carga con presuposiciones de la metafísica occidental,²⁶ y es un instrumento un tanto rudimentario para ordenar el variado campo de la historia de la teoría del derecho público. No obstante, éste aporta, al menos,

²³ Para una presentación de estas categorías véase las contribuciones en Sellers, Mortimer N. S. (ed.), *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Dellavalle, Sergio, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, vol. 1, 2011, pp. 37 y ss.

²⁴ Existe un candidato: Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York, Simon & Schuster, 1996.

²⁵ Dellavalle, Sergio, "Beyond Particularism: Remarks on Some Recent Approaches to the Idea of a Universal Political and Legal Order", *European Journal of International Law*, 21, 2010, pp. 765 y ss. Para una fulminante crítica Koskenniemi, Martti, "Global Governance and Public International Law", *Kritische Justiz*, 37, 2004, pp. 241-254; Robert Howse muestra que Leo Strauss no pertenece a esta categoría, *Leo Strauss. Man of Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

²⁶ Esta comprensión fue establecida por primera vez por Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris, Minuit, 1979.

un nivel mínimo de orientación y de dinámica intelectual.²⁷ Y seguramente es más fructífero contemplar el desarrollo del pensamiento del derecho público a la luz de dos paradigmas opuestos que leerlo bajo el presupuesto de un progreso lineal, por un lado, o de una variedad infinita, por el otro. Asimismo, en nuestra década, el *cleavage* político *sociedad abierta vs. sociedad cerrada* parece ser una línea de conflicto político decisivo, lo que da nueva relevancia al viejo dualismo *universalismo-particularismo*.²⁸

Tres afirmaciones básicas son compartidas por las teorías calificadas como *particularistas*: 1) cualquier sistema político existe en una relación principalmente conflictiva con otras comunidades, 2) cualquier ordenamiento normativo más allá de la comunidad es irremediablemente precario, 3) y el buen funcionamiento de una comunidad política exige un alto grado de integración. Cada una de estas tres afirmaciones cuestiona la posibilidad de que en el derecho internacional se persiga exitosamente, de manera inclusiva con instituciones comunes, un bien común transnacional. Un proyecto como el ICCAL parecería entonces un castillo de arena. Si bien Schmitt no está solo en sus opiniones,²⁹ ningún otro texto formula el argumento central particularista con un vigor similar. El radicalismo de Schmitt también podría explicar parte de su éxito: siendo las dicotomías una herramienta de pensamiento estándar, la representación intransigente de uno de los polos es una manera astuta de llegar a la “visibilidad” académica. Schmitt justifica esto a través de la afirmación epistémica de que un concepto útil debe ser polémico (CdP 60).

2. La idea central

El concepto de lo político establece la predisposición de una unidad política a sostener un conflicto armado, una guerra, contra otra unidad políti-

²⁷ Heimsoeth, Heinz, *Die Sechs Großen Themen der Abendländischen Metaphysik und der Ausgang des Mittelalters*, 3a. ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1954, pp. 18 y ss.

²⁸ Wilde, Pieter de *et al.*, “Conflicts or Cleavage? Contesting Globalization in Western Europe and Beyond”, paper presentado en el ECPR General Conference, Glasgow, 4-7 de septiembre de 2014.

²⁹ Sobre el periodo de entreguerras véase el aporte pionero de Carr, Edward H., *The Twenty Years' Crisis. An Introduction to the Study of International Relations*, Londres, Macmillan & Co, 1940. Para una detallada rehabilitación de varios de los rechazados por “idealistas”, véase Steffek, Jens y Holthaus, Leonie (eds.), *Jenseits der...*, *cit.*

ca como idea dominante del pensamiento de derecho público.³⁰ Tanto el derecho público interno como el derecho internacional público se deben comprender, interpretar y aplicar a la luz de esto. Ésta es la tesis central. El pensamiento en el que se basa esta tesis es enrevesado. La reconstrucción siguiente tiene como objetivo entender mejor los argumentos que surgen en el marco de los nuevos nacionalismos y que alimentan el escepticismo frente a una integración transnacional.

El desarrollo de la tesis principal comienza con la famosa primera frase del libro: “el concepto de Estado presupone el concepto de lo político” (CdP 49). *El concepto de lo político* describe al Estado sólo como una de las posibles institucionalizaciones de las relaciones políticas. En un giro casi copernicano se invierte la relación convencional entre los dos conceptos centrales (Estado y política). Esto abre un nuevo horizonte para el derecho público, para el derecho internacional público, así como para el *constitucionalismo transformador* regional, incluso si este horizonte está fuera del horizonte de Schmitt, o si es contrario a él.

En el pasaje más innovador de la obra, Schmitt define el concepto de lo político, convertido en concepto fundamental, de forma *modal y fenomenológica*;³¹ es decir, como el *más intenso* de todos los tipos de relaciones humanas.³² Es la relación en la cual el otro es, o bien un amigo o un enemigo en una confrontación, que incluye su aniquilación legal y legítima. “Los conceptos de amigo y enemigo deben ser entendidos en su sentido concreto y existencial, no como metáforas o símbolos” (CdP 58). El enemigo es, en Schmitt, más importante constructivamente que el amigo, que no recibe casi atención y apenas aparece en *El concepto de lo político*.³³ Sin embargo, la amistad se corresponde con el sentido de pertenencia general del pueblo gracias a su relativa homogeneidad.³⁴ De hecho, el

³⁰ Para un análisis paso a paso de los pasajes centrales véase las contribuciones en Mehring, Reinhard (ed.), *Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar*, Berlín, Akademie-Verlag, 2003.

³¹ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts”, en Quaritsch, Helmut (ed.), *Complexio Oppositorum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 283 y ss.

³² Como ya fue mencionado, esto se encuentra en el escrito de Morgenthau, Hans, *Die internationale Rechtspflege...*, cit.

³³ En efecto, Schmitt reconoce esto en el prefacio de 1963 de *El concepto de lo político* y se lamenta no poder, sin embargo, reparar esta anomalía.

³⁴ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Der Begriff des...” , cit., pp. 283 y 286.

enemigo para Schmitt está vinculado a un pueblo (CdP 58 y ss.), pero no necesariamente está afuera, sino que puede ser también una facción de una guerra civil (CdP 62) o puede ser otro “enemigo interior” (CdP 75) que esté en contra de la unidad política. Los latinoamericanos están muy familiarizados con esos fraccionamientos en las numerosas guerras civiles que experimentaron.

El concepto de Estado depende del concepto de lo político, porque la diferenciación amigo-enemigo es, según Schmitt, un dato óntico, mientras que el Estado se presenta sólo como una de las formas posibles institucionales de esta relación. Esto no degrada al Estado, al contrario: justamente porque el Estado es sólo una de las formas de las relaciones políticas, aparece con Schmitt como un gran logro civilizatorio. El Estado, como unidad política, es la institución que supera el conflicto mortal en el interior y lo civiliza en el exterior. En el interior, el Estado tiene éxito en superar un conflicto posiblemente mortal a través de la creación de una unidad política; es decir, un liderazgo fuerte y efectivo ejercido sobre un pueblo homogéneo. El verdadero conflicto político se encuentra limitado a la relación con otros Estados.

No obstante, la forma institucionalizada del Estado también es significativa en las relaciones externas. En éstas, el Estado no supera el conflicto, pero lo canaliza y civiliza. El Estado proporciona la forma más civilizada de una inevitable e incluso deseable violencia. El concepto de Estado es desplazado del centro en *El concepto de lo político*, para atribuirle un valor destacado al Estado como forma política, incluso en el contexto de la tradición alemana, fuertemente estatista.³⁵ Entonces, la primacía de lo internacional en Schmitt tiene especialmente la misión de “hacer plausible (su) concepto voluntarista de lo político entre un público profesional”.³⁶

Schmitt presenta un concepto de Estado extremadamente limitado. Como concepto clasificatorio parece poco útil, y resulta mejor entenderlo como concepto comparativo (o como tipo ideal o paradigma). Schmitt habla de un concepto “polémico” (CdP 60). Por lo tanto, el autor puede cuestionar la comprensión convencional del Estado, que emplea el término “Estado” para los fenómenos ubicuos de toda la historia de la humani-

³⁵ Hay, por supuesto, también otras tradiciones alemanas como la orientación societaria de Hugo Preuß.

³⁶ Habermas, Jürgen, “Zum Begriff «des» Politischen...”, *cit.*, p. 9.

dad, tal como hoy se piensa en fenómenos como los *failed* o *failing state* de la República Democrática de Congo o la República de Kosovo. La famosa afirmación en el prólogo de la edición de 1963, que proclama que la era de la estatalidad ha llegado a su fin (CdP 40), se comprende mejor con un concepto de Estado polémico o comparativo.³⁷ Sin embargo, la afirmación permanece vaga en *El concepto de lo político*: Schmitt apenas sustancia su pensamiento. Su discípulo, Ernst Forsthoff, un académico muy influyente en su momento, fue más explícito. Sostuvo en 1971 que la República Federal de Alemania no era un Estado verdadero, sino una mera nota al pie de página de la Guerra Fría: el más mínimo aliento de la historia podría barrerla.³⁸

El concepto de lo político describe un concepto de Estado que es polémico en el uso convencional del término, entonces y ahora, y que según la experiencia cotidiana es difícilmente plausible. La experiencia práctica enseña que en el terreno considerado comúnmente como *político* hay tanta cooperación como conflicto, tanto a nivel doméstico como internacional. Entonces ¿por qué debería seguirse el enfoque de *El concepto de lo político*?

