



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



¿El derecho es orden o es norma?

Sobre la crítica de Carl Schmitt al
normativismo y su aporte a la ciencia jurídica

Autor: **Héctor David González**

Profesor Guía: **Dr. Phil. Hugo Herrera Arellano.**

Fecha de entrega: **Diciembre 2011**



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



ÍNDICE

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
I.- ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA PURA DE KELSEN Y OBSERVACIONES DESDE CARL SCHMITT.....	5
1- La depuración del derecho como método para elaborar una teoría del derecho.	5
2.- El normativismo como centro del estudio Kelseniano.	9
3.- El sustento en la norma fundamental o hipotética.	11
II.- ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA DEL ORDEN DE CARL SCHMITT.....	12
1.- El orden concreto previo a la norma.....	12
2.-. Normalidad y excepción.....	15
3.- Tierra y Mar.....	19
III.- DISTINCIONES DE CONCEPTOS ENTRE NORMATIVISMO Y ORDEN CONCRETO.....	22
1- La norma.....	22
2.- El derecho.....	25
3.- La justicia.....	27
CONCLUSIONES.....	31
BIBLIOGRAFÍA.....	32



RESUMEN.

Este trabajo pretende recuperar la obra de Carl Schmitt, específicamente su teoría jurídica del orden concreto, en la cual afirma que el derecho no se agota en la norma sino que implica un orden concreto. Para esto, exponemos las críticas de Schmitt al normativismo Kelseniano y su aporte a la ciencia jurídica a través de su explicación del derecho no desde las normas sino en un orden concreto previo, que creemos es un argumento válido hasta el día de hoy.

Palabras Claves.

Normativismo, positivismo, Orden concreto, sistema jurídico, Schmitt vs. Kelsen.



INTRODUCCIÓN.

La teoría jurídica del orden concreto de Carl Schmitt tiene escasa o nula difusión en las escuelas de derecho, especialmente en Latinoamérica. Esto debido a los prejuicios en contra de la persona de Schmitt y su relación con el régimen nazi y también por su relación antagónica con el jurista Hans Kelsen uno de los representantes más destacados del positivismo jurídico. Es así que “desde el principio el verdadero enemigo de Schmitt en el ámbito de la ciencia jurídica es el positivismo jurídico y en concreto Hans Kelsen”¹

Frente a la pregunta ¿Qué es el derecho?, hay un antes y un después de Kelsen. El normativismo propuesto por este autor ha sido recogido tanto por autores iuspositivistas como iusnaturalistas.

El normativismo halló su lugar en el contexto de la caída de la metafísica clásica², al contrario de esta, ofrece respuestas a todas las interrogantes que se puedan hacer sobre el derecho desde lo pragmático y conocible. Es así como autores de la talla de Hart, Raz, Bobbio, Ross y otros han considerado algunos de sus planteamientos como vitales para el desarrollo de la ciencia jurídica.

En la literatura hispana, Kelsen encontró adherentes desde sus comienzos como el español Legaz y Lacambra, además de autores que sostienen un normativismo Kelseniano en América como, Squella, Cossio y Nino. Teniendo así la teoría normativista un gran apoyo en las facultades de derecho hispanohablantes.

¹Herrero, Montserrat, *El nomos y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997, p.148.

²Herrera, Hugo, *Lo "originario" en la dimensión jurídica: comentario sobre los alcances filosófico-jurídicos y filosófico-generales de un argumento de Carl Schmitt contra el normativismo de Hans Kelsen*, Revista de Ciencias Sociales / Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. 2006, N°. 51, pp. 55-71.



La teoría pura del derecho de Kelsen que da su puntal en *Reine Rechtslehre* (1934), se desarrolla a través de el resto de sus obras como *General theory of Law and State* (1945), teniendo su expresión más acabada en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* (1960), donde Kelsen perfecciona su propuesta y cambia de parecer en algunos puntos respecto de su obra original. No obstante lo anterior, de principio a fin Kelsen sostiene que el derecho es fundamentalmente norma y su origen, contenido y expresión es principalmente norma.

La teoría y la persona de Kelsen son también valoradas por el carácter de este, pues fue un hombre que tuvo que dejar su puesto en la Universidad de Colonia y emigrar del país pues era judío. Así, Kelsen desarrolla su obra en completa libertad, abogando por ella y ganando la simpatía del mundo jurídico contemporáneo que condenó el régimen Nazi.

Por otra parte, en este último tiempo el pensamiento de Carl Schmitt ha proliferado a través de una creciente traducción de sus obras y de distintas publicaciones en diversos sentidos ya sea su teología política, la defensa de la Constitución o su teoría del orden concreto. Publicaciones que afirman o reinterpretan sus criterios³, y otras que se esfuerzan por volver a encasillarlo como un teórico del régimen nazi⁴, limitando su obra a un mero servicio al Reich, como en su momento lo hicieron también sus pares, para quienes la obra de Schmitt, sus razonamientos y postulados debían leerse bajo la óptica Nazi.

³ Cf. Estévez Araujo, José, *La crisis del Estado de derecho liberal. Schmitt in Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989; Herrero López, Montserrat, *El nomos y la política: la filosofía política de Carl Schmitt*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1997, así como Jorge Dotti y Julio Pinto (comps.), *Carl Schmitt: su época y su pensamiento*, Buenos Aires EUDEBA, 2002.

⁴ Cf. Fijalkowski, Jürgen, *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la filosofía de Carl Schmitt*, Madrid, Tecnos, 1966.



Lo cierto es que la persona de Carl Schmitt está sujeta a crítica, por un lado se dice que era un acérrimo partidario Nazi, por otro se comenta que nunca estuvo de acuerdo con el régimen, razón por la cual fue despojado de sus cargos por el partido, y que su adhesión a éste habría sido una mera estrategia para seguir conservando su trabajo y labor como jurista en Alemania. Sobre este tema nos remitimos a su biografía pues intentamos aquí enfocarnos en su teoría del orden concreto.

Lo certero, es que podemos encontrar en Carl Schmitt una contundente crítica al normativismo de Hans Kelsen y una propuesta alternativa a la fundamentación del derecho en su obra *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica) que continuaría afirmando en sus obras posteriores.

En este trabajo, que pretende reposicionar la teoría jurídica de Schmitt, examinaremos tres puntos que consideramos relevantes de la teoría normativista haciendo referencia a las críticas que se le puede hacer desde Schmitt. Y también haremos una breve exposición de la teoría del orden en base a tres puntos a remarcar también en ésta. Finalmente nos referiremos a ciertos fenómenos que consideramos esenciales para la ciencia jurídica: el derecho, la norma y la justicia y la opinión de Kelsen y Schmitt al respecto.



I.- ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA PURA DE KELSEN Y OBSERVACIONES DESDE CARL SCHMITT.

1- La depuración del derecho como método para elaborar una teoría del derecho.

