

Institutional turn. ¿Carl Schmitt o Santi Romano?¹

Institutional turn. Carl Schmitt or Santi Romano?

Roberto Esposito²

Traductor: Bruno Vendramin³

Resumen

El artículo analiza el institucionalismo en la obra de Carl Schmitt y Santi Romano desde el horizonte de la crítica de la teología política. El autor sostiene que se trata de una operación difícil por las profundas raíces de la teología política en la constitución del léxico político moderno. Seguidamente, reconstruye brevemente la controversia entre Schmitt y Benjamin sobre la teología política y examina la problemática del poder constituyente en la obra de Schmitt y en el debate filosófico-político contemporáneo. Después penetra en el institucionalismo schmittiano y sus compromisos con el régimen nazi, argumentando que Schmitt no logró salir del monismo del decisionismo, perdiendo todo potencial analítico innovador en el campo del institucionalismo. Finalmente, Esposito se adentra en el pensamiento institucionalista de Romano poniendo de relieve la relación del derecho con su “afuera” en tres dimensiones: lo no-jurídico, lo pre-jurídico y lo antijurídico. Luego

7

Recibido: 1 de marzo de 2022 ~ Aceptado: 6 de junio de 2022 ~ Publicado: 20 de julio de 2022

¹ El artículo fue publicado originalmente en *Almanacco di Filosofia Politica 2. Istituzione*. Macerata: Quodlibet, 2020, pp. 17-33.

² Nápoles, Italia, 1950. Es uno de los filósofos políticos más importantes de la actualidad y uno de los mayores exponentes del pensamiento italiano contemporáneo. Es profesor de Historia de Filosofía Moral y Política en el Instituto Italiano de Ciencias Humanas en Nápoles y Florencia. Cofundador del Centro para la Investigación sobre el Léxico Político Europeo y miembro del Colegio Internacional de Filosofía de París. Integra el comité editorial de las revistas *Filosofia Politica* y *MicroMega*. Sus intereses filosóficos giran en torno a la noción de comunidad, la biopolítica, el concepto de persona, la teología política y las instituciones. Entre sus obras más importantes se encuentran: *El origen de la política. ¿Hannah Arendt o Simone Weil?* (Buenos Aires: Paidós, 1999); *Categorías de lo impolítico* (Buenos Aires: Katz, 2006); *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (Buenos Aires: Amorrortu, 2003); *Immunitas. Protección y negación de la vida* (Buenos Aires: Amorrortu, 2005); *Bios. Biopolítica y filosofía* (Buenos Aires: Amorrortu, 2006); *Tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal* (Buenos Aires: Amorrortu, 2009); *Comunidad, inmunidad, biopolítica* (Barcelona: Herder, 2009); *El dispositivo de la persona* (Buenos Aires: Amorrortu, 2011); *Diez pensamientos acerca de la política* (Buenos Aires: FCE, 2012); *Pensamiento viviente* (Buenos Aires: Amorrortu, 2015); *Dos. La máquina de la teología política y el lugar del pensamiento* (Buenos Aires: Amorrortu, 2016); *Las personas y las cosas* (Buenos Aires: Katz, 2016); *Desde fuera. Una filosofía para Europa* (Buenos Aires: Amorrortu, 2018); *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica* (Torino: Einaudi, 2020); *La política y la historia* (Buenos Aires: Prometeo, 2022); *Política y negación. Por una filosofía afirmativa* (Buenos Aires: Amorrortu, 2022); *Institución* (Barcelona: Herder, 2022); *Immunitas comune. Biopolítica all'epoca della pandemia* (Torino: Einaudi, 2022).

³ Correo electrónico: brunovendraminn@gmail.com  <https://orcid.org/0000-0003-3414-0637>

de estudiar estas tres dimensiones, el autor concluye que la ontología jurídica de Romano queda a reparo de toda excedencia teológico-política.

Palabras clave: Institucionalismo – teología política – poder constituyente – Carl Schmitt – Santi Romano.

Abstract

The article analyzes the institutionalism in the work of Carl Schmitt and Santi Romano from the perspective of the critique of political theology. The author argues that it is a difficult operation due to the deep roots of political theology in the constitution of the modern political lexicon. Next, it probably reconstructs the controversy between Schmitt and Benjamin on political theology and then examines the problematic of constituent power in Schmitt's work and in the contemporary philosophical-political debate. After penetrating into schmittian institutionalism and its commitments to the Nazi regime, arguing that Schmitt will not come out of decisionist monism losing all innovative analytical potential in the field of institutionalism. Finally, Esposito delves into Romano's institutionalist thought, highlighting the relationship between law and its "outside" in three dimensions: the non-legal, the pre-legal and the anti-legal. After studying these three dimensions, the author concludes that Romano's legal ontology is protected from any theological-political excess.

8

Keywords: Institutionalism – political theology – constituent power – Carl Schmitt – Santi Romano.

1.