Según Giorgio Agamben, la terminología es el elemento poético del pensamiento, que conduce al lector.³⁹ Schmitt ciertamente tenía un don para la terminología poética. Nadie, sin embargo, debería sucumbir ante tales tentaciones: la pirotecnia conceptual puede ser peligrosamente cegadora para el lector. *El concepto de lo político* apoya la primacía absoluta del conflicto duro frente a otras relaciones con argumentos antropológicos, teológicos y epistémicos, que ahora sólo se mencionan y que recién se apreciarán en una sección posterior (III. 2)

El supuesto antropológico central de *El concepto de lo político* es la agresividad innata de los humanos (CdP 90) o, mejor dicho, de los hombres, ya que las mujeres no juegan ningún papel en esta teoría. De acuerdo con

³⁷ Para un de concepto comparativo de Estado, véase Krasner, Stephen D. y Risse, Thomas, "External Actors, State-Building, and Service Provision in Areas of Limited Statehood: Introduction", *Governance*, 27, 2014, pp. 545-567.

³⁸ Forsthoff, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, Beck, 1971, p. 158. Sobre Forsthoff y su enfoque schmittiano, véase Meinel, Florian, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlín, Akademie-Verlag, 2011.

³⁹ Agamben, Giorgio, *Ausnahmezustand*, Berlín, Suhrkamp, 2004, p. 10. En este libro, Agamben muestra el potencial del texto para el análisis de la reacción norteamericana a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

El concepto de lo político, “queda en pie un hecho sin duda notable y que no dejará de inquietar a muchos: que todas las teorías políticas propiamente dichas presuponen que el hombre es «malo», y lo consideran como un ser no sólo problemático sino «peligroso» y dinámico” (CdP 90). Por esa razón, no es ninguna sorpresa que Thomas Hobbes y Nicolás Maquiavelo⁴⁰ sean los autores de referencia. Schmitt fundamenta esto, además, con el argumento de que las comunidades que negaron la doctrina del pecado original (lo cual para él, aparentemente, equivale a la asunción de la agresividad innata), acabaron en desastre (CdP 93 y ss.). La agresividad tiene un rol tan importante para Schmitt, que *El concepto de lo político* acaba con esta nota citando el *Ab integro nascitur ordo de Virgilio* (CdP 122): “El gran flujo (*ordo*) de los tiempos (*saecolorum*) nace completamente del nuevo”. En un pasaje en el *Glosario* formula este pensamiento oscuro más claramente: “con cada nuevo niño, nace un nuevo mundo. Con la ayuda de Dios, será un agresor”.⁴¹ Esta valoración revela otra dimensión: la agresividad, aparte de ser una premisa óptica central, es valiosa por el efecto dinamizador que proporciona. Ciertamente, Schmitt condena en otro lugar las versiones belicistas o militares y enfatiza que la guerra no es ni meta ni propósito ni contenido de la política (CdP 63 y ss.). Pero constituye justamente “el *presupuesto* que está siempre dado como posibilidad real” (CdP 64 resaltado en el original).

Otro argumento importante es de naturaleza epistémica: así como en muchos otros textos,⁴² Schmitt defiende en *El concepto de lo político* la tesis de que sólo se puede conseguir conocimiento verdadero pensando desde la excepción. La batalla de vida o muerte no es omnipresente tampoco para Schmitt. Sin embargo, plantea una situación posible, que, debido a su naturaleza amenazante, debe ser el punto de partida decisivo para la comprensión de todo lo demás. “El que este caso sólo se produzca excepcionalmente no afecta a su carácter determinante, sino que es lo que le confiere su naturaleza de fundamento” (CdP 65).

⁴⁰ Es un error revelador que Schmitt escribiera en la versión original el nombre de Machiavello erróneamente, con dos “c” (BP 65), e incluso con tres “c”, haciéndolo sonar aún más belicista: ‘Maccchiavelli’, BP, p. 59 (nota al pie 8).

⁴¹ Schmitt, Carl, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991, p. 320.

⁴² El texto central es Schmitt, Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlín, Duncker & Humblot, 1922, p. 13.

Según estas premisas, la política, en el sentido de enemistad, es la relación humana más importante. Como ocurre con Hobbes, para Schmitt, ella es omnipresente, siempre y cuando no haya un ordenamiento jurídico común respaldado por instituciones fuertes. Un verdadero orden significa necesariamente, en este sentido, un orden concreto, lo que el derecho internacional con sus instituciones internacionales, por ejemplo, el sistema interamericano de derechos humanos, no puede ofrecer, al no poder contar con medios adecuados de coerción. Los instrumentos cognitivos, semánticos, simbólicos, o los basados en la reputación de las instituciones internacionales, no constituyen recursos que establezcan una autoridad pública internacional.⁴³ En el mundo de Schmitt, la obediencia se debe al protector, y sólo al protector. *El concepto de lo político* eleva el vínculo entre la protección y la obediencia como base necesaria (“eterna”) para el orden (CdP 81 y ss.): *protego, ergo obligo*. En este sentido, el derecho internacional, y en especial las instituciones internacionales, parecen ser insalvablemente débiles. Las concepciones de un derecho constitucional transformador regional con instituciones internacionales son, a lo sumo, castillos en el aire.

El concepto de lo político presupone una pluralidad de Estados. Esta presuposición es asumida como un hecho. “El mundo político es un pluriverso, no un universo” (CdP 82 y ss.), porque hay más que solo un Estado, y no hay ningún Estado mundial. Esta afirmación es empíricamente válida, e incluso muchos universalistas tienen dudas sobre la conveniencia de un Estado mundial.⁴⁴ Tampoco el ICCAL aspira a una construcción de un Estado latinoamericano continental. Sin embargo, son absolutamente problemáticas las citadas razones de Schmitt en contra de cualquier intento de superar la pluralidad, en el sentido de severa conflictividad.

Schmitt fundamenta la posibilidad de la estatalidad en el conflicto entre Estados. De acuerdo con la lógica de protección y obediencia, el orden

⁴³ Para una aplicación actual del concepto de “orden concreto”, véase Bhuta, Nehal, “The Frontiers of Extraterritoriality: Human Rights as Global Law”, en Bhuta, Nehal, *The Frontiers of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1-20. Para la visión contraria *cfr.* Goldmann, Matthias, *Internationale öffentliche Gewalt*, Berlín, Springer, 2015; Venzke, Ingo, *How Interpretation Makes International Law. On semantic Change and Normative Twists*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, lo tratado por Habermas sobre Kant y Schmitt. Habermas, Jürgen, *Der gesplittene Westen...*, *cit.*, pp. 187 y sigs.

desaparecería tan pronto como la protección se volviera superflua. En esta lógica, la pluralidad de Estados requiere una amenaza externa que conduzca a la integración social, y así asegure la existencia de los Estados. “La unidad política presupone la posibilidad real del enemigo y con ella la existencia simultánea de otras unidades políticas” (CdP 82). Además, es la pluralidad de los Estados lo que permite canalizar el potencial agresivo y organizarlo, posibilitando así el dinamismo y la historia.

La pluralidad de Estados tiene valor normativo también porque permite diferentes formas de vida, que en la terminología actual posibilitan la diversidad o la identidad. Allí radica un núcleo del pensamiento particularista y una importante razón para la guerra: “Un conflicto extremo sólo puede ser resuelto por los propios implicados; en rigor sólo cada uno de ellos puede decidir por sí mismo si la alteridad del extraño representa en el conflicto concreto y actual la negación del propio modo de existencia, y en consecuencia si hay que rechazarlo o combatirlo para preservar la propia forma esencial de vida” (CdP 57). La interpretación de Schmitt sobre alteridad es de naturaleza marcial: «Extraño» es homologado con «enemigo»: “El enemigo político... es ...el otro, el extraño; y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo...” (CdP 57). Los postulados de una ciudadanía transnacional o cosmopolita son entonces, en el mejor de los casos, simples quimeras.⁴⁵

3. *Implicaciones para el derecho estatal e internacional*

Conceptualizar la unidad política desde el conflicto armado, en especial el Estado desde la guerra, tiene grandes consecuencias para el entendimiento, tanto del derecho nacional como del derecho internacional. Respecto al derecho estatal, que es el foco del texto de 1932, *El concepto de lo político* tiene como objeto conducir el entendimiento, la interpretación y la aplicación del derecho constitucional de la República de Weimar hacia una forma de dominio autoritaria. Si la idea dominante es la predisposición de un Estado para librar una guerra, entonces dicho Estado debe ser fuerte, lo cual, para

⁴⁵ Para una visión cosmopolita, véase Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 299 y ss.

Schmitt, exige un liderazgo efectivo sobre un pueblo homogéneo. El alegato por una unidad política de este tipo parece que es la motivación más importante del tratado.⁴⁶ Los conflictos políticos en el interior sólo pueden ser permitidos en tanto y en cuanto no debiliten esta capacidad del Estado para librar una guerra. Así, el argumento conservador de la primacía de la política exterior se radicaliza y estiliza. Al parecer, Schmitt tuvo en mente un ideal de unidad política sin una verdadera política interior, y que constituye, hacia adentro, más bien, una administración de bienes y personas.⁴⁷

Esta primacía de lo internacional tiene grandes consecuencias para la organización interna de un Estado que, especialmente, no debe seguir la concepción liberal de una democracia parlamentaria.⁴⁸ El retroceso del parlamentarismo, algo así como el recorte de sus elementos discursivos, se sitúa en el núcleo.

Además, *El concepto de lo político* aboga por una interpretación del derecho estrictamente antindividualista. Los derechos fundamentales o humanos, según Schmitt, no constituyen la base del derecho público. Más bien, precisamente, en el núcleo de la comunidad política y del derecho público yace el poder enviar a un individuo a una lucha de vida o muerte, y poder exigir la disposición a la muerte y a matar (CdP 75).