El normativismo de Kelsen tiene raíz en el intento de esclarecer cual es el objeto de la ciencia jurídica. Para cumplir con este objetivo se pregunta qué es lo genuinamente jurídico y que no pertenece al estudio de alguna otra ciencia. Qué es aquello que sólo el Derecho puede reclamar como propio y qué principios rigen solamente a éste como teoría pura. “Al caracterizarse como una doctrina “pura” respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños”.⁵

De partida hay que diferenciar al derecho de las ciencias afines como la sociología, la sicología, la ética y la teoría política, y de todo elemento científico natural, que a pesar de tener aristas que pueden influir en el derecho, su campo de estudio e investigación es otro, que las define y acota.

Este proceso de purificación comienza descartando todo lo que se piensa que no tiene carácter estrictamente jurídico pero que por alguna razón se ha entendido como parte del derecho, a fin de “evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”.⁶

Mediante éste método, Kelsen llega a la conclusión de que lo propiamente jurídico es la norma, y no la norma a secas sino más precisamente: “la norma jurídica”.

Esta intención de Kelsen de pretender eliminar todo cuanto no sea, a juicio de él, propiamente jurídico, cae en la trampa de lo que podríamos denominar un “egocentrismo

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma De México, México D.F.,1982,p. 15. (Traducción de Roberto J. Vernengo).

⁶ Ibid.



científico”, porque afirmar que una ciencia se puede construir sin necesidad de que en ella se encuentren comprendidos elementos de otra ciencia aún nos resulta difícil de aceptar, pues no es lo mismo la especialización de una ciencia queriendo remarcar ciertos aspectos que la hacen tal, que eliminar del marco todo lo ajeno a esta ciencia para poder ser independiente, en especial en el ámbito humanista, determinar el objeto de estudio no es igual a excluir todo aquello que le rodea, pues lo que le rodea al objeto de estudio también, en cierto sentido, le da forma.

Con respecto al método, podemos identificar en Carl Schmitt una apreciación contraria a esta supuesta especialidad del derecho pues “cuando en un determinado ámbito del saber se establecen diferentes tipos y modos de pensar, generalmente ocurre que a esa distinción se añaden muchas otras pertenecientes a un ámbito de saber vecino, las cuales aunque en ocasiones puedan ser precisas, son la mayoría de las veces generales, y han de ser tomadas en un sentido amplio. También las tipificaciones filosóficas o caracterológicas influyen en la ciencia jurídica. También entre los juristas se puede distinguir entre platónicos y aristotélicos, entre ontologistas, idealistas realistas, nominalistas y entre inteligencias discursivas e intuitivas. Del mismo modo que en cualquier ámbito del saber, también en la ciencia jurídica se traslucen las diferentes actitudes humanas generales (*habitus*); se pueden encontrar flemáticos y sanguíneos, naturalezas más inclinadas a lo dinámico y otras más inclinadas a lo estático, voluntaristas e intelectualistas, etc.”⁷ La íntima relación que ve Schmitt entre derecho y política es una de las muestras de lo anterior. Esto confirma nuestra posición de que en un saber determinado es imposible excluir y no hablar más de otras ciencias o saberes vecinos cuando nos referimos a nuestro objeto de estudio, pues siempre este va a estar construido por opiniones de individuos afectados por sus distintas inclinaciones y un contexto determinado. Es decir, el jurista afectado teóricamente por la filosofía está expuesto a elaborar su teoría del derecho en base

⁷Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar el derecho*, Tecnos, Madrid , 1996, p. 6.(Traducción de Montserrat Herrero López)



a supuestos filosóficos y así aquel que es afectado por la teología, la historia u otra ciencia emitirá juicios y razonará aplicando elementos de los distintos saberes.

Cabe mencionar que la especialización de las ciencias corresponde a un proceso histórico, pues en la edad antigua, como bien lo señala Manuel García Morente, la filosofía englobaba gran parte de las ciencias que posteriormente fueron independizándose de ella⁸, el derecho y la ley incluidas y ligadas intrínsecamente a la ética.

Si las matemáticas eran consideradas como parte de la filosofía y gradualmente fueron separándose de estas, podemos sostener que en la separación del derecho de la ética y la filosofía es más complejo el proceso de separación e independencia.

Surge la cuestión de si acaso puede una ciencia humanista desprenderse por completo de sus orígenes para conformar una nueva materia con un objeto propio y excluyente. De ser así, el derecho no tendría evolución ni historia, sino más bien sería una ciencia inexistente hasta Kelsen, y éste habría inventado la ciencia jurídica, y antes de él sólo existirían meras observaciones imprecisas del derecho, en cuanto combinan proposiciones éticas y jurídicas, confundiendo el ser con el deber ser.

Decir que el objeto de estudio del derecho es la norma jurídica, y que ésta es la que da razón de ser a la ciencia jurídica, no considerando el contexto, nos parece atrevido, pero no totalmente errado, pues no hay duda de que la norma jurídica tiene un papel relevante en el derecho y que gran parte del estudio del derecho recae sobre ella. Sin embargo, sostener que el derecho es fundamentalmente norma y que el origen de esta es la misma norma es un pensamiento que no compartimos por las razones que se han indicado anteriormente y que se continuarán esbozando a lo largo de este trabajo.

⁸ García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, Ediciones Losada, Buenos Aires, 1995, pp. 14-18.



En sentido contrario, el método de Schmitt no es excluyente como el de Kelsen, tampoco es una mezcla desordenada de normativismo, decisionismo y orden, sino más bien distingue diciendo “nuestro modo de proceder no empieza en contraposiciones, como derecho y decisión, derecho y ley, o derecho y orden, puesto que en esas antítesis se oculta ya todo un mundo de previas posiciones. Por la misma razón, será también más prudente no hablar por igual de normas jurídicas, decisiones jurídicas y órdenes jurídicos, porque no se trata de la contraposición entre derecho y norma, decisión u orden, sino de la distinción entre el pensamiento normativo, el pensamiento decisionista y el pensamiento del orden, cada uno de los cuales pretende tener razón. Cada uno de ellos afirma haber desentrañado el sentido y la esencia del derecho; cada uno se esfuerza por llegar a ser universal y, a partir de sí mismo, juzgar jurídicamente los otros dos conceptos.”⁹

El método de Schmitt para elaborar una teoría del derecho nos parece más apropiado que el de Kelsen, pues no cae en los absolutismos y negaciones de éste último sino más bien, se abre camino en medio de la discordia para introducir su teoría.

Schmitt también critica desde el punto de vista histórico al normativismo pues “En esa sublimidad se funda el argumento que concede una superioridad al normativista, y hace de él un tipo permanente en la historia del derecho.”¹⁰

A pesar de la época en que vivió Carl Schmitt, su pensamiento holista muestra, en nuestra opinión, un adelanto al camino que las ciencias contemporáneas están siguiendo.

⁹ Schmitt, Op. Cit., p.12.

¹⁰ Ibid.



2.- El normativismo como centro del estudio Kelseniano.