Este artículo pretende situar la semántica de la institución –o, mejor, del instituir (Esposito, 2019; 2020)– en una perspectiva crítica de la teología política. Crítica no solo de sus categorías sino también de su lenguaje conceptual. Se trata de una operación difícil por las profundas raíces de esta última en la constitución del léxico político moderno, como ha sido señalado por Carl Schmitt (1972) en un escrito de singular fuerza de penetración en la reflexión filosófica del siglo XX. Incluso, esto explica por qué las disputas a las que se ha visto sometida la teología política han intentado, a lo largo del tiempo, liberarse de su captura, quedando mayoritariamente integradas en su horizonte paradigmático. Quizás el caso más llamativo de tal implicación sea el de Walter Benjamin. Cualquiera que haya sido el punto desencadenante de la polémica con Schmitt –la lectura de Benjamin de la *Teología política* schmittiana o la de la *Sobre la crítica de la violencia* por parte de Schmitt–

acercarse a ella presupone que “el estado de excepción en el cual vivimos es la regla” (Benjamin, 2019, p. 309). Formulada por Benjamin en la VIII tesis *Sobre el concepto de historia*, tal idea es esencialmente compartida por Schmitt. Para ambos lo político, en su punto más intenso, se muestra no en la continuidad sino en la ruptura de la sucesión histórica. Naturalmente, el significado que le otorgan al concepto de excepción, como las consecuencias políticas que infieren, son tan diferentes que parecen opuestos.⁴ Si para Schmitt el estado de excepción es el lugar de emergencia de la soberanía, para Benjamin, al contrario, es el vértice en el cual el soberano está siempre a punto de caer, experimentado así la propia fragilidad constitutiva. Tal diferencia depende de que mientras Schmitt instituye una precisa correspondencia entre ámbito teológico y ámbito político, Benjamin (2016, p. 55) afirma que “el orden de lo profano no puede construirse sobre la idea del reino de Dios; por eso la teocracia no tiene un sentido político sino sólo religioso.” Privado de toda posibilidad de redención, el orden profano es abandonado a un nihilismo que impide toda relación con el orden teológico. Pero justamente es tal distancia la que lo pone en relación con lo mesiánico. Si está cerrado el camino para la restauración del orden –perseguida, en cambio, por Schmitt–, queda abierta la vía para una revolución surgida del estado de excepción. Para ambos la excepción está ligada a la soberanía. Pero para Schmitt en función constituyente y para Benjamin destituyente. Si para el primero la excepción constituye el poder soberano volviendo posible el orden, para el otro lo destituye abriendo las puertas a la anarquía. En Schmitt la teología política se afirma en el poder constituyente y en Benjamin se niega en la potencia destituyente. Pero esta negación permanece en la otra cara de lo que niega. Es esta correspondencia de contrastes que, a pesar de la evidente diferencia, mantiene las perspectivas de Schmitt y Benjamin en un mismo horizonte marcado, en positivo o en negativo, por el léxico teológico-político. Sorprende que a casi un siglo de esta controversia el más actual debate ontológico-político contemporáneo sea reconducible –naturalmente con las debidas diferencias de contexto y perspectiva– a los mismos términos. Todavía hoy poder constituyente y potencia destituyente se ubican en polaridades extremas de una misma línea fijada por la oposición entre excepción e historia. Por lo demás, el concepto de poder constituyente –derivado de la figura teológica de la *potestas constituens* de Dios– había sido colocado por Schmitt en un estado de naturaleza sustraído a la historia. Partiendo de la afirmación de Sieyès según la cual para producir la decisión política es suficiente que la nación quiera, concluía que “el poder constituyente no está atado a procedimientos y formas jurídicas. Está siempre en estado de naturaleza” (Schmitt, 1984, p. 114). Justamente este carácter, al mismo tiempo teológico y natural –pero no histórico– permitió a Schmitt, con uno de sus

9

⁴ Para una reconstrucción crítica de esta cuestión, cfr. Gentili (2019, pp. 31-46).

característicos saltos paradigmáticos, instituir “una analogía metafísica” entre el *pouvoir constituant* de Sieyès y la *natura naturans* de Spinoza: “La metafísica de la *potestas constituens* como caso análogo a la *natura naturans* forma parte de la teoría de la teología política” (Schmitt, 1984, p. 115).

Se trata de una cualidad destinada a caracterizar a toda la teoría del poder constituyente, no solo de derecha sino también de izquierda. Aun sosteniendo que “la ruptura con la tradición teológica es completa”, Antonio Negri (1992, p. 19) no puede evitar otorgar al poder constituyente atributos divinos. Ante todo, omnipotencia y omnipresencia: “el poder constituyente no es solo omnipotente, sino que también es expansivo, su ilimitación no es solo temporal sino también espacial” (Negri, 1992, p. 9). Naturalmente, Negri toma las más claras distancias de la lógica soberana de Schmitt. Constituyente no sería el poder soberano que decide sobre el orden sino, por el contrario, el acto revolucionario que lo destruye. Sin embargo, y precisamente por esto, mantiene las mismas prerrogativas de la soberanía, comenzando por la típicamente teológico-política de lo absoluto. Para crear *ex nihilo* algo que no existía, el poder constituyente debe ser “absoluto”, liberado de todo vínculo con lo que lo precede: “el paradigma del poder constituyente es el de una fuerza que irrumpe, quiebra, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda continuidad posible” (Negri, 1992, p. 18). A diferencia del constitucionalismo, plegado eternamente sobre el pasado, el poder constituyente no existe más que en el futuro, esforzándose eternamente por lograr un cumplimiento escatológico continuamente hacia adelante. En este sentido, no tiene lugar en el orden temporal. Por un lado, lo precede dándole inicio. Por otro lado, lo excede dejándolo atrás. De ahí la antinomia que no deja de inquietarlo. Dirigido a instaurar un orden perfecto coincidente con el estado de naturaleza, se ve obligado, para no negarse a sí mismo en el poder constituido, a presuponer su superación en una movilización permanente que impide toda fijación. Mientras proyecta el presente en un futuro inalcanzable, lo contrae en el presente volviéndolo posible, restando consistencia a uno y a otro. La historia entera está encerrada en un único cuadro. O difuminada en una infinidad de cuadros discontinuos que se suceden sin relación recíproca (Zagrebelsky, 1986). Por lo demás, la incompatibilidad del poder constituyente es reconocible incluso desde otro punto de vista. Concebido *a priori* del poder constituido al que da lugar, sólo adquiere legitimidad *a posteriori*, siempre y cuando sea efectivamente instaurado. Para que el poder constituyente pueda considerarse tal y no un golpe de Estado fallido es necesario que la revolución de la cual es portador haya tenido éxito. Por el contrario, en caso de fracaso, sus actos serán definidos como criminales por el poder que no ha conseguido derrocar y sus autores condenados por alta traición. Así, en cualquier

caso, es externo al ritmo de la historia (conjugable solo en el tiempo hipotético del futuro anterior).

