

EL DERECHO COMO ORDEN CONCRETO: UNA INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO JURIDICO DE CARL SCHMITT

Alfonso R. Vargas Murillo¹

Fecha de publicación: 01/11/2015

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Los modos de pensar la ciencia jurídica. **III.** El Derecho como orden concreto. **IV.** El “*Grossraum*” o “espacio de desarrollo” y el “nomos” como fundamento del orden concreto. **V.** El orden jurídico. **VI.** Conclusiones **VII.** .Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo, es un esbozo acerca del pensamiento jurídico de Carl Schmitt, repasando algunas ideas-fuerza, así como sus objeciones hacia los fundamentos del Estado de Derecho moderno (y que se extienden hasta su versión posmoderna).

Por tanto, basándonos en sus obras fundamentales y en los comentarios vertidos por los estudiosos del trabajo de tan importante jurista del siglo XX, podremos otorgar una visión bastante general de la teoría del Derecho como orden concreto, de manera que pueda servir como una invitación a la profundización de la vasta obra de dicho autor y poder repensar (y replantear en lo necesario) las bases filosóficas del Derecho contemporáneo.

Palabras Clave: Carl Schmitt, orden concreto, nomos.

¹ Estudiante de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna y de la Escuela de Historia de la Facultad de Educación, Comunicación y Humanidades de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann.

I. Introducción

¿Por qué estudiar a Carl Schmitt?, ¿No es acaso, uno de los que con mayor vehemencia han atacado el Estado de Derecho, la democracia y la jurisdicción constitucional?, ¿qué puede aportar a la teoría jurídica en tiempos neo-constitucionales? Estas son solo algunas preguntas que pueden surgir a primera vista, a todo aquel que toma contacto con la obra del jurista Alemán en mención.

Su crítica directa y que busca destruir el sustento filosófico del pensamiento jurídico moderno, como si de una gran mentira se tratara, nos invita a replantearnos, las respuestas a los problemas actuales de un mundo globalizado, con ordenamientos jurídicos estandarizados, donde a la par de la relativización de algunos valores, otros se consagran como absolutos, los cuales buscando solucionar los excesos del pasado, han dado pie a nuevos conflictos.

En este sentido, mucha razón tiene Pablo LUCAS VERDÚ, al afirmar que Schmitt es “un autor crítico de doctrinas e instituciones en crisis”², de este modo se justifica el estudio de Schmitt, cuando la vigencia y capacidad del modelo de Estado Constitucional de Derecho es puesto a prueba para enfrentar los problemas actuales y venideros.

II. Los modos de pensar la ciencia jurídica

Carl SCHMITT en su obra “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica” publicada inicialmente en 1934, señala que el derecho es conceptualizado de tres modos por los juristas, conceptos que a su vez determinan el pensamiento jurídico, los cuales son: como regla, decisión o como un orden o configuración concreto. En cuanto se tiene alguno de dichos elementos como “concepción última” del derecho, se determinara todo aquello que sea considerado como jurídico en base a este. Así nos encontramos con el pensamiento “legal o normativo, el decisionista y el del orden y configuraciones concretos”³

² LUCAS VERDÚ, Pablo, Carl Schmitt: Intérprete singular máximo de la cultura constitucional demoliberal, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 64. 1989. Pp. 25-95. Pág. 29

³ SCHMITT, Carl, Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos S.A., Madrid, 1996. Pág. 5-6

La importancia de este planteamiento, radicaría en el ser el punto de partida para el análisis de cualquier argumentación jurídica, como señala Gregorio SARAVIA, “Para Schmitt la concepción de fondo que todo jurista posea abarca a todas las deducciones que éste realice. Por ello siempre que se analice el pensamiento de un jurista se va a poder determinar si su concepción toma como punto de partida la norma, a la decisión o al orden concreto”.⁴

El pensamiento normativista se presenta como “impersonal y objetivo”, la decisión como “siempre personal”, y el orden concreto como “suprapersonal” Ocorre en cada uno de estos modos de pensar lo jurídico, la afirmación de haber encontrado la “esencia del derecho”, por lo cual ocurre una negación del status de jurídico del resto.⁵

La diferencia entre estos modos de pensar jurídico recae en “los presupuestos y fundamentos de un orden global, en las características de lo que puede considerar un situación normal, una persona normal, en los concretos tipos de vida que debe ser considerada justa”⁶ a esto denomina “presupuestos jurídicos”, los cuales son variables según épocas y pueblos los cuales determinaran el modo de pensar jurídico, sin perjuicio que en determinado momento histórico encontremos la presencia de más de uno de estos presupuestos.