Una vez depurada la ciencia jurídica, lo único que le queda a Kelsen es la norma, de hecho, reduce el derecho a la norma al punto de afirmar que “concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho.”¹¹ Ésta es, a nuestro juicio, una declaración categórica, absolutista y reduccionista del derecho, que lo encasilla dentro de la norma jurídica, fuera de la cual no hay derecho para Kelsen. Cualquier otro elemento que roce con el derecho se deberá entender parte de éste sólo en tanto sea visto en concordancia con la norma jurídica. Así, por ejemplo, la conducta humana es considerada sólo como contenido de las normas jurídicas¹², en tanto se adecúa a lo que establecen éstas, también los hechos y toda otra manifestación circundante.

A partir de este supuesto comienza a definir su objeto de estudio, la norma jurídica, explicando de qué se habla al decir norma jurídica.

Kelsen nos presenta, como propio de lo jurídico, el principio de imputación el cual contrapone al principio de causalidad, entendiéndose éste último por aquel fenómeno en que frente a una determinada causa se produce un efecto, al principio de imputación, pues que el principio de causalidad es propio de las ciencias naturales pues por ejemplo en las leyes físicas hay sucesos que necesariamente se dan de una manera y no de otra, así por ejemplo el agua hierve si se calienta lo suficiente y esto es siempre así. En el derecho, por el contrario, no existe esta funcionalidad sino que “el principio de imputación afirma que, cuando se da A, B debe ser”.¹³ Y este deber ser no quiere decir que necesariamente en todos los casos B deba ser la consecuencia directa de A.

¹¹ Kelsen, Op. Cit., p. 83.

¹² Ibid, p. 84.

¹³ Ibid, p.104.



Kelsen se vale de las categorías filosóficas del “ser - deber ser” para ubicar lo jurídico dentro de la esfera del deber ser, pues “nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” -esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real-, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea.”¹⁴

De esta manera, todo lo que rodea al derecho o se inmiscuye con éste, será examinado en función a la norma jurídica, así los hechos son también parte del deber ser en el sentido de que “los actos constitutivos del hecho de la legislación son actos de producción de normas, de instauración de normas; es decir, su sentido subjetivo es un deber ser”.¹⁵

La norma jurídica no trata sobre lo que “es” sino de lo que “debe ser”, y en consecuencia, la ciencia del derecho debe hacer siempre una separación conceptual entre el ser y el deber ser, los cuales Kelsen y sus seguidores consideran irreconciliables.

En Schmitt, “desde el pensamiento del orden concreto tanto la norma como la decisión quedan enmarcadas en un orden.

La norma positiva se comprende en este contexto como un medio para la realización del derecho. El derecho positivo es la publicidad de un orden y, por tanto, la ley es manifestación de ese orden. No es un *deber ser abstracto*, sino expresión de un orden, de la sustancia jurídica como ya dijimos. Solo cuando se produce una conducta anormal, una situación anómala, se toma conciencia de que una norma ha sido infringida. Y entonces, al mostrarse como un *deber ser concreto*, aparece la necesidad de positivizar.”¹⁶

¹⁴ Ibid, pp.19,20.

¹⁵ Ibid, p. 235.

¹⁶ Herrero, Montserrat, *Estudio preliminar en Sobre los tres modos de pensar el derecho*, Tecnos, Madrid, 1996., p. XXXI.



Es decir, para Schmitt, la norma jurídica no es una enunciación aislada de su contexto sino por el contrario, responde a éste. “El deber ser está en la voluntad. Es ella la que hace posible la fusión de deber ser y ser... En escritos más tardíos mantiene la distinción entre ser –deber con una pequeña diferencia y es que ahora intenta fundar el origen del deber ser en el ser de la voluntad”¹⁷

Como veremos luego en la consideración del *nomos* en la ciencia jurídica podemos constatar que “El concepto de *nomos* conserva la unidad del ser y deber ser porque tiene en cuenta la estructura espacial de la ordenación concreta”.¹⁸

3.- El sustento en la norma fundamental o hipotética.

Como hemos dicho, en la teoría de Kelsen, la norma jurídica juega un papel fundamental para el desarrollo de una ciencia jurídica. Ahora bien, frente a la pregunta por el origen de la norma, Kelsen lo explica a partir de las normas de distinto grado, así el fundamento de una norma legal será una norma constitucional, y el de una norma constitucional una norma de derecho internacional y así hasta llegar a la *Grundnorm*, “la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma

¹⁷ *El nomos y lo político*, p.147.

¹⁸ *Ibid*, p. 82.



semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). ”¹⁹

Es decir, antes de la norma solo hay normas, y el final de esta cadena es la norma fundamental, hipotética o fundante básica. Esta norma es un supuesto, una realidad que no se puede probar, sino que se asume para poder darle sustento a esta teoría.

Nos parece que la norma fundante es un recurso que usa Kelsen para avalar lo que antes había dicho, algo así como un invento necesario para seguir sosteniendo que la norma es lo medular de la ciencia jurídica, pero al preguntar por el origen y fundamento de la norma en términos positivo-pragmáticos, se sale de su positivismo jurídico y recurre al mismo argumento del que muchos iusnaturalistas se valen: lo trascendente, lo supuesto, incomprendible e intangible.

II.- ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA DEL ORDEN DE CARL SCHMITT.

1.- El orden concreto previo a la norma.

La teoría del orden concreto (*konkretes Ordnungsdenken*) es desarrollada por Schmitt en *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, texto en el cual hace una crítica al normativismo desde ésta aparente nueva postura que adopta Schmitt, dejando de lado su inclinación por el desicionismo que había manifestado en obras anteriores al texto en comento.

¹⁹ Kelsen, Op. Cit., p.202.



Según algunos²⁰ esta teoría aparece sólo con el propósito de justificar el derecho en el actual régimen nazi y así darle una base teórica consistente. Esto, pues de aquí en adelante comienzan las declaraciones de Schmitt en pro del nazismo de manera reiterada lo que lleva a concluir a algunos que su teoría no sería más que un adorno al tercer Reich, por lo cual no debería dársele importancia alguna a sus connotaciones filosófico-jurídicas.

Sea que realmente Schmitt pensaba avalar el Nazismo mediante su teoría del orden concreto o que simplemente se haya valido de la situación para llevar adelante sus proyectos de investigación jurídica con una mayor tranquilidad, lo cierto es que en la teoría del orden concreto encontramos una fuerte crítica al normativismo, crítica que se impone hasta el día de hoy, no hallando respuesta en el normativismo Kelseniano.

A partir de esta obra, Schmitt sostiene el *konkretes ordnungsdenken* y no se aleja de esta teoría en sus escritos posteriores ni cuando fue expulsado del partido nazi, ni tampoco cuando el régimen termina, sino que la sigue sosteniendo en sus obras siguientes. Lo cual nos ha llevado a considerar su validez como teoría jurídica.

Además, la teoría del orden concreto no sirve de sustento exclusivo al régimen nazi, más bien, en nuestra opinión, podría servir de sustento a cualquier régimen político, pues intenta responder al fenómeno jurídico y no a una cierta forma de gobernar. También se defienden ámbitos jurídicos con “sustancia jurídica propia”, tales como la familia o el orden laboral, y este es un típico argumento contra y no a favor del totalitarismo.