En el debate contemporáneo, al poder constituyente le responde lo que tiene el nombre de poder destituyente o, mejor dicho, potencia destituyente. Desde su denominación significa explícitamente lo contrario. Ésta destituye no solo todo poder constituido sino también el acto que lo constituye. De hecho, es definida justamente por la sustracción al acto. No obstante, entre los dos paradigmas existe un punto de contacto no diferente del que une, por el contrario, a Schmitt y Benjamin. Como se ha señalado, esto permite “redimensionar la rígida contraposición entre poder destituyente y poder constituyente que hoy caracteriza al debate teórico y político y redescubrir su originaria co-pertenencia –y, por lo tanto, también sus límites modernos comunes” (Laudani, 2016, pp. 12-13). Aunque sean diferentes entre sí, las categorías de revolución y anarquía, a las que se refieren respectivamente estos paradigmas, tienen un origen común representado en la crítica al poder constituido. Por lo demás, el teórico más radical del pensamiento constituyente hace un amplio uso de las categorías de desobediencia, sustracción y éxodo. Pero una oscilación análoga la experimenta incluso el mayor intérprete del poder destituyente, si es verdad, como se ha observado, que “las características ontológicas que Agamben asigna en la actualidad al poder destituyente son las mismas que en *Homo sacer* él asignaba al poder constituyente liberado de su identificación –para bien o para mal– con el poder soberano, testimoniando que los límites entre los dos conceptos son mucho más difuminados y porosos de cuanto hoy se reconozca” (Laudani, 2016, p. 13; Agamben, 2014, pp. 333-351). En efecto, ambos conceptos son teológico-políticos –uno de tipo escatológico y otro mesiánico. Por otra parte, la matriz originaria de la potencia destituyente es colocada por el mismo Benjamin en la violencia divina que interrumpe la dialéctica mítica entre violencia que funda el derecho y violencia que lo conserva. Solo la violencia divina, destruyendo la relación entre medios y fines en un régimen de puros medios, puede abrir un nuevo tiempo mesiánico. Obviamente, esto no debe confundirse con el tiempo escatológico del poder constituyente. En el sentido que no hace referencia al final de los tiempos ni, precisamente, a otro tiempo. Más bien, a un tiempo completamente idéntico al profano, e incluso interno a él, pero radicalmente distinto en las formas en que es vivido por quienes lo experimentan. A lo que se refiere es a una sustracción radical de la obra no en el sentido de su destrucción sino de su desactivación. Sin embargo, una vez más, la distancia deja observar una secreta coincidencia entre destitución y constitución. La salvación abierta por el tiempo mesiánico presupone la irremeabilidad de la condición humana: siendo ya realizada con el advenimiento del Mesías, la salvación no puede darse más.

De este modo, “la destitución coincide sin residuos con la constitución, la posición no tiene otra consistencia que en la deposición” (Agamben, 2014, p. 348).

2.

Llama la atención que justamente Schmitt haya indicado una posible vía de escape al cortocircuito teológico-político entre norma y decisión. Y todavía más que lo hiciera en la introducción a la segunda edición de *Teología política*, que había aplastado a todo el pensamiento jurídico sobre la alternativa entre normativismo y decisionismo: “Hoy no distinguiría ya dos, sino tres tipos de pensamiento jurídico, a saber: además del normativista y el decisionista, el tipo institucional” (Schmitt, 1972, p. 30). Aunque atribuyó este cambio a su propia teoría de las garantías institucionales, así como a la influencia de Maurice Hauriou, no obstante Schmitt parece conferirle el carácter de un giro no independiente de los acontecimientos en curso. Si se considera el momento en el que escribe –fines de 1933– es difícil no conectar su opción teórica con la reciente toma de posesión del poder por el nazismo. Pero precisamente esta conexión abre una cuestión que todavía no ha encontrado una respuesta satisfactoria: ¿cómo es que Schmitt introduce una reflexión jurídica llena de inéditas potencialidades teóricas en el preciso momento en que se dispone a dar un apoyo autorizado a la destrucción del derecho efectuada por el nazismo? Una primera respuesta de orden general refiere al hecho de que las intuiciones más agudas de su pensamiento son también aquellas que, por su radicalidad, lo exponen al uso más perverso (Kervégan, 2016, pp. 14 y ss.). A esto hay que añadir la circunstancia particular que lleva a Schmitt –siempre dispuesto a modificar sus posiciones según las conveniencias del momento– a matizar el carácter decisionista de su propia teoría en un tiempo en el que el régimen tuvo el interés de presentarse, más que en la modalidad del estado de excepción, en la de una nueva “normalidad.” Por lo demás, justo el año anterior Schmitt había defendido legalmente al comisario del *Reich* en Prusia –en ese momento gobernada por el SPD– por haber prohibido a las SA nazis. Son estas circunstancias, más que una repentina conversión teórica, las que motivaron, por parte de un autor absolutamente dueño de las categorías que utiliza, la reconfiguración del decisionismo, en realidad nunca abandonado en dirección institucionalista. A lo que está atento siempre es a insertar lo que él mismo presenta como un punto de inflexión al interior del propio trayecto intelectual haciendo, por así decirlo, derivar la discontinuidad de la continuidad y viceversa.⁵

Por otra parte, es verdad que la opción institucionalista es parcialmente anticipada en la *Teoría de la constitución* en un sistema analítico que articula la teoría del poder constituyente con la reconstrucción genealógica de las instituciones