Schmitt parece también formular francamente una teoría del hiperpresidencialismo: la auténtica estatalidad requiere un Poder Ejecutivo fuerte, con potenciales facultades dictatoriales y la posibilidad de proclamar el estado de excepción, incluyendo la eventual derogación del ordenamiento jurídico completo:

la aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir *dentro* del Estado y (en) su territorio una pacificación completa, esto es, procurar “paz, seguridad y orden” y crear así la situación *normal* que constituye el *presupuesto* necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general, ya que toda norma presupone una situación normal, y ninguna norma puede tener vigencia en una situación totalmente anómala (CdP 75).

⁴⁶ Para una reconstrucción detallada véase Vesting, Thomas, “Erosionen Staatlicher Herrschaft. Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 112, 1992, pp. 4, 6.

⁴⁷ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Der Begriff des...”, *cit.*, p. 285.

⁴⁸ Sobre los debates del tiempo de Schmitt véase las contribuciones en Gusy, Christoph (ed.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

Esto incluye el poder de declarar a una persona como el “enemigo interior”, con la consecuencia de que ya no estará protegida por el ordenamiento jurídico (CdP 75 y ss.). La posibilidad de declarar enemigos es constitutiva para el concepto de pueblo como “esencia de su existencia política” (CdP 79).

El pluralismo pertenece entonces a la esfera internacional; sin embargo, no así a la política interna. Dentro de un Estado, el pluralismo, sea de naturaleza social o política, amenaza su existencia. Aunque *El concepto de lo político*, en lo referente a la necesaria homogeneidad y al trato con personas que no se adaptan, sea vago, parece inequívoco que la teoría de Schmitt no sólo permite, sino que incluso reclama medidas en contra de aspiraciones pluralistas y “perturbadores de la paz”.

Para el derecho internacional, *El concepto de lo político* tiene también muchas repercusiones. Esta obra presenta a casi todos los elementos de la comprensión convencional como deficitarios o confusos; sacude muchos de los presuntos pareceres actuales firmemente establecidos. La idea de un derecho público internacional para instituciones internacionales que persigan inclusivamente un bien común transnacional con sus propios medios de poder parece, a la luz de él, realmente absurda. *El concepto de lo político* sugiere otras orientaciones.

Ya el propio concepto de derecho internacional va a ser cuestionado, y, por consiguiente, la hoy imperante identidad de tal disciplina. Schmitt considera al entendimiento del derecho internacional como confuso, pues esta terminología sugiere una cierta independencia de los Estados. Debido a que desde el punto de vista de Schmitt tal independencia es imposible, organizaciones como la Sociedad de Naciones parecen más bien instrumentos de la política exterior de algunos Estados (CdP 85 y ss.).⁴⁹ Lo que la doctrina convencional presenta como *derecho internacional* aparece en *El concepto de lo político* más bien como derecho de las relaciones exteriores.

Segundo, Schmitt considera el foco convencional del derecho internacional demasiado estrecho para ser útil para entender el orden entre Estados, y refuta con esto la contribución clave de Heinrich Triepel al derecho internacional. Triepel, quizá el más importante iuspublicista conservador

⁴⁹ Sobre el momento en el que se constituyó el concepto, véase Schermers, Henry G. y Blokker, Niels, *International Institutional Law. Unity Within Diversity*, 5a. ed., Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, § 44.

de la República de Weimar,⁵⁰ había introducido la novedosa y categórica distinción entre el derecho interno y el derecho internacional (*Landesrecht* y *Völkerrecht*), justamente el *dualismo*.⁵¹ Para Schmitt, esto es una simple fachada. Él aboga por un campo más amplio que primero denomina *jus gentium* y más tarde *jus publicum europaeum*.⁵² Este campo abarca no sólo el derecho internacional en el sentido de *international law*, sino además principios constitucionales comunes y un régimen común de protección de la propiedad, algo así como un *derecho económico transnacional*. La obra posterior de Schmitt, *Jus Publicum Europaeum*, presta mucha atención a este tipo de principios constitucionales comunes europeos, así como a una constitución económica común previa a la Primera Guerra Mundial. En consecuencia, el estrecho ámbito del derecho internacional simplemente pasa por alto la cuestión central que es necesaria para entender el orden interestatal. Al igual que con respecto a otras declaraciones claves de Schmitt, uno no puede negar una cierta justificación a este enunciado, como lo demuestran los experimentos actuales para ampliar la historia del derecho internacional⁵³ o el concepto de derecho europeo⁵⁴ o para acuñar el concepto de un espacio jurídico latinoamericano.⁵⁵

Tercero, *El concepto de lo político* cuestiona el entendimiento convencional de progreso en el derecho internacional, en especial con respecto a las innovaciones introducidas después de la Segunda Guerra Mundial. Schmitt presenta el *jus gentium* de 1914 como la cima de la civilización, porque ha civilizado la guerra. Este logro se perdió después de la Primera Guerra Mundial. *El concepto de lo político* se opone a gran parte de lo que a menudo

⁵⁰ Sobre Triepel véase Gassner, Ulrich, *Heinrich Triepel. Leben und Werk*, Berlín, Duncker und Humblot, 1999.

⁵¹ Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeldt, 1899.

⁵² Sustento una opinión similar sobre el derecho europeo, véase Bogdandy, Armin von, “The Idea of European Public Law Today”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 2017, p. 1.

⁵³ Koskenniemi, Martti, “What Should International Legal History Become?”, en Kadelbach, Stefan *et al.* (eds.), *System, Order and International Law – The Early History of International Legal Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 381.

⁵⁴ Bogdandy, Armin von, “The Idea of European...”, *cit.*; con más detalle, *ibid.*, “Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin”, *Juristenzeitung*, 2017, p. 589.

⁵⁵ Urueña, René, “Después de la fragmentación...”, *cit.*

se considera un avance pionero en el derecho internacional actual. Así, para Schmitt, el *ius ad bellum* constituye el núcleo del derecho internacional (CdP 74).⁵⁶ En este sentido, el reconocimiento de la autoridad de una institución como el Consejo de Seguridad de la ONU pone en peligro la estatalidad (CdP 79), una prohibición como la del artículo 2o., numeral 4, de la Carta de la ONU es absurda para verdaderos Estados (CdP 79 y ss.), y los Estados débiles no tienen derecho a existir (CdP 82). De acuerdo con esto, las organizaciones internacionales pueden ofrecer “una instancia de negociación que puede ser muy útil” (CdP 85), pero nada más. Según esto, parecería absurdo otorgarle al tribunal interamericano una función jurisdiccional constitucional.

Esto conlleva enormes implicaciones para la comprensión actual del derecho internacional. Siguiendo la argumentación de Schmitt, gran parte de su terminología central parece desconcertante, por no decir engañosa o ideológica. Esto no se limita al propio concepto de “internacional”, sino que también se aplica a muchos otros conceptos centrales, como “humanidad”, “*universalismo*” e incluso a la idea de progreso. Para Schmitt, sirven más bien como una fachada para ocultar la hegemonía de los Estados Unidos, y el desenmascaramiento se convierte en una tarea central del pensamiento jurídico. El ICCAL sería entonces o un proyecto hegemónico escondido o un castillo en el aire.

El concepto de lo político no ofrece, sin embargo, ninguna respuesta a la cuestión de cómo debe establecerse el orden social internacionalmente bajo estas premisas. Schmitt considera el orden westfaliano centrado en el Estado como algo del pasado, por lo menos desde la Segunda Guerra Mundial, especialmente porque sólo unas pocas comunidades constituyen Estados reales en vista de la necesidad de una conducción independiente de la guerra. En este sentido, debe entenderse la sombría afirmación de Schmitt en la edición de 1963, de que «la era de la estatalidad» ha llegado a su fin. Esto no quiere decir que no existan Estados o que no tendría sentido utilizar la palabra *Estado*. Debe recordarse que algunos de sus discípulos en 1962 fundaron la revista *Der Staat*, un proyecto que Schmitt no quería desautorizar en 1963. Sin embargo, el orden interestatal basado

⁵⁶ Schmitt, Carl, *Ex Captivitate Salus: Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Colonia, Greven, 1950, p. 71; *id.*, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, Greven, 1950, pp. 19, 62, 112 y ss.

en la autonomía militar estatal sería algo del pasado. Esta tesis no pareció absurda en el momento de la Guerra Fría cuando se enfrentaban dos bloques antagónicos, cada uno de los cuales estaba dirigido por una superpotencia, aunque ya en ese momento la tesis resultó problemáticamente reduccionista.

La propuesta más famosa de Schmitt para el desarrollo del orden internacional fue la de un orden de gran alcance, modelado de acuerdo con lo que él consideraba como la hegemonía de los Estados Unidos en el hemisferio occidental. Previó el mismo orden para Europa bajo dominio alemán.⁵⁷ Schmitt diseñó su variante del imperialismo a principios de los cuarenta; es decir, después de haber redactado *El concepto de lo político: Espacio y gran espacio en el derecho internacional (Raum und Großraum im Völkerrecht, 1940)*⁵⁸ y *Orden del gran espacio jurídico internacional (Völkerrechtliche Großraumordnung, 1941)*.⁵⁹ Tan pronto como la bandera soviética fue izada en el Reichstag, Schmitt no trajo ningún proyecto más al papel.⁶⁰ Se concentró en la crítica al nuevo orden de Europa y en el rechazo de la culpabilidad de Alemania por la guerra.⁶¹ En el *Nomos de la Tierra (Nomos der Erde)*, su principal libro sobre derecho internacional, que debió darle nuevo impulso a su carrera después de la Segunda Guerra Mundial, no se encuentra ninguna propuesta constructiva.

Sin embargo, *El concepto de lo político* sigue siendo una fuente poderosa de inspiración para la necesaria crítica o “deconstrucción” del derecho in-

⁵⁷ La propuesta de crear instituciones políticas para espacios geográficos más amplios no es nueva, véase Bogdandy, Armin von y Hinghofer-Szalkay, Stephan, “European Public Law - Lessons from the Concept’s Past”, en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 2017, pp. 30-56.