El orden concreto, no está definido por Schmitt, no encontramos en su obra una cita que diga el orden concreto es, y a continuación una definición o fórmula para enmarcar su discurso, sino más bien, describe y habla del orden concreto como una situación dada por determinadas condiciones en las cuales descansa la normalidad, lo cual determina el concepto del derecho.

²⁰ Cf. Fijalkowski, Op. Cit.



Haciendo referencia al orden jurídico(*rechtsordnung*), se pregunta por cuál es la noción de orden (*ordnung*) sosteniendo que para su teoría “el «orden»... jurídico, no es considerado ante todo como una regla o una suma de reglas, sino que, por el contrario, la regla se concibe únicamente como un elemento e instrumento del orden. De ahí que el pensamiento de normas y reglas sea solo una parte restringida, y precisamente derivada, de la total y plena temática de la ciencia jurídica. La norma o regla no crea el orden, tiene más bien, sobre el terreno y en el marco de un orden dado solamente una cierta función reguladora; en la que la medida de validez, en sí autónoma, de la ley, es decir, independiente de la situación de las cosas, es relativamente pequeña.”²¹

En la teoría del orden concreto, la norma no es producto de una autogénesis, no se da vida a sí misma, pues no puede nacer a la vida del derecho sin tener un contexto dentro del cual sea efectiva, por el contrario, la norma responde a una situación determinada que existe antes que ella en un lugar y momento precisos, esto es, un orden concreto. Así: “Todo orden concreto y toda comunidad se disuelve en una serie de normas vigentes, cuya «unidad» o «sistema» es igualmente normativo. El orden, para él, consiste esencialmente en que una situación concreta se corresponda con ciertas normas generales con las que es medida.”²²

Para regir una sociedad, la norma se vale de conceptos preexistentes, conceptos que se encuentran presentes en el orden concreto, por ejemplo, de una institución determinada. “Todo orden, también el «orden jurídico», está ligado a conceptos normales concretos, los cuales no pueden ser deducidos de normas generales, sino que, por el contrario, las normas deben ser engendradas a partir de su propio orden y para su propio orden.

Una regulación legal presupone conceptos normales, que no se derivan de la regulación legal: antes bien la normación sin ellos se convierte en ininteligible, hasta tal punto que llega a ser imposible seguir hablando de norma.”²³

²¹ Schmitt, Op. Cit., p. 12.

²² Ibid, p. 17.

²³ Ibid, p. 24.



Es así por ejemplo que no es raro encontrar legislaciones que no contienen conceptos como el de familia, sino que este se considera como dado por el orden concreto sobre el que se asienta la norma jurídica, así también el concepto de buenas costumbres que puede variar de acuerdo al orden concreto en el que descansa.

Lo cierto es que existe dentro de cada comunidad, institución o contexto una cierta forma en que se dan las cosas, con esto no necesariamente hacemos referencia a un Dios o a una entidad supra positiva con un nombre determinado, lo que se afirma es que hay algo que hace que las cosas sean como son, y que las reglas que se imponen a una situación determinada deben ser apropiadas para reglar esa situación determinada. “Quizás se podría mejor hablar de una «fuerza ordenadora» de lo fáctico, aunque el pensamiento del orden concreto no es compaginable con la necesidad positivista de seguridad y previsibilidad funcionales en el mismo grado en que son compaginables normativismo y decisionismo.”²⁴

Para que el derecho nazca a la vida no se requiere de un mero proceso cognoscitivo centrado en la abstracción de las normas sino más bien encontramos una decisión que es una muestra de la exteriorización de poder (entendido en Schmitt como autoridad y no como el poder que confiere la ley) que en su última etapa se plasma en una norma jurídica.

2.-. Normalidad y excepción.

Schmitt se plantea la distinción entre una situación de normalidad y otra de excepción para examinar cómo responde la norma frente a ambos tipos de situaciones concretas o lisa y llanamente si esta existe y es válida durante la excepción.

²⁴ Ibíd, pp. 41,42.



La excepción es lo contrario a la normalidad pero no sólo contrario a la normalidad sino que también a la norma misma, porque la ley no puede prever la situación anormal, sino que es el soberano quien toma esta decisión.

Ahora, no todo lo que se presente de manera distinta a la normalidad es una situación de excepción, así como una situación de emergencia de carácter extraordinario que, por ejemplo, traiga consigo el uso de la fuerza socialmente organizada, o distintos decretos que se puedan formular en estas circunstancias de modo que cambien ciertos aspectos de ésta normalidad, comprenden un estado de excepción, pues estas medidas se encuentran comprendidas en la norma superior o en normas menores. Para que se constituya un estado de excepción, la facultad de quien decide debe ser ilimitada, debe estar fuera de toda norma, pues “se requiere *la suspensión total del orden jurídico vigente*.”²⁵ Es decir, no se trata de que el orden concreto sufra una pequeña o mediana alteración sino que hablamos de la inoperatividad total de los supuestos del orden.

Así es como “una norma no puede determinar cuándo aparecerá la excepción, pues la ley es incapaz de prever lo a-normal, es tarea del soberano decidir acerca de ello, determinando no sólo lo que es la excepción sino también lo que es la situación normal. La excepción está entonces en el origen de la norma.”²⁶

La norma tiene plena validez mientras responda al orden concreto, el cual sustenta una situación de normalidad en la que la norma tiene plena eficacia y validez. Sin embargo, cuando el orden se ve alterado a tal modo que deja de ser tal, mediante la irrupción de un desorden total, la norma ya no tiene mayor importancia, no es posible sostenerla frente a una situación que no responde a sus conceptos cuando estos han adquirido otro significado. Así, la norma que prohíbe el homicidio, en un estado de guerra carece de sentido pues la forma de comprender las cosas y los conceptos ha cambiado.

²⁵ Schmitt, Carl, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 42.

²⁶ Samir, Benavides, Farid, *Excepción, Decisión y Derecho en Carl Schmitt*, Nueva época, Argumentos, UAM-X, México, 2006, p. 130.p. 130.



En el estado de excepción extremo, aquel que la norma no contempla, es donde aparece la imagen del soberano. “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”²⁷, es decir, aquel que puede restablecer el orden. Si bien una constitución puede establecer quien ejercerá la soberanía en el caso de excepción, es de igual manera probable que ésta sea asumida por un sujeto que no tiene autorización alguna por parte de aquella, pues tal situación no está prevista por la constitución.

¿Significa esto que no hay derecho? ¿Que el derecho muere por no haber respuesta en las normas? ¿Que el derecho solo nace donde hay regla? Creemos, siguiendo los criterios de Schmitt, que esto no es así, pues en el estado de excepción el soberano para poder restaurar el orden concreto o crear uno nuevo debe valerse de la dictación de reglas hasta restablecer el orden concreto previo o configurar uno nuevo.