⁵ Para la interpretación de este período en el pensamiento schmittiano, véase Galli (1996, pp. 635 y ss.).

políticas alemanas. En él, Schmitt tiende a asimilar las garantías institucionales de la escuela, la religión y la administración a las garantías constitucionales, preparando el pasaje sucesivo que llegará a sustituir a los derechos individuales. Pero el verdadero punto de ruptura respecto de la Constitución de Weimar, todavía formalmente defendida en *Legalidad y legitimidad*, está en el ensayo sobre *El defensor de la Constitución*. Aquí la solución a la incapacidad del parlamento de legislar, bajo la presión de una crisis económica devastadora y de la confrontación sin cuartel entre los partidos políticos, es buscada por Schmitt en la dictadura comisarial del presidente del *Reich*. Por lo demás, ya la contraposición de la legitimidad a la legalidad explicaba la búsqueda de una *Führung*⁶ en base a la cual la dictadura comisarial del presidente del *Reich* sería muy pronto reemplazada por aquella, soberana, de la Guía suprema. La apelación al principio de autoridad, todavía destinada a defender la República de Weimar del ataque conjunto de nazis y comunistas, sería rápidamente convertida en la autorización de los primeros para aniquilar a los segundos. Para romper el precario equilibrio jurídico todavía teorizado en el libro de 1932 está la referencia a los tres “legisladores extraordinarios” –*ratione materiae, ratione supremitatis* y *ratione necessitatis*– destinados a someter al parlamento a instancias extralegales manejadas directamente por el ejecutivo. De este modo –por medio de la rápida sustitución del Estado legislativo por el administrativo– lo que se presenta como vitalidad plural de los ordenamientos concretos asume rasgos despóticos de una democracia plebiscitaria intolerante a toda minoría: “Puesto que, como se ha dicho, toda democracia descansa sobre el presupuesto del pueblo inseparablemente homogéneo, íntegro, unitario, ella no conoce propiamente, de hecho y en sustancia, ninguna minoría, ni mucho menos una pluralidad de minorías estables y constantes” (Schmitt, 2018, p. 61).

Este es el horizonte histórico y político, redefinido drásticamente por la atribución de plenos poderes a Hitler, en el que se enmarca el ensayo *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, aparentemente lejano de finalidades políticas inmediatas. En él pretende llevar a cabo el *institutional turn* anunciado en el prólogo a la nueva edición de *Teología política*. Pero con una modificación lexical que no es irrelevante, relativa precisamente al término “institución”, sustituido ahora por el de “ordenamiento concreto” (*konkrete Ordnung*) (Pietropaoli, 2012, pp. 49-63). El motivo dado por Schmitt de esta opción semántica es la intraducibilidad en alemán de la palabra “institución”, de origen latina –distinta tanto de “organización” (*Einrichtung*) como de “asociación” (*Anstalt*) y de “organismo” (*Organismus*). A esta primera observación de carácter filológico, Schmitt añade una segunda relativa a la inflexión conservadora que el término “institución” habría asumido en el normativismo y en el decisionismo. En su opinión, la palabra “institución” implica un

⁶ Guía, jefe o liderazgo (*N. del T.*).

elemento de fijación y rigidez extraño al carácter necesariamente dinámico del ordenamiento. Si se piensa en la prioridad que Schmitt asigna en su contemporáneo *Estado, movimiento, pueblo* (2005a) al movimiento sobre los otros dos elementos, se comprende mejor el sentido de esta observación, por lo demás sorprendente en un autor siempre colocado en la vertiente conservadora. Pero la motivación prevaleciente de tal desplazamiento semántico de “institución” a “ordenamiento concreto” todavía se encuentra en otro lado. Es decir, en el hecho de que esta expresión resulta, a ojos del autor, más adecuada lingüísticamente al alemán restaurado por la revolución nacionalsocialista: “las distintas naciones se diferencian por su actual pensamiento respecto a palabras, conceptos y formas, que vienen determinadas por su modo de ser propio y su tradición histórica” (Schmitt, 2002, p. 62). Conforme a la tradición histórica pero también a las raíces raciales, puesto que “los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y a la supremacía de uno sobre otro puede vincularse un dominio intelectual y con ella político sobre un pueblo” (Schmitt, 2002, pp. 5-6).

Si el normativismo, prosigue Schmitt, en su combinación artificial con el decisionismo se adapta mejor a otros pueblos, el alemán desde fines del Medioevo se ha encomendado al pensamiento concreto del ordenamiento. A pesar de la influencia nefasta del derecho romano que a partir del siglo XV lo ha contaminado, en la cultura jurídica alemana prevalece la inclinación a ver en las normas no la causa sino el efecto del ordenamiento que las precede. El punto de resistencia a la formalización del derecho positivo está constituido por el luteranismo respecto de los ordenamientos naturales. Familia, comunidad, grupos y oficios no se dejan reducir a órganos de carácter legal. Aun cuando se pueda reconducirlos hasta relaciones jurídicas a lo largo de la línea que va de Pufendorf a Kant, éstos no pierden su dimensión concreta. Ni siquiera la revolución francesa que incluso difunde en Europa una sociedad de tipo individualista puede arrollar las barreras edificadas por el espíritu alemán. Es Fichte –contrario a los principios liberales provenientes de Francia– quien renueva en Prusia la concepción del ordenamiento concreto, reactivando el concepto de *Reich* como unidad histórico-política. El pensamiento romántico de la Restauración, la Escuela Histórica del Derecho de Savigny y el organicismo mitológico de Schelling reafirman el proyecto desde perspectivas diversas. Pero la suma de tales tendencias es representada en la filosofía del derecho de Hegel. Contra la separación iluminista de sociedad y Estado, él hace radicar los ordenamientos en un organismo estatal que lleva los signos sagrados del imperio del cual deriva. Es este origen imperial que hace del *Reich* algo claramente distinto de los Estados nacidos del decisionismo de Hobbes, luego constitucionalizados por el positivismo jurídico: “El Estado de Hegel, por el contrario, no consiste en la paz civil, la seguridad y el orden de un funcionalismo legal

previsible y coactivo. No es ni mera decisión soberana, ni una «norma de normas», ni una combinación alternativa entre excepción y legalidad de ambas representaciones del Estado. Es un concreto orden de órdenes, una institución de instituciones” (Schmitt, 2002, p. 50).