⁵⁸ Schmitt, Carl, *Staat, Großraum, Nomos*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, pp. 234 y ss.

⁵⁹ Schmitt, Carl, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, Berlín, Deutscher Rechtsverlag, 1941, reimpresión en Schmitt, Carl, *Staat...*, *ibidem*, pp. 269 y ss.

⁶⁰ Es objeto de muchas discusiones en qué medida puede ser leída la Unión Europea a través de la lente de los conceptos schmittianos, Christian, Joerges y Ghaleigh, Singh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford, Hart, 2003.

⁶¹ Schmitt, Carl, *Ex Captivitate Salus...*, *cit.*, pp. 55 y 59; *id.*, *Das Internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz “Nullum crimen, nulla poena sine lege”* (Berlín, Duncker & Humblot, 1994), p. 81; además Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4, Munich, CH Beck, 2012, p. 204.

ternacional contemporáneo. Schmitt proclamó textualmente que “la guerra más aterradora sólo se realiza en nombre de la paz, la opresión más terrible sólo en nombre de la libertad, y la inhumanidad más atroz sólo en nombre de la humanidad” (CdP 121).⁶² Esta es una espina importante no sólo para el pensamiento jurídico.

III. CRÍTICA A *EL CONCEPTO DE LO POLÍTICO*, DE SCHMITT

1. *Criterios de evaluación y teoría del derecho público*

La evaluación de esta obra requiere un estándar. Ya que *El concepto de lo político* se representa como una obra académica, el estándar rector debe ser el de la “veracidad” de sus enunciados.⁶³ No obstante, esta pauta se debe especificar con los criterios adecuados,⁶⁴ lo que requiere una reflexión sobre la esencia de la disciplina a la que pertenece este texto.

El concepto de lo político se presenta a sí mismo como un texto jurídico, escrito para expertos del derecho estatal y del derecho internacional.⁶⁵ Ahora muchos la califican como una obra atribuible más bien a la filosofía política. Tal lectura es académicamente legítima, como lo es también la evaluación del texto mediante los estándares de la filosofía política, de la teoría política, de la ciencia política o de otras disciplinas. Ningún autor puede predeterminar los estándares a través de los cuales se evalúe su texto. Aquí se va a recurrir para la evaluación, sin embargo, a los criterios de la disciplina en la que Schmitt encasilló su texto. En este sentido, lo siguiente gira en torno, no sólo a *El concepto de lo político*, sino también a la teoría del derecho público en general, y también al enfoque del *ius constitutionale commune* en América Latina.

⁶² CdP, *El Concepto de lo...*, cit., p. 121 (nota al pie 8).

⁶³ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Der Begriff des...”, cit., p. 299. Schmitt, en contraste, parece renuente a aceptar esto, véase Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg...*, cit., pp. 240 y 269, “no hay ninguna cientificidad en las cuestiones de la historia de las humanidades”.

⁶⁴ Innovador Schulze-Fielitz, Helmuth, “Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 50, 2002, p. 1.

⁶⁵ Esto se corresponde con la autocomprensión de Schmitt en general, véase Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt. Zur...*, cit., p. 146, quien se ocupa luego de qué consecuencias tiene esta comprensión para una lectura filosófica, histórica o desde la ciencia política.

Asimismo, *El concepto de lo político* se autorreconoce como un texto académico jurídico, pero no como una contribución doctrinal. Conforme al prólogo de la edición de 1963, se trata “de establecer un marco para determinadas cuestiones de la ciencia jurídica con el fin de poner orden en una temática confusa y hallar así una tónica de sus conceptos” (CdP 39). Tal esfuerzo conceptual hace parecer a *El concepto de lo político* como una contribución a la subdisciplina científica legal que en Alemania se conoce tradicionalmente como teoría general del Estado (*Allgemeine Staatslehre*).⁶⁶

Schmitt otorga a esta disciplina un importante impulso. Así, su escrito “Teoría constitucional” (*Verfassungslehre*),⁶⁷ publicado en 1928, señala una evolución de la teoría del Estado hacia la teoría constitucional. Actualmente, esta disciplina a menudo se conoce como tal: teoría constitucional. Su *El concepto de lo político* publicado en 1932 da otro impulso en dirección a una teoría general del derecho público (*Allgemeine Theorie des Öffentlichen Rechts*), que abarca tanto al derecho público interno como al derecho internacional. La necesidad de la correspondiente construcción teórica es hoy evidente: piénsese, por ejemplo, en el concepto de un derecho transnacional, de un derecho administrativo global, o de un derecho público internacional, así como en la Sociedad Internacional de Derecho Público (*International Society of Public Law*),⁶⁸ o simplemente en el ICCAL.

⁶⁶ Georg Jellinek definió la disciplina de esa manera en su libro homónimo de 1899. Enfoques similares existen, sin embargo, también en otras tradiciones, véase Duguit, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, París, Dalloz-Sirey, 2003, con un prefacio de Franck Moderne, publicado por primera vez en 1901; Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. En especial la tradición científica alemana abarca tanto el derecho nacional como el derecho internacional público, véase la obra de Caspar Bluntschli, Georg Jellinek, Heinrich Triepel, y Hans Kelsen, o, en tiempos más recientes, Ulrich Scheuner, Karl Doehring, Alexander Somek, Christoph Möllers, Matthias Kumm y Frank Schorkopf. Para una reconstrucción de este camino que entibia un corazón alemán Koskeniemi, Martti, “Between Coordination and Constitution. International Law as a German Discipline”, *Rediscriptions. Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 15, 2011, pp. 45-70; crítico con esto se muestra Jakab, András, *European Constitutional Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 298 y ss.

⁶⁷ Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Munich, Duncker & Humblot, 1928. Existe una versión en español *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, epílogo de Manuel García-Pelayo, Madrid, Alianza, 2011.

⁶⁸ Jessup, Philip, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956; Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems*, 68, 2005, pp. 15-61; Cassese, Sabino, “Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation”, *NYU Journal of International Law & Politics*, 37, 2005, pp.

¿Cuáles son los criterios relevantes para una contribución de esta disciplina científica?⁶⁹ La teoría general del Estado o, mejor dicho, la teoría del derecho público, se ocupa principalmente del planteamiento de problemas a los que el “funcionamiento normal” de la ciencia jurídica con su “método jurídico” —procedimiento prevalente en la mayoría de los países— no puede responder. Las tareas principales de la teoría del derecho público consisten en reflejar los conceptos clave de la investigación jurídica científica, desarrollarlos aún más, incluso remplazarlos, acuñar otros nuevos; así, por ejemplo, el del *ius constitutionale commune en América Latina*. Además, gira en torno a diseñar estándares de crítica científica,⁷⁰ o precisamente en palabras de Schmitt: “definir un marco para las cuestiones de la ciencia jurídica, proporcionar orientación, aclarar conceptos básicos” (CdP 39). Exactamente estos objetivos también están en el programa del ICCAL.

Ya que aspectos importantes de estas cuestiones son también abordados por otras disciplinas científicas, esta subdisciplina jurídica abre un espacio para la interdisciplinariedad. Es importante señalar que este es un espacio intradisciplinario en el que se puede practicar la interdisciplinariedad. Sus académicos, que son científicos jurídicos por medio de formación, afiliación institucional e identidad, pueden interactuar aquí como juristas con temas, preguntas de investigación, métodos y hallazgos de otras disciplinas, dentro del alcance de sus tareas asignadas. En esta subdisciplina, la investigación del derecho público se topa con la ciencia de la historia, la historia de las ideas políticas, la filosofía, pero también con la sociología, la ciencia política, la economía, la psicología, la neurología o la teología. En la tradición europea, y en *El concepto de lo político*, tiene lugar el intercambio principalmente entre la ciencia jurídica, la teoría política, la filosofía práctica y la ciencia de la historia (CdP 44).

La ubicación intradisciplinaria tiene un significado fundamental. Primero, las cuestiones formuladas por el mundo jurídico —cuestiones sobre

663-694; Weiler, Joseph H. H., “The International Society for Public Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, p. 1.

⁶⁹ Una detallada reflexión ofrece Morlok, Martin, *Was heißt und zu welchem Zweck studiert man Verfassungstheorie?*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.

⁷⁰ Jestaedt, Matthias, “Verfassungstheorie als Disziplin”, en Depenheuer, Otto y Grabenwarter, Christoph (eds.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, § 1, MN 20, 26.

la elaboración de leyes y su aplicación, la construcción de doctrinas jurídicas o crítica jurídica— conducen a la interacción con otras disciplinas y a la recepción de sus conocimientos. Ya que esas cuestiones son más bien ajenas a otras disciplinas científicas, al menos en su categoría concreta, su respuesta requiere un acceso específico. Esto lleva al segundo punto: dado que la teoría del derecho público es configurada por la disciplina jurídica, la observancia de los estándares será controlada por juristas que son los colegas de los autores. Además, estos estándares deben estar en sintonía con las preguntas específicas de investigación.

Esta subdisciplina abre el derecho público específicamente a la interdisciplinariedad, permitiendo así la incorporación de contribuciones de otros campos de investigación en la base de conocimiento de la ciencia del derecho. El objetivo más importante quizá sea crear patrones fundamentales orientadores de entendimiento y significado, que proporcionen un marco para las estructuras dogmáticas y la interpretación de fenómenos jurídicos concretos (normas, sentencias, prácticas jurídicas, doctrinas, interpretaciones). Esta subdisciplina participa así en los discursos externos al derecho, con el propósito concreto de enriquecer con nuevos conocimientos las operaciones jurídicas internas, para influenciar el entendimiento, la elaboración, la interpretación y la aplicación del derecho positivo. Este tipo de investigaciones no anulan las fronteras entre las disciplinas, sino que se complacen con el trabajado transfronterizo. El lema de la Universidad Nacional de Tucumán expresa esta actitud de manera muy acertada: *Pedes in terra ad Sidera Visus* (“Los pies en la tierra y la mirada en el cielo”).