La imagen del soberano es clave en el supuesto de situación excepcional pues si lo miramos desde el punto de vista del estado, una situación de excepción (Ausnahmestand) descordina a todas las instituciones que se encontraban vigentes en el momento de normalidad y, como lo hemos dicho, la decisión de un soberano es necesaria para la restauración del orden dañado o para la creación de un ordenamiento nuevo²⁸ Con esto, vemos cómo para Schmitt lo político no es algo opuesto a lo jurídico sino más bien, ligado en cuanto a la decisión se refiere, pues “La situación de excepción equivale a una crisis radical del orden socio político existente y, por consiguiente, también del ordenamiento jurídico vigente. La radicalidad de la crisis del orden social que la situación de excepción implica se pone de manifiesto precisamente en el hecho de que las normas jurídicas hasta entonces vigentes no son ya aplicables a esa situación, puesto que la *normalidad* que reflejaban y para la cual habían sido pensadas se ha quebrado, ha desaparecido. Situación de excepción y supresión o quiebra de la “situación normal” son una misma cosa.”²⁹

²⁷ Schmitt, Op. Cit., p. 13.

²⁸ Doti, Jorge- Pinto, Julio, *Carl Schmitt su época y pensamiento*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, pp. 152.

²⁹ Campderrich, Ramón, *La palabra de Behemoth: Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945)*, Trotta, Madrid, 2002, p. 23.



En el pensamiento de Schmitt, Kelsen y el liberalismo olvidan considerar que para que unas normas determinadas sean válidas es necesaria la existencia y actividad de un orden político que en el ejercicio de sus funciones sea capaz de crear y resguardar un orden concreto. “A partir de ese olvido, se reduce el derecho a la mera normatividad y se convierte a los funcionarios y dirigentes estatales, así como a los jueces en «meras funciones de una norma».”³⁰

Sobre lo mismo, en el manejo de la situación de normalidad o de excepción, es importante el papel que juega el Estado en cuanto a entidad política así, “El Estado como unidad política determinante ha concentrado en sí mismo una atribución enorme: la de la posibilidad de librar una guerra y, con ello, la de disponer sobre la vida de los seres humanos. Y esto es así porque el *jus belli* contiene un atributo semejante: significa la doble posibilidad de exigir de los miembros del pueblo propio el estar dispuestos a matar y a morir, con el objeto de matar a las personas ubicadas del lado del enemigo. Sin embargo, la tarea de un Estado normal consiste en lograr, por sobre todo, una pacificación completa dentro del Estado y su territorio; construir “la tranquilidad, la seguridad y el orden” para crear con ello la situación normal que es condición para que las normas jurídicas puedan imperar en absoluto desde el momento en que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede ser válida en una situación que la desafía de modo completamente anormal.”³¹. Con esto el estado asumiría la calidad de soberano.

La autoridad del soberano y su capacidad para restaurar el orden previo o instaurar un nuevo orden no proviene de la norma jurídica positiva, no es ésta la que instauro la paz, la seguridad y el orden sino que es el soberano quien logra la realización de estos supuestos pues tiene toda la autoridad. “Ese establecimiento del orden, como auténtica y pura decisión, no puede derivar ni del contenido de una norma previa, ni de un orden ya

³⁰ Serrano, Enrique, *Derecho y Orden Social, los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt*, ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N.º 36, enero-junio, UNAM, México, 2007, pp. 125-141

³¹ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Estudios políticos, Madrid, 1975, p. 123.



constituido, porque si así fuera estaría pensado bien de modo normativista, como una sencilla autorrealización de la norma vigente, o bien desde el pensamiento del orden concreto, como consecuencia de un orden ya dado, como restablecimiento y no como establecimiento del orden.³²

En el normativismo la situación de excepción de acuerdo a los parámetros de Schmitt, no tiene consideración alguna sólo existen situaciones previstas por la norma y si el orden jurídico es alterado, la norma establece quién y cómo debe restaurar el estado de derecho, es decir, es como si no hubiese cabida para una situación no prevista por el ordenamiento jurídico. “La teoría normativista solo vale mientras estemos frente a un estado de normalidad pues “El desorden “de la situación concreta no interesa a los normativistas únicamente interesados por la norma.”³³

3.- Tierra y Mar.

La relación del hombre con la tierra es fundamental para descubrir lo originario de la ciencia jurídica según el pensamiento de Schmitt quien considera que el hombre es principalmente un ser terrestre, un ser terrestre. “Que se sostiene, camina y mueve sobre tierra firme. Ella es el punto de partida y de apoyo. Ella determina sus perspectivas, sus impresiones y su manera de ver el mundo. No sólo su horizonte, sino también su modo de andar, sus movimientos y su figura son los de un ser que nace y vive sobre la tierra”.³⁴ Por lo tanto, la tierra es un punto a considerar para elaborar cualquier teoría del derecho, un

³² Schmitt, 1996, Op. Cit., p. 30.

³³ *Ibíd*, p. 18.

³⁴ Schmitt, Carl, *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”*, Comares, Granada, 2002, p. 11.



elemento olvidado que no puede ser desechado sino más bien, como lo hace Schmitt, debe ser tomado en cuenta pues desde que el hombre se relaciona con ésta, comienza un proceso de generación de relaciones jurídicas. Así cuando una comunidad toma una tierra determinada, ésta debe dividirse de acuerdo a los espacios disponibles y en esto hay ya una configuración de un orden.

Schmitt recurre a la historia para fundamentar la importancia de la tierra en el desarrollo del fenómeno jurídico: “La historia de todo pueblo que se ha hecho sedentario, de toda comunidad y de todo imperio se inicia, pues, en cualquier forma con el acto constitutivo de una toma de la tierra. Ello también es válido en cuanto en cuanto al comienzo de cualquier época histórica. La ocupación de tierra precede no sólo lógicamente, sino también históricamente a la ordenación que luego le seguirá. Contiene así el orden inicial del espacio, el origen de toda ordenación concreta posterior y de todo derecho ulterior”.³⁵ Ahora bien, surge la pregunta acerca de qué constituye la toma de la tierra frente a lo cual responde que la “toma de tierra consiste en un asentamiento, es decir, en el establecimiento de la vida de un grupo humano en un espacio”³⁶ Es por esto que la toma de la tierra tiene una relevancia histórica que no puede ser separada de lo jurídico.

Para Schmitt el Mar es lo otro, es el lugar donde el hombre se siente inseguro, el lugar donde no puede asentarse ni tomar posesión de espacio alguno. El mar es gobernado por los monstruos marinos temidos antaño. “El mar no conoce tal unidad evidente de espacio y derecho, de ordenación y asentamiento”³⁷

Si bien, en los años posteriores a Schmitt se fueron reglamentando bastante las relaciones marinas, su división territorial, haciendo una especie de repartición del territorio marino, lo cierto es que aún hasta el día de hoy un sujeto determinado no puede sentirse plenamente gobernado por el derecho cuando del mar se trata y tampoco ejercer sus derechos a cabalidad o de la manera en que puede hacerlo en tierra.