Lo que llama la atención de esta reconstrucción de Schmitt –poniendo al descubierto su lado instrumental– no es solo la eliminación de la vertiente liberal y revolucionaria del pensamiento de Hegel, sino también la reconducción, mediada por el léxico del ordenamiento concreto, de la teoría de las instituciones a la dimensión soberana de la cual difiere histórica y lógicamente. Al funcionalizar todas las instituciones a la estatal debilita el carácter pluralista, apagándolo en la semántica monista del mando soberano. De este modo, lo que se anunciaba como una tercera vía a la dialéctica teológico-política entre excepción y norma se vuelve sobre sí misma, reafirmando los límites que pretendía forzar. La conclusión de la genealogía luter-hegeliana habilitada por Schmitt confirma el resultado reaccionario de su operación. La referencia extralegal a las “cláusulas generales” como “superación del pensamiento jurídico positivista nacido en el siglo XIX” (Schmitt, 2002, p. 63) abre la puerta a la más terrible inversión del derecho que la historia moderna recuerde: “después de que, con una nueva comunidad de vida, también el pensamiento del orden concreto se ha vuelto a revitalizar [...] podemos legitimar de nuevo hoy, directamente, una idea de fidelidad, porque el Movimiento jura una inquebrantable fidelidad al *Fuhrer*” (Schmitt, 2002, pp. 55-56). En este hundimiento jurídico-político el mismo Estado en el que Schmitt encierra su propia institucionalidad queda a su vez subordinado a un movimiento que acaba alterando sus fines y propósitos. En *Estado, movimiento, pueblo* –donde Schmitt (2005a, p. 292) no duda en afirmar que el 30 de enero de 1933, junto con su Estado de funcionarios, “Hegel ha muerto”– la supuesta primacía del Movimiento sobre el pueblo y el Estado hace de este último “una simple parte de la unidad política y precisamente una parte basada sobre la organización que sostiene al Estado” (Schmitt, 2005a, p. 269). Encerrada en la jaula del monismo estatal del pensamiento del orden concreto, la teoría institucionalista de Schmitt se repliega sobre sí misma perdiendo todo potencial innovador. Cuando después de la guerra el gran cuadro de *El Nomos de la Tierra* provea de nueva capacidad analítica a su perspectiva, su horizonte no será más la teoría de las instituciones sino la de los “grandes espacios.”

3.

En el ensayo de 1933, además de Hauriou, Schmitt (2005b, p. 167) destaca como su “predecesor” también a Santi Romano. El carácter, si no instrumental, al menos selectivo de su interés por el jurista italiano ha sido señalado en varias ocasiones

(Salvatore, 2018, pp. 50-59; De Wilde, 12-24). Sin conocer a fondo la obra e incluso sobreponiéndola indebidamente a la de Hauriou, Schmitt la reconduce a su propio modelo monista, poniendo bajo la sombra la inspiración marcadamente pluralista. Es verdad que, respecto del rol del Estado, la obra de Romano se presta a interpretaciones diferentes. Así como es innegable el resultado totalmente conservador de su trayecto intelectual –por lo demás, no sorprendente en quien ha trabajado con responsabilidades oficiales para el régimen fascista. Pero esto no quita que su perspectiva sea lejana a la de Schmitt, justamente en relación con el cariz teológico-político nunca abandonado por éste. Lo que los divide, incluso antes que la tonalidad –abiertamente apologética en Schmitt, rigurosamente científica en Romano–, es la concepción del derecho, en particular en su relación con la política. Lo que difiere es el punto de vista en el cual esta relación es encuadrada. Si el jurista alemán mira al derecho desde el punto de vista de la política, el italiano mira a la política desde el punto de vista del derecho. Ambos agrandan el campo del derecho más allá de su dimensión normativa. Pero mientras el primero lo hace para exponerlo a la trascendencia de lo político –abriendo una brecha en sus límites– el segundo le confiere la máxima autonomía. Siempre está en juego la relación del derecho precisamente con el “afuera”: lo no-jurídico, lo pre-jurídico y lo antijurídico. En Schmitt, destinados a invadir el horizonte jurídico, al punto de socavar su misma existencia; en Romano, pensados ellos mismos jurídicamente, en el supuesto de que lo que excede al derecho también mantiene, justamente por esto, una relación originaria con él.