Hoy en día la necesidad de una interdisciplinariedad parece indicada incluso desde el punto de vista interno de la dogmática y del “método jurídico”, ya que el paradigma cognitivo tradicional de la interpretación y aplicación del derecho ha demostrado ser insostenible. Como han dejado en evidencia pioneramente, entre otros, Schmitt y su archirrival Kelsen,⁷¹ tanto la interpretación como la aplicación del derecho contienen habitualmente un elemento de creación de derecho. De la misma manera, las construcciones dogmáticas de las reglas tienen un contenido normativo independiente, más allá de la fuente legal a la que se refieran. Este tipo de

⁷¹ Kelsen apoyó a Schmitt en su plan para convertirse en profesor en Colonia, mientras que Schmitt no hizo nada para apoyar a Kelsen cuando los nazis lo atosigaron en su cátedra de Colonia. Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg..., cit.*, pp. 287 y ss.

operaciones jurídicas están insertas dentro de un amplio horizonte de visiones del mundo, concepciones morales, suposiciones sobre la posibilidad y las condiciones del orden social. La perspectiva jurídica interna debe completarse con consideraciones externas, que preparen la construcción teórica del derecho público. A saber: este entendimiento, al menos para la mayoría de los científicos jurídicos, no cuestiona la posibilidad ni la necesidad de una racionalidad interna específica de las operaciones jurídicas. Así lo ve también, por cierto, Schmitt. A su manera estilizada, incluso llegó en 1944 a la conclusión de que la ciencia jurídica autónoma era el último refugio de la racionalidad occidental.⁷² Que Schmitt también apoye esta tesis del valor de la racionalidad jurídica interna, no la convierte en errada.⁷³

¿Cuáles son entonces los estándares para evaluar este tipo de investigación? Las contribuciones correspondientes a menudo parecen exploratorias y, de alguna manera, “más subjetivas” que los textos dogmáticos. De vez en cuando, uno se encuentra incluso con textos que parecen especulativos, ensayísticos o asociativos, sin que por ello pierdan el estatus de una contribución de la ciencia jurídica. En la medida en que trabajan con conocimientos de otras ciencias, la elaboración es, no pocas veces, en cierta forma sincretista, ecléctica o reduccionista, en una forma que sería problemática en otras disciplinas de investigación.

Esta flexibilidad de los estándares científicos de la construcción de la teoría iuspublicista se puede entender como una característica esencial de esta subdisciplina para permitirle cumplir su función de trabajadora transfronteriza en amplios horizontes. Pero tal flexibilidad no significa falta de pautas: existen estándares con los cuales se puede identificar y evaluar un texto como contribución a esa subdisciplina. Mi larga experiencia como parte del consejo editorial de la revista *Der Staat*,⁷⁴ que está dedicada a esta disciplina especialmente, me enseñó que su apertura y su flexibilidad no

⁷² Schmitt, Carl, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, pp.29-32.

⁷³ Cfr. sólo el alto aprecio en Habermas, Jürgen, “Discourse Theory and International Law”, disponible en <http://www.esil-sedi.eu/node/288>, p. 4.

⁷⁴ Tiene una formación schmittiana: Grothe, Ewald, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, Munich, Oldenburg, 2005, pp. 402-405; Günther, Frieder, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezsision und Integration 1949-1970*, Munich, Oldenburg, 2004, pp. 225-229.

significan que “todo sea posible”. Forman parte de los estándares correspondientes para la identificación y evaluación de un texto: una articulación bien fundada con el estado actual de la investigación, la trazabilidad de su razonamiento y de sus argumentos individuales, su coherencia interna, una confrontación argumentativa con otros textos —sobre todo con enfoques divergentes— precisión y cautela en la presentación del material correspondiente (de fuentes jurídicas, decisiones judiciales, doctrinas, circunstancias históricas y sociales, otras contribuciones científicas).⁷⁵ Si se toman estos conceptos con otros de las teorías de la verdad se perfila un entendimiento sincrético de la verdad, de esta subdisciplina que presenta y combina probablemente con éxito elementos de la teoría de la verdad como correspondencia, como coherencia y como consenso.⁷⁶

Otro criterio para evaluar un texto es su potencial para el entendimiento jurídico y para el desarrollo jurídico. Dada la función que cumple esta subdisciplina para otras subdisciplinas jurídicas, la potencia heurística es un criterio particularmente importante: los aportes de esta subdisciplina ganan en veracidad si estimulan o apoyan la (re)construcción dogmática y las operaciones jurídicas concretas que, por su parte, están en una conexión mucho más estrecha con la sustancia legal positiva.⁷⁷ Es importante para la evaluación que ese criterio incluya acuñar nueva terminología, que articule la visión del mundo de actores relevantes en el

⁷⁵ Muchos de estos criterios se tratan en detalle en Schulze-Fielitz, Helmuth, “Was macht die Qualität...”, *cit.*, pp. 26 y ss.

⁷⁶ Mientras que Gloy, Karen, *Wahrheitstheorien*, Tübingen y Basilea, A. Francke, 2004, pp. 168 y ss., rechaza cualquier tipo de combinación sincrética de la teoría de la correspondencia y de la coherencia, Rescher, Nicholas, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford, Clarendon, 1973, propone en su libro una combinación de las mencionadas teorías de la verdad; *cfr.* Habermas, Jürgen, “Wahrheitstheorien”, en Fahrenbach, Helmut (ed.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag, Pfullingen, Neske, 1973, p. 211; Lorenz, Kuno, “Wahrheitskriterium”, en Mittelstraß, Jürgen (ed.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart, Metzler, vol. 4, 1997, p. 594; Glanzberg, Michael, “Truth”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/truth/> (consultada el 10 de noviembre de 2016; para el debate de la verdad en relación con la academia jurídica véase Engisch, Karl, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Munich, Hueber, 1963, pp. 5 y ss.; Deckert, Martine R., “Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 82, Nr. 1, 1996, p. 45.

⁷⁷ Volkman, Uwe, “Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt”, *Der Staat*, 54, 2015, pp. 35 y 60.

sistema jurídico; por ejemplo, políticos legiferantes o jueces que aplican el derecho. Con ello, la construcción teórica del derecho público muestra un paralelo con el proceso de conocimiento de las ciencias naturales, donde al comienzo de una investigación puede encontrarse un teorema altamente especulativo, que debe demostrarse mediante investigación empírica. Un elemento importante para evaluar una teoría de derecho público consiste en probar si produce dogmática jurídica exitosa, si conduce a un mejor entendimiento de las operaciones jurídicas, o si significa un aporte académico para la política jurídica o para la crítica jurídica. En consecuencia, el ICCAL emplea mucha energía en el registro legal exacto y la reconstrucción de las áreas legales relevantes.⁷⁸

⁷⁸ Véase Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2016; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune Na América Latina*, Curitiba, Juruá Editora, vol. III, 2016; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune Na América Latina*, Curitiba, Juruá Editora, vol. II, 2016; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune Na América Latina*, Curitiba, Juruá Editora, vol. I, 2016; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, Río de Janeiro, Elsevier Editora Ltda, 2013; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vols. I y II, 2010; Georgieva Nikleva, Kristina, “Review: La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Democracia Representativa y Derecho Electoral*, ts. I y II, 3, 2010, pp. 401-411; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

La flexibilidad en los criterios de la construcción teórica del derecho público tiene que pagar el precio de permanecer dependiente de un proceso de argumentación jurídica más estrictamente controlado. El estatus epistémico de tal contribución científica es más bien el de una hipótesis que debe probar su valor en discursos jurídicos más concretos. Por lo tanto, tal construcción teórica sólo podría aclarar limitadamente el matorral de la normatividad jurídica. Quien confíe sólo en ella perderá fácilmente el camino correcto.

2. *Valoración de los argumentos de Schmitt*

El concepto de lo político, expuesto en líneas precedentes, ahora será sometido a examen en dos niveles. En primer lugar, se trata de la solidez de los argumentos en la obra que niegan las premisas de un pensamiento en el que las organizaciones internacionales persiguen de un modo inclusivo un bien común transnacional, y en el que los Estados diseñan cooperativamente un espacio común. Dado que la distinción entre amigo-enemigo es la clave para la comprensión de Schmitt del derecho público, los argumentos que la apoyan están en el centro de la evaluación.

El primer argumento de Schmitt es de naturaleza antropológica: la agresividad, incluyendo la predisposición a un conflicto armado, sería una cualidad tan dominante de la persona (de los hombres), que todo el derecho público debería ser concebido desde esta perspectiva.⁷⁹ Esta afirmación no puede convencer: existen abundantes investigaciones psicológicas, sociológicas y antropológicas, según las cuales el comportamiento cooperativo es tan frecuente como el conflictivo.⁸⁰ Por supuesto, las suposiciones de la naturaleza principalmente buena del hombre o de una mejora humana constante son igual de problemáticas que la afirmación de Schmitt; pero esas aseveraciones de ninguna manera son el punto de partida necesario para las concepciones de la persecución del bien común

⁷⁹ *Cfr. supra*, II 2.