³⁵ *Ibíd*, p. 10.

³⁶ *Herrero, Op. Cit.*, p. 68.

³⁷ *Teología política*, p. 4.



Es en la tierra donde se puede establecer el *nomos*, “el *nomos* de la tierra, esto es, la apropiación del espacio terrestre por parte de sus habitantes, el asentamiento de los primeros pueblos sobre la tierra.”³⁸ Esto nos muestra que el *nomos* es anterior a la constitución de la sociedad, es decir, “no es su fundamento sino su condición”³⁹, ya que para que una sociedad tome forma, primero se debe producir el asentamiento de los sujetos que la componen en un territorio determinado.

Frente a al origen hipotético del derecho propuesto por el normativismo, la teoría schmittiana propone un origen concreto: “En el principio no había una norma fundamental (*Grund Norm*) sino una posesión originaria (*Grund Nahme*).”⁴⁰

La tierra también está relacionada con el orden concreto en cuanto al espacio pues “si el espacio es cualitativo y no meramente cuantitativo o vacío, entonces es un orden: unidad formal de una diversidad, con un punto de sustentación o referencia interior. Un espacio ordenado es, por definición, un espacio situado (*Ort*), tiene sitios diferentes.”⁴¹ En este sentido, Schmitt no mira a la tierra como una homogeneidad, como un todo igual sin diferencia alguna, sino que cada espacio tiene características propias, especiales que lo hacen único y por lo tanto pueden ser un punto de referencia.

³⁸ Herrero, Op. Cit., p, 44.

³⁹ Ibid, p. 45.

⁴⁰ Ibid, p. 63.

⁴¹ Ibid, p. 60.



III.- DISTINCIONES DE CONCEPTOS ENTRE NORMATIVISMO Y ORDEN CONCRETO.

1- La norma.

No obstante, lo esgrimido anteriormente como argumento de Schmitt para no situar a la norma como equivalente al derecho mismo, consideramos, al igual que Schmitt, la norma tiene una parte importante en el derecho, pues al ser la manifestación del orden concreto determinado positiviza y plasma en textos legales lo que este orden impone pues así lo ha demostrado la historia del derecho y de la filosofía del derecho en la cual los pensadores jurídicos siempre han tenido palabras y consideraciones en torno a ésta.

La norma se encuentra presente durante toda la obra de Kelsen, es imposible para él prescindir de ella pues tu teoría jurídica depende de ella. Sin embargo, llama la atención que siendo el derecho para él predominantemente norma, no haya podido ser claro con respecto a lo que él entendía por norma, así por ejemplo nos cuenta Squella la siguiente anécdota:

“En noviembre de 1961, el filósofo del derecho inglés, Herbert Hart, visitó a otro teórico del derecho ya mencionado por nosotros, Hans Kelsen, quien vivía y enseñaba entonces en la Universidad de Berkeley, una de las varias sedes que tiene en los Estados Unidos la Universidad de California.

Ambos autores se reunieron en un gran auditorio de la universidad, en el que se apretujaba una masa de cerca de mil estudiantes y profesores, y a poco de iniciado el debate se trenzaron en una discusión a propósito de la palabra "derecho". Kelsen afirmó en ese foro que a su juicio el derecho era una clase o tipo de normas de conducta, o sea, dijo que cuando hablamos de derecho de lo que hablamos es de un cierto conjunto de normas que rigen en un lugar y tiempo dados, unas normas que tienen la



particularidad de ser coercibles, esto es, que tienen la posibilidad de ser aplicadas por la fuerza.

Como Kelsen insistiera una y otra vez en definir el derecho como norma, Hart le preguntó qué entendía él por norma. La pregunta de Hart era muy pertinente, porque si alguien dice que el derecho es una realidad normativa, un cierto tipo o clase de norma, ese alguien está obligado a aclarar qué quiere decir con la palabra "norma", o sea, tiene que proporcionar una definición o al menos una idea de qué son las normas.

Pues bien: fue tanto lo que Hart insistió con su pregunta que Kelsen, exasperado, y en un tono de voz inusualmente alto en un octogenario, contestó al fin, casi fuera de sí, "¡Una norma es una norma!, cosa que asustó tanto a Hart que éste cayó hacia atrás en su silla."⁴²

Lo interesante de esta historia, es la incapacidad de Kelsen de dar una respuesta coherente a Hart, lo que nos hace repensar lo escrito antes por él acerca de las normas, el cómo se puede elaborar una teoría sobre un concepto tan poco acabado. De hecho, en su Teoría General de las Normas nos da un concepto de norma que no tiene mucho que aportar: "La palabra *norma* proviene del latín *norma*, y en la lengua alemana ha adquirido el carácter de un latinismo mediante el cual se designa – si no en forma exclusiva, al menos de manera primordial- un mandamiento, un reglamento, una orden. Sin embargo, mandar no es la única función de una norma, ya que también pueden decretar, permitir, autorizar y derogar"⁴³

La definición que da, parece copiada de algún manual, sin ahondar en un aspecto ontológico o identificador que nos pueda llevar a la comprensión de la norma en su esencia, sino más bien una pobre referencia filológica y una descripción funcional de la

⁴² Squella, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 37-38.

⁴³ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, p. 19.



norma. Pobre decimos, pues se limita a indicar un latinismo sin recurrir a su historia o al idioma del que traduce dicho latinismo ni al desarrollo de su significado en el tiempo.

En Schmitt en cambio, la norma es la expresión del derecho, y si en algo llega a identificar la norma con el derecho, no lo hace en el sentido de regla, como lo hace Kelsen, sino que primero hace un estudio filológico-histórico del origen de la palabra norma, y de esta manera llega a la palabra griega *nomos* que designa originariamente un sistema distributivo basado en acuerdos colectivos y luego, de un modo más general, el *orden* público basado en un acuerdo, y en plural, las *leyes* que regulan la vida de la colectividad. Y así se define por el “nomos de la tierra”, en conexión con visto anteriormente abarcando más allá de la mera regla.

La norma viene del griego *nomos*, “Nomos... procede de *nemein*, una palabra que significa tanto dividir como también apacentar. El *nomos* es, por lo tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella; en palabras de Kant: «la ley divisoria de lo mío y lo tuyo del suelo», o en la fórmula inglesa que es una puntualización adecuada: el «radical title». *Nomos* es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa.”⁴⁴ Es claro como Schmitt toma otra línea, y utiliza el criterio del significado original y evolutivo en sus comienzos del *nomos* para dar significado a esta nueva forma de ver la norma. Con esto Schmitt retrocede al pasado para dar sentido al *nomos*. Sin embargo, Schmitt no deja por esto de reconocer la norma como regla, esta si existe pero no como determinante del derecho sino como acompañamiento, expresión de éste: “La norma se comprende en este contexto como un medio para la

⁴⁴ *Teología política*, pp. 35, 36.



realización del derecho y, siendo así que el derecho es la publicidad de un orden, la ley es manifestación de ese orden. No es un deber ser abstracto sino expresión de un orden”.⁴⁵

Como mencionamos anteriormente la norma tiene un papel fundamental en el derecho, más no consideramos que sea central y originario sino más bien producto del orden previo, es decir, una exteriorización visible de este.