Comenzando por lo no-jurídico. Al inicio de los *Principios de derecho constitucional general*, Romano aborda esta cuestión preguntándose si el lenguaje jurídico deba o pueda mezclarse con léxicos de otra procedencia y, en particular, con la ciencia política. Su respuesta es que la autonomía de la esfera jurídica “se ha convertido en una exigencia imprescindible de la ley de la división del trabajo” (Romano, 2013, p. 199). No porque el jurista deba desinteresarse del problema del Estado –cuya crisis Romano había dedicado el célebre discurso inaugural de Pisa en 1909 (1969b, pp. 5-26) –, sino porque “la realidad de los fenómenos relativos al Estado no es para él [el jurista] la que resulta del estudio de otras ciencias, sino únicamente lo que aparece como tal en el ordenamiento jurídico, del cual él es el intérprete y expositor” (Romano, 2013, p. 200). Es un punto decisivo para penetrar en el dispositivo teórico de Romano respecto al carácter realista de su formalismo jurídico. Este último no está concebido como un modo del derecho de autonomizarse de la realidad sino, al contrario, como la facultad de incorporarla en su interior. Lejos de excluir la realidad, el formalismo la vuelve un componente interno de su lenguaje jurídico –más precisamente, su producto. Esta facultad de “producir” la realidad marca

la diferencia, y también la primacía absoluta, del derecho respecto de cada léxico (histórico, sociológico, político). Es el único que no se limita como ellos a describir la realidad sino a reproducirla, rigurosamente formalizada, al interior de sus propias fronteras.

En uno de los más claros fragmentos del diccionario jurídico titulado *Realidad jurídica*, Romano llega a afirmar que el derecho “crea verdaderas y propias realidades que no existirían sin él; realidades, por lo tanto, que el derecho no toma de un mundo extraño al suyo para apropiarse de ellas con o sin modificaciones, sino que son exclusivas y originariamente suyas” (Romano, 2019, p. 249). Con esto no quiere decir que las creaciones del derecho nazcan *ex nihilo* sino siempre *ex aliquo*: el derecho no *constituye* la realidad, la *instituye* a partir de un sustrato material que, en su interior, asume una forma distinta profundamente jurídica. Este mecanismo explica la aparente contradicción, por parte de Romano, entre la más rigurosa defensa de la autonomía de lo jurídico y su proyección sobre todo el campo de la experiencia. Justamente, es la especialización técnica extrema la que suministra al derecho la capacidad de medirse con la realidad de manera performativa, es decir, produciendo efectos sobre ella. Por ejemplo, Estado, Iglesia, familia son entes jurídicos correspondientes, pero no coincidentes, con sus realidades. Ahora bien, esta sutil distancia entre la realidad y la forma es la que permite a la segunda actuar sobre la primera. Desde este punto de vista, el “formalismo” de Romano se contrapone radicalmente a lo “concreto” de Schmitt. Solo si estrictamente se defiende en sus prerrogativas el derecho puede presumir de salvar a la política, conteniendo su irreductible conflictividad. La ontología jurídica de Romano se constituye en el reverso de la ontología política de Schmitt. Si ésta rompe la autosuficiencia de la lógica jurídica invadiendo su campo, aquella, defendiendo sus límites, absorbe incluso a la política en su propio horizonte de sentido.

El mismo mecanismo lógico que, aun sin desdibujar la distinción, incluye lo no-jurídico en la órbita de lo jurídico reconduce también a lo pre-jurídico. Como el espacio, también el tiempo está, en cierta forma, en la disponibilidad semántica del derecho. No en el sentido de mezclar tiempos distintos, al contrario, pues Romano diferencia rigurosamente la distancia precisa entre el antes y el después –entre lo que precede al ordenamiento jurídico y lo que deriva de él. Pero en el sentido de hacerlos interactuar atribuyéndole al después la capacidad de actuar sobre el antes, recuperándolo *ex post* para la forma jurídica. Así como el derecho puede producir performativamente la realidad, puede modificar su ritmo, presuponiendo lo que solo llegará a ser sucesivamente. Esta coimplicación de “puesto” y “presupuesto”⁷ aclara la relación, de lo contrario escurridiza, entre efectividad y normatividad. Incluso si el

⁷ Sobre la dialéctica entre “puesto” y “presupuesto”, cfr. el excelente artículo de Gazzolo (2018).

derecho nace siempre del hecho –y no de la norma que lo sigue– no se puede decir que el hecho preceda al derecho, porque solo éste es capaz de atribuirle significado. Por lo demás, también la definición de pre-jurídico es lógicamente inconcebible por fuera de su relación con lo jurídico. En este sentido, un Estado es legítimo desde el inicio –a partir del momento de su instauración–, incluso si tal legitimidad es reconocible únicamente después de que se ha dado una forma jurídica. Esto motiva la desconfianza de principio de Romano sobre las asambleas constituyentes. Una vez más, a diferencia de la teología política schmittiana, el poder constituyente es tal –no un puro acto de fuerza– solo en la óptica posterior del poder constituido. Para comprender en toda su profundidad el institucionalismo de Romano es necesario entenderlo en su naturaleza procesual –no como definición estática de las instituciones sino como movimiento instituyente que modifica también, además de la realidad presente, su relación con lo que la precede y acompaña.

El texto decisivo en el cual Romano elabora esta dialéctica es el ensayo de 1901 *La instauración de hecho de un ordenamiento constitucional y su legitimación*. Él es consciente de moverse en los límites extremos del discurso jurídico, allí donde éste, invadiendo a lo otro desde sí mismo, lo incorpora a su propio lenguaje: “Toda investigación que afecta al período, por así decirlo, formativo del Estado y el Gobierno lleva, por su misma naturaleza, a las cumbres más altas y a los límites extremos del derecho constitucional: un paso más arriba o más allá, allí se estará o en el reino de las nubes o en el campo de muchas otras disciplinas” (Romano, 1969a, p. 29). Un paso que Romano nunca dará, absorbiendo, no obstante, toda la intensidad teórica dentro del léxico jurídico. Lo que le interesa al autor italiano es la relación entre dentro y fuera, es decir, “el momento supremo en el cual un derecho positivo asimila y absorbe con su potencia de atracción lo que le es extraño e incluso hostil” (Romano, 1969a, p. 31). Un problema muy distinto –anota Romano– de los afrontados por el derecho constitucional o, también, por la teoría general del derecho. Y es por esto que la cuestión por él tratada de la instauración de hecho de un ordenamiento no es, en cuanto tal, jurídica ni antijurídica, desde el momento en que insiste, precisamente, sobre la línea que al mismo tiempo lo separa y lo une. Se trata del punto o el umbral en que algo ilegítimo –porque ha nacido de una necesidad que precede al orden jurídico– en un cierto punto se vuelve legítimo. Esto ocurre en aquellos momentos en que, por un estado de necesidad, el derecho vigente se suspende para dar lugar a poderes y energías que lo exceden hasta que se construya un nuevo orden. Entonces éste, nacido ilegítimamente, legitima el proceso del cual se deriva, dotándolo de una normatividad que, en cuanto instauración de hecho, no podría tener. Es uno de los casos en los que el efecto retroactivo sobre la causa modifica su estatuto en base a una continuidad entre origen y realización que será