⁸⁰ DeWall, C. Nathan *et al.*, “The general aggression model: Theoretical extensions to violence”, *Psychology of Violence*, 1, 2011, pp. 245-258; Craig D. Parks *et al.*, “Cooperation, Trust, and Antagonism: How Public Goods Are Promoted”, *Psychological Science in the Public Interest*, 14, 2013, pp. 119-65. Esta objeción ha sido formulada ya por Strauss, Leo, “Anmerkungen zu Carl Schmitt”, *Der Begriff des Politischen, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 67, 1932, pp. 728-749.

en forma transnacional, cooperativa, internacional e institucionalizada. Estas últimas pueden trabajar absolutamente con suposiciones teóricas del conflicto.⁸¹ El mismo Kant construyó su concepción universalista desde una antropología escéptica. La defensa de la cooperación internacional institucionalizada no puede equipararse con aquella a favor del pacifismo. De la misma manera, el reconocimiento de la dinámica creativa de los conflictos, para la cual se encuentran múltiples evidencias, no implica reconocer la enemistad como la relación interpersonal fundamental, ni como la única idea dominante para comprender el comportamiento humano o el derecho nacional o internacional. Según la concepción de Schmitt, el desarrollo cooperativo de un espacio jurídico europeo habría sido imposible en el periodo de la posguerra.⁸²

El segundo argumento de Schmitt es que la creencia en el pecado original es fundamental para el orden social. Este argumento no es convincente ni dentro de la fe católica, pues es incompatible, en su versión, con el sacramento del bautismo.⁸³ La posición de Schmitt difícilmente puede entenderse, en general, como una elaboración de creencias católicas, y así obtener un poder convincente, al menos, dentro de este marco. Del mismo modo, su rechazo al derecho natural (CdP 95) está en contradicción con la teología neotomista de la Iglesia católica de principios del siglo XX.⁸⁴ Schmitt vuelve a formular un pensamiento importante: el dogma del pecado original es un escudo liberador contra la peligrosa idea de que el mal puede ser borrado por completo. Pero esto está lejos de ser una prueba de que la enemistad es el punto de fuga correcto para una verdadera comprensión del orden social.

El tercer argumento es de naturaleza epistémica. Consiste en que la “naturaleza de las cosas” se reconoce únicamente en el estado de excep-

⁸¹ Cfr. documentación en notas al pie 14 y 15.

⁸² Iluminador, Marco Dani, “Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law”, *European Law Journal*, 18, 2012, pp. 621, 625 y ss.

⁸³ Ecclesia Catholica, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Vaticano, núm. 388 y ss., 1997, disponible en http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html (consultada el 1 de noviembre de 2016), la traducción pertenece al autor. Schmitt se considera a sí mismo católico.

⁸⁴ Sobre la estrecha relación entre el derecho público alemán y la teología véase Tanner, Klaus, *Die fromme Verstaatlichung des Gewissens. Zur Auseinandersetzung um die Legitimität der Weimarer Reichsverfassung in Staatsrechtswissenschaft und Theologie der zwanziger Jahre*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987.

ción que en *El concepto de lo político* es la guerra. Este argumento presenta un error de lógica: el estado de excepción depende lógicamente del estado normal. Sin normalidad no hay ninguna excepción. En una relación de mutua dependencia no puede haber ninguna primacía epistémica. Nótese bien: esta crítica no niega que la investigación de las circunstancias excepcionales pueda ser de valor cognitivo. Obviamente lo es, pero sólo en relación con el estado normal.

Esta crítica encierra el rechazo de la forma de pensar de Schmitt en dualismos irreconciliables. Tales dualismos ciertamente ayudan a estructurar áreas de conocimiento y a generar dinámicas intelectuales. Esto se aplica en particular a recortes vigorosos, como Schmitt los presenta magistralmente. Pero él no dirige sus dualismos constructivamente, a diferencia de una forma de pensar la dialéctica. Un método dialéctico también entiende los conflictos como fundamentales, pero apunta a hacerlos productivos y así contribuir a una mejor comprensión y desarrollo del derecho, la política y la sociedad.⁸⁵ Schmitt, por el contrario, es de la opinión de que el pensamiento debe ser polémico, y que la idea de progreso que trae consigo la dialéctica es engañosa. Schmitt quiere, al igual que Donoso Cortés, imponerse frente al otro;⁸⁶ el pensamiento dialéctico, en cambio, quiere superar las diferencias en las varias dimensiones de este término.

3. *Evaluación de la construcción conceptual de Schmitt*

El concepto de lo político no establece ninguna teoría que desmienta o que haga parecer inconsistentes los principios opuestos; por ejemplo, un derecho internacional orientado a la cooperación en general o reconstrucciones jurídicas como el ICCAL. No hay que temer a los argumentos que los políticos o los jueces formulen en un sentido schmittiano. La debilidad argumentativa no priva a su escritura, sin embargo, de toda relevancia. La

⁸⁵ Cfr. a tal efecto la documentación en nota al pie 15; Brunkhorst, Hauke, “The Co-evolution of Cosmopolitan and National Statehood – Preliminary Theoretical Considerations on the Historical Evolution of Constitutionalism”, *Cooperation and Conflict*, 47, 2012, p. 176. Este explica también nuestro proceder, cfr. Bogdandy, Armin von *et al.*, “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, *European Journal of International Law*, 28, 2017, parte II, disponible en SSRN bajo el número 2770639.

⁸⁶ Schmitt, Carl, *Politische Theologie*, pp. 59, 65 y 66, nota al pie 42.

influencia indiscutible de su trabajo confirma el patrón general de que las contribuciones basadas en premisas débiles pueden ser exitosas e impulsar la investigación.⁸⁷

Una gran contribución de *El concepto de lo político* radica en que presenta de forma brillante un concepto que articula nuevamente y con gran potencia la antigua visión del *particularismo*. Ernst Jünger vio el genio de Schmitt en tales acuñaciones.⁸⁸ Este logro se vuelve más comprensible considerando lo que constituye un *concepto*. Como explica Schmitt, la formación de un concepto requiere algo más que la descripción del uso de una palabra: un concepto debe proporcionar conocimiento. Es por eso que Schmitt incluso niega el carácter de concepto a la definición convencional del Estado como “estatus político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales” (CdP 49). Sin embargo, las explicaciones de Schmitt no son muy claras en lo que respecta a la creación de conceptos: habla oscuramente de un “punto de partida para una exposición sencilla y elemental” (CdP 49), un “criterio” que no puede derivarse “de otros criterios” (CdP 56), que “se imponga por sí mism(o)” (CdP 56). La distinción amigo-enemigo, sin embargo, no es evidente, sin más, de ninguna manera, como lo muestran diferentes conceptos de lo político.⁸⁹

Investigaciones más recientes, como la de Reinhart Koselleck, explican mejor el verdadero logro de Schmitt al acuñar conceptos. De acuerdo con esto, las palabras encarnan un concepto cuando identifican algo, lo demarcan y conectan diferentes fenómenos, experiencias, teorías, o hechos, de tal manera que proporcionen conocimiento, y que vayan más allá de la simple designación de un estado de cosas o de una situación.⁹⁰ Medido en esta escala, *El concepto de lo político*, aunque con una base teóri-

⁸⁷ Provee un fino ejemplo sobre el hegelianismo naíf que se expresa en la obra estándar del derecho administrativo alemán, Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, Band 1, 1895; Schmidt-De Caluwe, Reimund, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Meyers: Staatstheoretische Grundlagen, Dogmatische Ausgestaltung und deren Verfassungsbedingte Vergänglichkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, pp. 206 y ss.

⁸⁸ Ernst Jünger, citado por Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt...*, cit., p. 424.

⁸⁹ Véase Morgenthau, *La notion du "politique" et...*, cit., pp. 48-58.

⁹⁰ Koselleck, Reinhart, “Einleitung”, en Brunner, Otto et al. (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, vol. 1, 1972, pp. XIII, XXIII; *id.*, *Vergangene Zukunft – Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt, Main, Suhrkamp, 1988, p. 119. Este entendimiento tiene, per se, un trasfondo schmittiano, véase Egner, David, “Begriffsgeschichte und Begriffssoziologie”, en Busen,

ca débil, acuña un concepto fuerte: logra fusionar experiencias, entendimientos y teorías en una fórmula precisa (la distinción amigo-enemigo), que articula la visión del mundo particularista para una era caracterizada por una democracia de masas e interdependencia internacional.

De esta manera, Schmitt renueva, reformula y enfoca, para esta era, en ese texto, asunciones del *particularismo* desarrolladas a lo largo de dos mil años de historia de pensamiento político: la primacía de la política exterior, la precariedad del orden internacional basado en el derecho, la omnipresencia de fuerzas que amenazan la supervivencia, la necesidad de liderazgo y de un alto grado de integración social como precondiciones para el orden nacional, pero también el llamamiento al heroísmo, al sacrificio, de una comunidad centrada en un *líder* político, sin olvidar el malestar por una sociedad polarizada, mercantilizada y tecnificada, en busca de un progreso constante.⁹¹ *El concepto de lo político* ayuda a comprender mejor tales entendimientos que influyen en el derecho, la política y las prácticas legalmente relevantes, tanto en 1932 como en 2018. No pocos ciudadanos, así como tomadores de decisiones en muchos Estados, parecen simpatizar con este punto de vista, aunque no ineludiblemente en la forma radical de Schmitt. Incluso se puede aprobar el concepto de “verdad” de Schmitt en la medida en que logra articular adecuadamente la imagen del mundo particularista.

El concepto de lo político contiene además la idea de una reconstrucción reconocible de la historia del derecho internacional, una historia de ascenso y declive en lugar de un progreso lineal. Sólo unos pocos lograron presentar una historia similarmente fascinante del derecho internacional. Hitos como *Epochs of International Law*, de Wilhelm Grewe; o *El discreto civilizador de naciones*, de Martti Koskenniemi, son difícilmente imaginables sin la contribución de Schmitt.⁹² En general, *El concepto de lo político* resulta ser una fuente de inspiración para muchos textos innovadores y de diagnósti-

Andreas y Weiß, Alexander (eds.), *Ansätze und Methoden zur Erforschung politischen Denkens*, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp. 81 y ss.