2.- El derecho.

El derecho ha sido asumido como el objeto de la ciencia jurídica de manera unánime, de este modo, la problemática no es el determinar el objeto de estudio de la ciencia jurídica sino más bien determinar que es el derecho.

Durante siglos existió una concepción naturalista predominante acerca del derecho, ya sea como un orden divino entregado por Dios, o un acuerdo consuetudinario de la humanidad, o por las fuerzas de la naturaleza, etc.

Si bien, el iuspositivismo ha estado presente de una u otra manera a lo largo de la historia, sus avances más importantes no llegan sino hasta la época de Hobbes y Bentham quienes definieron la validez del derecho por su disposición por una autoridad competente, y negaron que las razones morales pudieran tener parte alguna en la decisión legal. En el mismo sentido, encontramos, en obras posteriores a estos autores, claras referencias a planteamientos positivistas, ya sea a modo de crítica o desarrollo de las tesis positivistas.

Es así, como encontramos en autores modernos intentos de conceptualizar el derecho tratando de acotar el concepto.⁴⁶

⁴⁵ Herrero, Op. Cit., p. 177.

⁴⁶ A modo de ejemplo: Rudolph Von Hiering (1818-1892): el Derecho es una normatividad coactiva tendiente a fines históricamente determinados.

John Austin (1790 -1859): el Derecho son mandatos de un poder soberano habitualmente obedecidos.

Herbert Haart (1907-1992): El Derecho es la unión de reglas primarias y secundarias.

Ronald Dworkin (1931- presente): El Derecho es un conjunto de normas a condición de que con esta palabra “normas”, se cubran tanto las reglas jurídicas como los principios, puesto que el Derecho está compuesto por



Es interesante comprobar como en todas las definiciones de derecho, la norma jurídica tiene un papel preponderante en la conceptualización de éste. Tal como lo hemos dicho anteriormente, la norma es importante para la ciencia jurídica, pero ¿es su fundamento?, según Kelsen lo es.

Como bien lo hemos dejado en claro en los primeros apartados, para Kelsen el derecho es primordialmente norma: “el derecho...es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano”.⁴⁷ El derecho es algo abstracto, intangible, porque la norma jurídica lo es.

Por otra parte “el derecho es para Schmitt...concreto”.⁴⁸ Es decir, no hay contradicción entre la realidad y el derecho, el derecho no es ajeno a lo fáctico, sino que se determina por lo fáctico, que sería el concepto de orden previo y no por reglas ni decisiones,⁴⁹ pues “todo derecho no puede ser más que un derecho “situado”.⁵⁰

ambos tipos de estándares, de manera que un juez, aún tratándose de casos difíciles, podrá siempre encontrar una respuesta para estos, y todavía más, una única respuesta correcta, que si no la proporcionan las reglas, la brindarán los principios, no disponiendo por tanto los jueces de discrecionalidad.

Robert Alexi (1945- presente): el Derecho es una realidad compleja compuesta de reglas y de principios de carácter coercibles, que dispone de procedimientos institucionalizados para su producción y aplicación, que cuenta además con el asentimiento o aceptación de la comunidad en que rige, y que, por último, eleva una pretensión de corrección.

⁴⁷ *Teoría pura del derecho*, p. 18.

⁴⁸ Herrero, Op. Cit., p. 171. (Para Kelsen es abstracto).

⁴⁹ *Ibíd*, p. 157.

⁵⁰ *Loc. Cit.*



Esto no quiere decir que el derecho se aleje del mundo del deber ser pues Schmitt sostiene que “el derecho pertenece al deber ser y no sólo no es deducido de los hechos o de los individuos, sino que no tiene nada que ver con ellos” pero inserta el elemento “voluntad” para lograr la conciliación entre ser y deber ser, así es como “en contraposición con el derecho, la voluntad sí pertenece al ser. Pero en tanto que pertenece al ser, no pertenece al derecho. Si el derecho fuera una voluntad que pudiera realizarse por sí, dejaría de ser norma.”⁵¹

El derecho positivo es por lo tanto, una forma distinta de expresión de lo jurídico “es la publicidad de un orden y, por tanto, la ley es manifestación de ese orden. No es un *deber ser abstracto*, sino expresión de un orden, de la sustancia jurídica”... Solo cuando se produce una conducta anormal, una situación anómala, se toma conciencia de que una norma ha sido infringida. Y entonces, al mostrarse como un *deber ser concreto*, aparece la necesidad de positivizar.⁵²

En sumario, el Derecho sería para Schmitt: un orden concreto previo que mediante una decisión se ve manifestado en reglas positivas.

Nos parece que el derecho no es meramente norma y que los hechos no son un elemento aislado del cual la ciencia jurídica pueda prescindir, pues concordamos con Schmitt en que antes de la norma hay algo que le da forma a esta que no puede ser norma, sino más bien depende de elementos fácticos que tienen un sentido.

3.- La justicia.

La justicia reviste un tema de importancia en la historia jurídica. Desde siempre se ha pensado que el derecho está relacionado con la justicia. Y a consecuencia de esto, el

⁵¹ Herrero, Op. Cit., pp 146-147.

⁵² Herrero, *Estudio preliminar...*, Op, Cit., p. XXXI.



derecho no debería ser un generador de injusticia sino más bien propender a la realización de la justicia. El derecho no podría dictar normas que protegiesen o fomentasen anti valores e injusticias pues éste debe propender a lo justo, por ejemplo, en el contexto occidental, una norma no podría decir si alguien te golpea, debes asesinar a toda su familia, esto, porque excede la proporcionalidad de los actos, carece de sentido, y primordialmente, porque iría contra el concepto de justicia que se tiene en los pueblos occidentales.

La justicia en los tiempos romanos es definida por el jurista Ulpiano como “la constante y perpetua voluntad de dar (conceder) a cada uno su derecho.” Ésta concepción de justicia sostiene la relación inherente entre justicia y derecho estableciendo que lo justo es que cada individuo pueda contar con su derecho y ejercerlo sin interrupciones ni perturbaciones de ningún tipo. La injusticia, por tanto, sería lo contrario, es decir, que el sujeto no cuente con derecho alguno.

Otra concepción de la justicia acuñada por Rawls propone que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, así como la verdad es a los sistemas del pensamiento”⁵³, Siendo el derecho articulador de las instituciones sociales su virtud máxima debería encontrarse en la justicia.

El derecho, por tanto, está relacionado con la justicia, y al buscar cual es la ciencia que se ocupa del estudio de ésta última, necesariamente llegaremos a la ciencia jurídica, ya sea en lo práctico como también en la filosófico, así Kaufmman afirma: “El tema de la filosofía del derecho es el “derecho justo”, la “justicia”. Por eso sus dos preguntas básicas rezan: I. ¿Qué es derecho justo?, y 2. ¿Cómo conocemos o realizamos derecho justo?”⁵⁴ Kaufmann considera que la justicia es fundamental para la filosofía del derecho y las preguntas que ésta se debe hacer acerca del derecho, se hacen en relación a la justicia.