posible reconocer solo al final del proceso en curso: “el Estado nace legítimo, no se legitima; pero, por efecto de este nacimiento, se legitima el proceso del cual deriva. Esto se explica por el vínculo de continuidad que intercede entre la formación definitiva del nuevo ordenamiento y las etapas que lo preparan, su vida perfectamente desarrollada y su vida, por así decirlo, embrionaria” (Romano, 1969a, pp. 102-103).

Si el círculo del lenguaje jurídico es tan amplio que comprende en su interior a lo no-jurídico y lo pre-jurídico, esto vale todavía más para lo antijurídico. Ya en *El ordenamiento jurídico* Romano dedica un importante párrafo a tratar las instituciones ilegales. O, mejor, a las consideradas tales por el Estado en el cual operan. Porque el ordenamiento, mirado desde el interior y declarado antijurídico por el derecho estatal, solo puede definirse como jurídico. Negar su legalidad solo puede surgir de una injustificada combinación entre derecho y moral. Por no decir que una vez involucrada la ética, “una asociación, por ejemplo, política, que se proponga la revolución del ordenamiento de un Estado no conforme a las necesidades fundamentales y los dictados de la justicia, éticamente debería ser juzgada de modo más favorable que el Estado mismo que la declara ilegal” (Romano, 2018, p. 110).

El tema es recuperado desde otro lado y con otra intensidad en un texto de 1944 titulado *Revolución y derecho*, escrito al calor del enfrentamiento civil italiano, percibido por el autor como revolución en curso. Respecto a cualquier otra actividad ilegal, la revolución constituye el evento antijurídico por excelencia porque no se limita a contradecir una parte de las normas que regulan la vida del Estado, sino que intenta destruir el ordenamiento. Sin embargo, pese a su manifiesta antijuridicidad, o precisamente por ésta, ella tiene que encontrar algún lugar en el sistema jurídico. Consciente del carácter contraintuitivo de su propia tesis, Romano parte de una analogía con un fenómeno igualmente extremo como la guerra. Pues bien, independientemente de lo que se pueda pensar, la guerra no es considerada ilegal sino aceptada como inevitable y, por lo tanto, está regulada por el derecho internacional mediante normas que limitan la violencia, regulando las conductas. Contrariamente a la violencia algo disciplinada de la guerra, la violencia de la revolución es por definición jurídicamente ilegal. Mientras que la guerra aún tiene las características de un instituto jurídico, por lo menos para el derecho internacional que ha fijado las reglas, la revolución no puede tenerlo por parte del Estado que intenta subvertir y destruir. Es verdad que a veces puede ser justificable según una extensa valoración del derecho de resistencia de los pueblos contra los gobiernos tiránicos. Esto no quita que, en todo caso, “solo puede ser, por definición, un estado de hecho, antijurídico, incluso cuando sea justo” (Romano, 2019b, p. 264).

Pero –añade rápido Romano– respecto “al derecho que ella quiere destruir, no respecto al derecho que ella logra constituir” (Romano, 2019b, p. 263). Es el pasaje

lógico que introduce también el más antijurídico de los fenómenos sociales al interior de un horizonte jurídico capaz de hacerlo suyo. Una vez más, Romano trabaja sobre las categorías del tiempo para sostener precisamente su propio marco lógico. Lo que es ilegal y esencialmente antijurídico hoy mañana no lo será más. No solo esto, sino que la legalidad futura –en caso de éxito de la revolución– se proyecta sobre la recuperación de su propio origen fáctico, confiriéndole *ex post* una legalidad que no tenía *ex ante*. Pero esto no es todo. La red jurídica extendida por Romano sobre la entera esfera de la existencia no se limita a la relación retroactiva entre futuro y pasado, sino que recubre también el presente del fenómeno revolucionario. En tanto movimiento organizado, aunque sea de modo imperfecto, fluctuante, provisorio, la revolución es en sí misma ordenamiento jurídico no menos que el Estado al que se contrapone. Aquí el pluralismo jurídico de Romano parece romper los límites de la teología política de una forma que Schmitt nunca habría concebido. La conclusión es categórica: “la revolución es violencia, pero violencia jurídicamente organizada” (Romano, 2019b, p. 266). Es cierto que la segunda parte del ensayo parece limitar los resultados más radicales de la primera, tratando todas las “deficiencias, lagunas, deformaciones y gravísimas desviaciones” del orden revolucionario. Esto es “todavía más injusto que los ordenamientos criminales e inmorales del tipo –para adoptar una expresión convencional hoy devenida común– de «sociedad de ladrones»” (Romano, 2019b, pp. 267-268). Pero como es evidente de lo que se ha dicho, tales valoraciones –comprensibles en la vida de Romano en el momento para él traumático del cambio de régimen– pertenecen al ámbito moral, que él siempre quiso distinguir del jurídico. Cerrada en su perfecta inmanencia, la ontología jurídica de Romano queda a reparo de toda excedencia teológico-política.