⁹¹ Schmitt, Carl y *Der Begriff des Politischen...*, cit., pp. 269 y ss.; Schönberger, Christoph, “Staatlich und Politisch...”, cit., p. 21.

⁹² Grewe, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984, traducido por Michael Byers como *The Epochs of International Law*, Berlín, De Gruyter, 2000; Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of...*, cit., existe una edición de este último libro en español, *El discreto civilizador de naciones*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2005.

co del momento; por ejemplo, los que explican desde la “guerra contra el terror” la crisis del euro, hasta la crisis de seguridad en América Latina.⁹³ Ocuparse de Schmitt puede ser tan apologético como crítico. Ello no presupone compartir sus premisas y posiciones.

IV. CONCLUSIONES PARA EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

El concepto de lo político constituye un hito en la teoría del derecho público que trabaja en diálogo con la teoría política, la historia y otras disciplinas sobre la base del derecho público y su capacidad crítica. Con ese propósito promueve el movimiento transfronterizo entre disciplinas, y permite textos libres, eclécticos y sincréticos: *pedes in terra ad sidera visus*.

El concepto de lo político sugiere un enfoque amplio de esa subdisciplina, que va más allá del “Estado” o de su “Constitución”, y que abarca fenómenos supranacionales e internacionales. Desde ahora la construcción teórica del derecho público debe girar, en lo fundamental, en torno a la sistematización, interpretación y crítica de fenómenos jurídicos de autoridad pública, no sólo a nivel nacional, sino también a nivel regional, supranacional e internacional. Exactamente este es el programa del ICCAL. Hoy el futuro del derecho internacional está tanto en lo nacional (A.-M. Slaughter) como el futuro del derecho doméstico está en lo internacional (M. Goldmann). El nuevo nacionalismo difícilmente podrá cambiar esto totalmente. Esta situación requiere concepciones de unidad del derecho público que, sin embargo, no sólo no nieguen las diferencias fundamentales de sus componentes, sino más bien que las hagan precisas. Se necesita una nueva tópica de los conceptos claves del derecho público (CdP 39), que es justamente lo que propone el ICCAL.

En esa “tópica”, el Estado no puede seguir siendo más la única idea dominante en la construcción conceptual del derecho público, como *El*

⁹³ Véase las fuentes en nota al pie 21, más sobre el tema en Jakobs, Günther, “Zur Theorie des Feindstrafrechts”, en Rosenau, Henning y Kim, Sangyun (eds.), *Straftheorie und Strafrechtigkeit*, Frankfurt, Main, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2010, p. 182; Kutz, Christopher, “Torture, Necessity and Existential Politics”, *Cal. L. Rev.*, 95, 2007, p. 235; Mayer, Franz, “L’Identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande”, en Burgorgue-Larsen, Laurence (ed.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, París, Pedone, 2011, p. 63.

concepto de lo político lo proclama con elocuencia. Sin embargo, su propuesta concreta no puede convencer y, en última instancia, sirve a un estatismo nacionalista. Significativamente, el primer paso en la ciencia jurídica española después de la caída del régimen franquista cercano al pensamiento de Schmitt fue deshacerse del concepto de *derecho político*.

¿Qué puede servir entonces como idea dominante? En general, se puede entender la designación de la disciplina programáticamente y buscar esa idea dominante en el concepto de lo público.⁹⁴ Esto conduce, desde el enfoque analítico del tema, al concepto de autoridad pública, que ayuda a determinar acciones, instituciones y operaciones, que deberían estar sujetas a un régimen jurídico público que se corresponda con la dimensión normativa del concepto de lo público. Esto incluye fenómenos jurídicos estatales, supranacionales e internacionales.⁹⁵

Esto no es ningún juego de bolillas académico.⁹⁶ Existe una gran necesidad de cumplir mejor las expectativas de los ciudadanos hacia las instituciones estatales, supranacionales, así como de las instituciones internacionales, para combatir el alejamiento generalizado de ellas, ya que ese alejamiento alimenta movimientos políticos cercanos al pensamiento de Schmitt. A muchos ciudadanos les ha surgido la impresión de encontrarse como inhabilitados y perdedores en una globalización a la que las instituciones internacionales contribuyen con su parte. Ellas deben ejercer sus competencias más legítima y eficientemente; es decir, alcanzar un interés general con inclusión de las partes afectadas.⁹⁷ Precisamente este es el código fuente de un derecho público democrático-liberal. Este código fuente

⁹⁴ Vesting, Thomas, “Die Staatslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes”, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, 41, 2004, pp. 41-70.

⁹⁵ Enroth, Henrik, “The Concept of Authority Transnationalised”, *Transnational Legal Theory*, 4, 2013, p. 336-353; Cassese, Sabino, “Global Administrative Law: The State of the Art”, *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015, pp. 465-468; Krisch, Nico, “The Structure of Postnational Authority”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2564579> (consultada el 1 de noviembre de 2016).

⁹⁶ Para la opinión opuesta, véase Kunig, Philip, “Völkerrecht als öffentliches Recht – ein Glasperlenspiel”, en Ranzelzhofer, A. (ed.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, Munich, Beck, 1995, p. 325.

⁹⁷ Para el difícil concepto de bien común internacional *efr.* Steffek, Jens, “The Output Legitimacy of International Organizations and the Global Public Interest”, *International Theory*, 7, 2015, p. 263; Rauber, Jochen, *Strukturwandel als Prinzipienwandel*, Berlín, primavera de 2017, pp. 117 y ss.

del derecho público ha encontrado en Latinoamérica un especial diseño notable, en forma de un constitucionalismo transformativo regional, que en casi todo es el exacto opuesto de Schmitt. Sólo piénsese en los conceptos clave del pluralismo político, del diálogo, de la inclusión basada en los derechos humanos.

Esta oposición a las ideas de Schmitt no significa, sin embargo, que el enfoque del ICCAL niegue todo lo que sostiene este autor en su libro. El ICCAL reconoce la profunda heterogeneidad de las visiones del mundo, intereses e identidades,⁹⁸ el peligro de la infiltración particularista en instituciones supuestamente universalistas, la despolitización burocrática alienante de la persecución del bienestar común, la inevitabilidad de los conflictos y, por último y no menos importante, el hecho de que hay que dar forma al mundo junto a personas que comparten la visión de Schmitt.

En última instancia, sin embargo, las debilidades de los argumentos de Schmitt alientan a seguir el proyecto de un *constitucionalismo transformador* regional, como el que se encuentra en América Latina, con optimismo también frente a las reacciones nacionalistas. El constitucionalismo liberal había tenido éxito en derrotar las ideas de Schmitt en Europa occidental, después de la Segunda Guerra Mundial, y en América Latina, después de la caída de las dictaduras. Por supuesto, tal victoria nunca es definitiva, como enseña el presente. Pero de *El concepto de lo político* no se puede extraer ningún argumento para renunciar hoy a este modelo de orden, sino para perseguirlo a la luz de los átomos de verdad que brillan en él.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *Ausnahmezustand*, Berlín, Suhrkamp, 2004.
BENVENISTI, Eyal, *The Law of Global Governance*, Leiden, Boston, Brill-Nijhoff, 2014.
BHUTA, Nehal, “The Frontiers of Extraterritoriality: Human Rights as Global Law”, en BHUTA, Nehal, *The Frontiers of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁹⁸ Sobre el valor de la diversidad, véase Habermas, Jürgen, “Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für Europäische Solidarität”, en Jürgen, Habermas, *Im Sog der Technokratie*, Berlín, Suhrkamp, 2013, pp. 104 y ss.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts”, en QUARITSCH, Helmut (ed.), *Complexio Oppositorum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BOGDANDY, Armin von y BAST, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2011.
- BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- BOGDANDY, Armin von y HINGHOFER-SZALKAY, Stephan, “European Public Law - Lessons from the Concept’s Past”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 2017.
- BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- BOGDANDY, Armin von, “The Idea of European Public Law Today”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 2017.
- BOGDANDY, Armin von, “Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin”, *Juristenzeitung*, 2017.
- BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, vols. I y II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, Río de Janeiro, Elsevier Editora Ltda, 2013.
- BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 131-173.

- BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, México, UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2016.
- BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013.
- BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune Na América Latina*, Curitiba, Juruá Editora, vols. I, II y III, 2016.
- BOGDANDY, Armin von *et al.*, “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, *European Journal of International Law*, 28, 2017.
- BONACKER, Thorsten, “Konflikttheorien”, en KNEER, Georg y SCHROER, Markus (eds.), *Handbuch Soziologische Theorien*, Heidelberg, primavera de 2009.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, “Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South”, en BONILLA MALDONADO, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BOON, Kirsten, “President Trump and the Future of Multilateralism”, *Emory International Law Review*, 31, 2017, pp. 1075-1081, disponible en <http://law.emory.edu/eilr/recent-developments/volume-31/essays/president-trump-future-multilateralism.html> (consultada el 25 de julio de 2017).
- BRUNKHORST, Hauke, “The Co-evolution of Cosmopolitan and National Statehood – Preliminary Theoretical Considerations on the Historical Evolution of Constitutionalism”, *Cooperation and Conflict*, 47, 2012.