⁵³Rawls, John, *A Theory of Justice* (revised edn, Oxford: OUP, 1999), p. 3.

⁵⁴Kaufman, Arthur, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 349.p 41. (Traducción de Luis Villar Borda, y Ana María Montoya)



Un camino distinto para entender la justicia es el que propone Kelsen quien alega que el derecho prescinde de la justicia pues se pregunta ¿Qué es la justicia? Y responde que “Justicia es la virtud que atribuye a cada uno lo suyo”⁵⁵, según Kelsen, la justicia tendría que ver con la felicidad y no con la ciencia jurídica, así es como en su definición de justicia acuña lo que para él es felicidad: “la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad.”⁵⁶ Así, la justicia no sería parte del campo de estudio de lo jurídico sino una simple apreciación de hecho y no algo que tenga que ver con orden jurídico alguno pues “la justicia no puede ser una nota distintiva del derecho frente a otros órdenes coactivos”.⁵⁷ “La justicia es, en primer lugar, una característica posible mas no necesaria del orden social”.⁵⁸ Por lo que su aplicación dentro de lo jurídico carece de relevancia.

Sobre esto, consideramos los predicamentos de Kelsen acerca de la justicia nocivos para la ciencia jurídica porque se desmarcan de un valor que da razón de ser a la ciencia jurídica, pues no se puede pretender dejar de lado a aquello que de acuerdo a gran parte de juristas a través de la historia busca obtener el derecho.

En Schmitt la Justicia se encuentra relacionada con el derecho, si bien, la justicia no es materia central de su estudio, es visible que “En la doctrina del *orden concreto* schmittiana, el estado y su derecho vuelven a identificarse con la “Justicia”, con el orden “justo”, y a gozar de una legitimidad incuestionable.”⁵⁹

En el mismo sentido en Schmitt se observa el lugar que ocupa la Justicia en cuanto al juicio que emite respecto de la obsesión por la seguridad jurídica, estimando que ésta no debe ir antes que la consideración por la justicia, por lo que critica el supuesto estado de

⁵⁵ *Teoría pura del derecho*, p. 68.

⁵⁶ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, España, Ariel, 2007, p. 83.

⁵⁷ *Teoría pura del derecho*, p. 62.

⁵⁸ *¿Qué es la justicia?*, p. 5.

⁵⁹ Campderrich, Op. Cit., pp. 140-141.



derecho que defienden los normativistas: “Este es el único sistema de gobierno considerado «Estado de derecho», aunque, en realidad, sea un Estado legal lo que se defienda, en vez de un Estado de «derecho», y se coloque el interés de la seguridad jurídica en lugar de la justicia”⁶⁰

Schmitt no definió justicia, pero de sus escritos se puede claramente deducir, como lo hace Montserrat Herrero que “Hacer justicia significa que el orden debe ser siempre restablecido. Justicia es devolver a cada cosa su orden”.⁶¹

Si bien, ambos autores relegan la justicia a un segundo plano en la elaboración de su teoría, en Schmitt no se excluye este ancestral valor del derecho sino que lo considera como parte del orden, lo cual nos parece mucho más acertado que la exclusión que patrocina Kelsen.

⁶⁰ *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, p. 39.

⁶¹ *Teología política*, p. 52.



CONCLUSIONES

La obras puestas en discusión han sido un aporte a la ciencia jurídica, ya que han puesto en marcha escuelas de pensamiento jurídico que han llevado a perfeccionar y/o corregir los postulados de los autores en comentario.

La tesis de Kelsen ha sido un aporte a la ciencia jurídica, pero no nos parece correcto sobrevalorarla y aceptarla como verdadera sin incurrir en réplicas, observaciones o formulando nuevas teorías a partir de ésta.

La obra de Carl Schmitt, pesar de haber tenido un auge en la producción de literatura acerca de su pensamiento, ha sido ignorada en muchas facultades de derecho y encontramos muy pocas referencias a su teoría del orden concreto en obras sobre filosofía del derecho o teoría general del derecho.

Consideramos que la crítica que hace Schmitt a Kelsen, aún tiene algo que decir con respecto del normativismo pues la teoría pura no responde al problema de la situación concreta ni al estado de excepción y los considera como meros hechos carentes de sentido. La teoría del orden concreto tiene la capacidad de explicar el fenómeno jurídico si se purifican y rescatan los elementos que carecen de toda orientación Nazi y que tengan un asidero científico jurídico sustancial.

De Schmitt hemos aprendido que los escenarios cambian, por lo cual creemos que la ciencia jurídica debe seguir avanzando sin quedarse estancada en una determinada era, ni ceñida exclusivamente a algunos autores. Sin embargo, para realizar esta tarea no se puede olvidar los aportes de autores como los que hemos tratado en este trabajo.



BIBLIOGRAFÍA

- Bendersky, Joseph W.: *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, 1983.
- Campderrich, Ramón (2005): *La palabra de Behemoth: Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945)*, Trotta, Madrid.
- Doti, Jorge- Pinto, Julio (2002): *Carl Schmitt su época y pensamiento*, Eudeba, Buenos Aires.
- Gómez Orfanel, German (1986): *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Haart, Herbert (): *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (traducción de Genaro R. Carrió).
- Hegel, Georg (1988): *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona.
- Hegel, Georg (1979): *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, Aguilar, Madrid. (traducción de Dalmacio Negro Pavon)
- Herrera, Hugo (2006), *Lo "originario" en la dimensión jurídica: comentario sobre los alcances filosófico-jurídicos y filosófico-generales de un argumento de Carl Schmitt contra el normativismo de Hans Kelsen*, Revista de Ciencias Sociales / Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. No. 51, pp. 55-71.
- Herrero, Montserrat (1997): *El nomos y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona.
- Kaufmann, Arthur (1999): *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (traducción de Luis Villar Borda, y Ana María Montoya).
- Kaufmann, Matthias (1989), *¿Derecho sin Reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, Alfa-Barcelona, Caracas.



- Kelsen, Hans (1982): *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma De México, México D.F. (traducción de Roberto J. Vernengo).
- Kelsen, Hans (1994): *Teoría general de las normas*, Trillas, México.
- Kelsen, Hans (2007): *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona.
- Negro Pavón, Dalmacio (1996): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Colección veintiuno, Madrid.
- Schmitt, Carl (1975): *El concepto de lo político*, Estudios políticos, Madrid.
- Schmitt, Carl (1996): *Sobre los tres modos de pensar el derecho*, Tecnos, Madrid (traducción de Monserrat Herrero López)
- Schmitt, Carl (2002): *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”*, Comares, Granada.
- Schmitt, Carl (2009): *Teología política*, Trotta, Madrid.