20

4. Referencias bibliográficas

- AGAMBEN, G. (2014). “Per una teoria della potenza destituente”, in *L'uso dei corpi. Homo sacer 4, 2*. Vicenza: Neri Pozza (Trad. castellana: “Para una teoría de la potencia destituyente”, en *El uso de los cuerpos. Homo sacer 4, 2*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2017).
- BENJAMIN, W. (2016). “Frammento teologico-politico”, in *La politica e altri scritti. Frammenti III*. A cura di GENTILI, D. Milano: Mimesis (Trad. castellana: “Fragmento político teológico”, en *Discursos interrumpidos I*. Buenos Aires: Taurus, 1989).

- BENJAMIN, W. (2019). "Sul concetto di storia", in BENJAMIN, W., KELSEN, H., LÖWITH, K., STRAUSS, L., TAUBES, J. *Critica della teologia politica*. Macerata: Quodlibet (Trad. castellana: "Tesis de filosofía de la historia", en *Ensayos escogidos*. Buenos Aires: El cuenco de plata, 2010, pp. 59-72).
- DE WILDE, M. (2018). "The Dark Side of Institutionalism: Carl Schmitt and Santi Romano", *Ethics and Global Politics*, XI, N° 2, pp. 12-24.
- ESPOSITO, R. (2020). *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*. Torino: Einaudi.
- ESPOSITO, R. (2019). "Per un pensiero istituyente", *Discipline Filosofiche*, N° 2, pp. 9-29.
- GALLI, C. (1996). *Geneaologia della politica. Carl Schmitt e la crisis del pensiero politico moderno*. Bologna: Il Mulino (Trad. castellana: *Genealogía de la política. Carl Schmitt y la crisis del pensamiento político moderno*. Buenos Aires: UNIPE, 2018).
- GAZZOLO, T. (2018). "Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità", *Jura Gentium*, XV, N° 2, 2018, pp. 115-127.
- GENTILI, D. (2019). "Lo stato di eccezione come regola. Walter Benjamin come rovescio di Carl Schmitt", in BENJAMIN, W., KELSEN, H., LÖWITH, K., STRAUSS, L., TAUBES, J. *Critica della teologia politica*. Macerata: Quodlibet.
- KERVÉGAN, J. F. (2016). *Che fare di Carl Schmitt*. Roma-Bari: Laterza (Trad. castellana: *¿Qué hacemos con Carl Schmitt?* Madrid: Escolar y Mayo, 2013).
- LAUDANI, R. (2016). *Il movimento della politica. Teorie critiche e potere costituente*. Bologna: Il Mulino.
- NEGRI, A. (1992). *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*. Carnago: SugarCo (Trad. castellana: *El poder constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Traficantes de sueños, 2015).
- PIETRAPAOLI, S. (2012). "Ordinamento giuridico e *konkrete Ordnung*. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt", *Jura Gentium*, IX, N° 2, pp. 49-63.
- ROMANO, S. (1969a). "L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione", in *Lo Stato moderno e la sua crisis. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- ROMANO, S. (2018). *L'ordinamento giuridico*. Macerata: Quodlibet (Trad. castellana: *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Reus, 2012).

- ROMANO, S. (1969b). “Lo Stato moderno e la sua crisi”, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè (Trad. castellana: “El Estado moderno y su crisis”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 15, 2011, pp. 635-654).
- ROMANO, S. (2013). “Principi di diritto costituzionale”, in *L'ultimo*. Milano: Giuffrè.
- ROMANO, S. (2019a). “Realtà giuridica”, in *Frammenti di un dizionario giuridico*. A cura di CROCE, M. e GOLDONI, M. Macerata: Quodlibet (Trad. castellana: “Realidad jurídica”, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Granada: Comares, 2003).
- ROMANO, S. (2019b). “Rivoluzione e diritto”, in *Frammenti di un dizionario giuridico*. A cura di CROCE, M. e GOLDONI, M. Macerata: Quodlibet (Trad. castellana: “Revolución y derecho”, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Granada: Comares, 2003).
- SALVATORE, A. (2018). “A Counter-Mine that Explodes Silently: Romano and Schmitt on the Unity of the Legal Order”, *Ethics and Global Politics*, XI, N° 2, pp. 50-59.
- SCHMITT, C. (1984). *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè (Trad. castellana: *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2019).
- SCHMITT, C. (2002). *I tre tipi di scienza giuridica*. Torino: Giappichelli (Trad. castellana: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996).
- SCHMITT, C. (2018). *Legalità e legittimità*. Bologna: Il Mulino (Trad. castellana: *Legalidad y legitimidad*. Granada: Comares, 2006).
- SCHMITT, C. (2005a). “Stato, movimento, popolo”, in *Un giurista davanti a sé stesso*. A cura di AGAMBEN, G. Vicenza: Neri Pozza (Trad. castellana: “Estado, movimiento, pueblo. La triple articulación de la unidad política”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 12, abril-septiembre 2017).
- SCHMITT, C. (1972). “Teologia política. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità”, in *Le categorie del politico*. A cura di MIGLIO, G. e SCHIERA, P. Bologna: Il Mulino (Trad. castellana: *Teología política*. Madrid: Trotta, 2009).
- SCHMITT, C. (2005b). “Un giurista davanti a sé stesso. Intervista a Carl Schmitt di Fulco Lanchester”, in *Un giurista davanti a sé stesso*. A cura di AGAMBEN, G. Vicenza: Neri Pozza (Trad. castellana: “Un jurista frente a sí mismo”, en *Carl Schmitt Studien*, N° 1, 2017, pp. 203-223).

ZAGREBELSKY, G. (1986). "I paradossi della riforma costituzionale", *Politica del diritto*, XVII, pp. 165-186.