- BRUNNÉE, Jutta y TOOPE, Stephen, *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge Cambridge University Press, 2010.
- CASSESE, Sabino, “Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation”, *NYU Journal of International Law & Politics*, 37, 2005
- CASSESE, Sabino, “Global Administrative Law: The State of the Art”, *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015.
- DAHRENDORF, Ralf, “Zu einer Theorie des Sozialen Konflikts”, en ZAPF, Wolfgang (ed.), *Theorien des Sozialen Wandels*, 3a. ed., Colonia, Kiepenheuer & Witsch, 1971.
- DALY, Tom Gerald, “Relation of Constitutional Courts/Supreme Courts to the IACtHR”, en GROTE, Rainer *et al.* (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*.
- DANI, Marco, “Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law”, *European Law Journal*, 18, 2012.
- DECKERT, Martine R., “Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 82, núm. 1, 1996, p. 45.
- DELLAVALLE, Sergio, “Beyond Particularism: Remarks on Some Recent Approaches to the Idea of a Universal Political and Legal Order”, *European Journal of International Law*, 21, 2010.
- DELLAVALLE, Sergio, *Dalla comunità particolare all’ordine universale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, vol. 1, I paradigmi storici, 2011.
- DOTTI, Jorge Eugenio, *Carl Schmitt en Argentina*, Buenos Aires, Homo Sapiens Ediciones, 2000.
- DUGUIT, Léon, *L’État, le droit objectif et la loi positive*, París Dalloz-Sirey, 2003.
- ECCLESIA CATHOLICA, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Vaticano, 1997, núm. 388 y ss., disponible en http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html (consultada el 01 de noviembre de 2016).
- EDWARD H., Carr, *The Twenty Years’ Crisis. An Introduction to the Study of International Relations*, Londres, Macmillan & Co, 1940.
- EGNER, David, “Begriffsgeschichte und Begriffssoziologie”, en BUSEN, Andreas y WEISS, Alexander (eds.), *Ansätze und Methoden zur Erforschung politischen Denkens*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

- ENGISCH, Karl, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Munich, Hueber, 1963.
- ENROTH, Henrik, “The Concept of Authority Transnationalised”, *Transnational Legal Theory*, 4, 2013.
- FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, Beck, 1971.
- GASSNER, Ulrich, *Heinrich Triepel. Leben und Werk*, Berlín, Duncker und Humblot, 1999.
- GETHMANN, Carl Friedrich *et al.*, *Manifest Geisteswissenschaft*, Berlín, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, 2005.
- GLANZBERG, Michael, “Truth”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/truth/> (consultada el 10. de noviembre de 2016).
- GLOY, Karen, *Wahrheitstheorien*, Tübingen y Basilea, A. Francke, 2004.
- GOLDMANN, Matthias, *Internationale öffentliche Gewalt*, Berlín, primavera de 2015.
- GREWE, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984, trad. de Michael Byers como *The Epochs of International Law*, Berlín, De Gruyter, 2000.
- GROTJE, Ewald, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970*, Munich, Oldenburg, 2005.
- GÜNTHER, Frieder, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970*, Munich, Oldenburg, 2004.
- GUSY, Christoph (ed.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, “Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für europäische Solidarität”, en HABERMAS, Jürgen *Im Sog der Technokratie*, Berlín, Suhrkamp, 2013.
- HABERMAS, Jürgen, “Zum Begriff «des» Politischen – Der vernünftige Sinn eines zweifelhaften Erbstücks der Politischen Theologie”, texto de una presentación hecha el 23 de octubre de 2009 en la New Yorker “Cooper Union” de Nueva York, p. 10.
- HABERMAS, Jürgen, “Discourse Theory and International Law”, disponible en <http://www.esil-sedi.eu/node/288>
- HABERMAS, Jürgen, “Wahrheitstheorien”, en FAHRENBACH, Helmut (ed.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für Walter Schulz zum Geburtstag, Pfullingen, Neske, 60, 1973.

- HABERMAS, Jürgen, *Der gespaltene Westen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2004.
- HEIMSOETH, Heinz, *Die Sechs Großen Themen der Abendländischen Metaphysik und der Ausgang des Mittelalters*, 3a. ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1954.
- HIRSCHMANN, Albert O., “Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society”, *Political Theory*, 22, 1994.
- HONNETH, Axel, *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin, Suhrkamp, 2013.
- HOWSE, Robert, “Schmitt, Schmitteanism, and Contemporary International Legal Theory”, en ORFORD, Anne y HOFFMANN, Florian (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- HOWSE, Robert, *Leo Strauss. Man of Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- HUNTINGTON, Samuel, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York, Simon & Schuster, 1996.
- JAKAB, András, *European Constitutional Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- JAKOBS, Günther, “Zur Theorie des Feindstrafrechts”, en ROSENAU, Henning y KIM, Sangyun (eds.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, Frankfurt-Main, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2010.
- JESSUP, Philip, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.
- JESTAEDT, Matthias, “Verfassungstheorie als Disziplin”, en DEPENHEUER, Otto y GRABENWARTER, Christoph (eds.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- JOERGES, Christian y SINGH GHALEIGH, Navraj (eds.), *Darker legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its legal Traditions*, Oxford, Hart, 2003.
- JOUANJAN, Olivier, “Frankreich”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Publicum Europaeum I: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, Heidelberg, Müller, 2007.
- KINGSBURY, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems*, 68, 2005.
- KLABBERS, Jan *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- KLARE, K., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal of Human Rights*, 14, 1998.

- KOSELLECK, Reinhart, “Einleitung”, en BRUNNER, Otto (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, vol. 1, 1972.
- KOSELLECK, Reinhart, *Vergangene Zukunft – Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt-Main, Suhrkamp, 1988.
- KOSKENNIEMI, Martti, “What Should International Legal History Become?”, en KADELBACH, Stefan *et al.* (eds.), *System, Order and International Law – The Early History of International Legal Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Between Coordination and Constitution. International Law as a German Discipline”, *Rediscriptions. Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 15, 2011.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Global Governance and Public International Law”, *Kritische Justiz*, 37, 2004.
- KOSKENNIEMI, Martti, “International Law as Political Theology: How to Read Nomos der Erde?”, *Constellations*, 11, 2004.
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Existe una edición de este último libro en español KOSKENNIEMI, *El discreto civilizador de naciones*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2005.
- KRASNER, Stephen D. y RISSE, Thomas, “External Actors, State-Building, and Service Provision in Areas of Limited Statehood: Introduction”, *Governance*, 27, 2014.
- KRIEGER, Heike y Nolte, Georg, “The International Rule of Law – Rise or Decline? Points of Departure”, KFG Working Paper Series, núm. 1, 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2866940 (consultada el 25 de julio de 2017).
- KRISCH, Nico, “The Structure of Postnational Authority”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2564579>.
- KUNIG, Philip, “Völkerrecht als öffentliches Recht – ein *Glasperlenspiel*”, en RANDELZHOFFER, A. (ed.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, Munich, Beck, 1995.
- KUTZ, Christopher, “Torture, Necessity and Existential Politics”, *Cal. L. Rev.* 95, 2007.
- LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

- LORENZ, Kuno, “Wahrheitskriterium”, en MITTELSTRASS, Jürgen (ed.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart, Metzler, vol. 4, 1997.
- LOUGHLIN, Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- LYOTARD, Jean-François, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, París, Minuit, 1979.
- MAYER, Franz, “L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence (ed.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, París, Pedone, 2011.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, Band 1, 1895.
- MCMASTER, H. R. y COHN, Gary D., “America First Doesn’t Mean America Alone”, *The Wall Street Journal*, 30 de Mayo, 2017, disponible en <https://www.wsj.com/articles/america-first-doesn-t-mean-america-alone-1496187426>.
- MEHRING, Reinhard, *Carl Schmitt. Zur Einführung*, Hamburgo, Junius, 2011.
- MEHRING, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, Beck, 2009.
- MEHRING, Reinhard (ed.), *Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar*, Berlín, Akademie-Verlag, 2003.
- MEINEL, Florian, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlín, Akademie-Verlag, 2011.
- MORGENTHAU, Hans, *La notion du “politique” et la théorie des différends internationaux*, París, Sirey, 1933.
- MORGENTHAU, Hans, *Die internationale Rechtspflege. Ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig: Noske, 1929.
- MORLOK, Martin, *Was heißt und zu welchem Zweck studiert man Verfassungstheorie?*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- NIKLEVA, Kristina Georgieva, “Review: La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Democracia Representativa y Derecho Electoral* 3, tt. I y II, 2010.
- OSIANDER, Andreas, “Missionare oder Analytiker? Versuch einer Neubewertung der «idealistischen» Schule in der Lehre von den internationalen Beziehungen”, en STEFFEK, Jens y HOLTTHAUS, Leonie (eds.), *Jenseits der Anarchie*, Frankfurt-Main, Nueva York, Campus, 2014.

- PARKS, Craig D. *et al.*, “Cooperation, Trust, and Antagonism: How Public Goods Are Promoted”, *Psychological Science in the Public Interest*, 14, 2013.
- PINKARD, Terry, *Hegel's Naturalism: Mind, Nature, and the Final Ends of Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- POSNER, Eric A., “Liberal Internationalism and the Populist Backlash”, *U of Chicago, Public Law Working Paper*, núm. 606, 2017, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2898357.
- QUANTE, Michael, *Die Wirklichkeit des Geistes. Studien zu Hegel*, Berlín, Suhrkamp, 2011.
- QUARITSCH, Helmut (ed.), *Complexio Oppositorum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- RABINOW, Paul y SULLIVAN, William M. (eds.), *Interpretive Social Science. A Second Look*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1979.
- RAUBER, Jochen, *Strukturwandel als Prinzipienwandel*, Berlín, primavera de 2017.
- RESCHER, Nicholas, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford, Clarendon, 1973.
- SCHERMERS, Henry G. y BLOKKER, Niels, *International Institutional Law. Unity within diversity*, 5a. ed., Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers: Staatstheoretische Grundlagen, Dogmatische Ausgestaltung und deren Verfassungsbedingte Vergänglichkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.
- WALL, C. Nathan de *et al.*, “The General Aggression Model: Theoretical Extensions to Violence”, *Psychology of Violence*, 1, 2011.