El normativista, reduce el orden concreto a “reglas legales, al punto de que todo derecho y todo orden quedan definidos como un compendio de reglas o algo similar”⁷. El normativismo, como señala Gregorio SARAVIA, llevado hasta “las últimas consecuencias- mediante la deducción de las normas de acuerdo con su creación prevista en otra norma jerárquicamente superior- conduce inexorablemente a un enfrentamiento polémico entre la norma y el gobernante en la cual los señores de la Lex reemplazan al Rex.”⁸ Es decir, contra la identificación del derecho con la decisión soberana del pensamiento decisionista, sin perjuicio que en la construcción normativa se presente el elemento decisionista, en un primer momento, como el poder necesario para la creación del derecho positivo, para luego dar un paso atrás y subordinarse completamente a la norma creada, otorgándole la calidad de ser criterio de validez.

Para el decisionista, tomando como referencia al “Leviathan” de Hobbes, como un caso clásico de este pensamiento, “la fuente de todo

⁴ SARAVIA, Gregorio, Thomas Hobbes y la filosofía política contemporánea. Carl Schmitt, Leo Strauss y Norberto Bobbio, Editorial DYKINSON S.L., Madrid, 2001, Pág. 113

⁵ SCHMITT, Carl, Óp. Cit. Pág. 10-12

⁶ Ibídem. Pág. 9

⁷ Ibídem. Pág. 11

⁸ SARAVIA, Gregorio, Óp. Cit., Pág. 114

‘derecho’, es decir, de toda norma y ordenamiento que de él deriven, no es el mandato como tal, sino la autoridad o soberanía de una última decisión que viene dada con el mandato”⁹. Por tanto, para determinar la validez lógica de una norma jurídica, no se toma en cuenta con “el proceso de creación donde interviene una norma de jerarquía superior, sino que su fuerza jurídica reside en una decisión.”¹⁰

En este sentido, el derecho según el clásico ejemplo hobbesiano, como señala Eleonora SALAZAR LONDOÑO reside en el poder de decisión del soberano, “un poder emanado de la voluntad de los súbditos que en últimas lo que quieren es proteger su seguridad para sentir que se les está protegiendo la propiedad y la vida, y el soberano lo consigue no con la norma ni con el orden concreto sino con la decisión”¹¹ la cual al ser legitimada de este modo, no responde a más limite que el motivo que le dio origen, frenar “el estado de naturaleza”.

De estos dos modos de pensar el derecho, surge un híbrido, el positivismo del siglo XIX, este “identifica la formación legal con el derecho; reconoce, tan solo como derecho- aunque hace concesiones a la posibilidad de un derecho consuetudinario- una legalidad fijada normativamente.”¹²

Este positivismo, señala, se dio en Francia y Alemania, es en el primero donde se manifiesta una indiferenciación entre derecho y ley. El elemento decisionista se manifiesta aquí, cuando el positivista, se somete de la siguiente forma:

“a la decisión del accidental legislador en posesión del poder estatal de legislar, porque solamente él puede imponer una forma objetiva de coacción; pero al mismo tiempo consigue que esa decisión siga valiendo de modo fijo e inquebrantable como norma, es decir, que también el legislador estatal se someta a la ley por él puesta a su interpretación”¹³

Este proceso culmina, en cuanto la norma positiva, volviendo a surgir el carácter normativista, “se alza de nuevo sobre la decisión de poder

⁹ SCHMITT, Carl, *Óp. Cit.*, 1996, Pág.27. Respecto al decisionismo de Hobbes, afirmará que éste se basa en la premisa: “‘Auctoritas, non Veritas’. Nada es verdadero: todo es mandato.” En SCHMITT, Carl, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes*, Editorial Struhart y Cia. Argentina, 2007. Pág. 53

¹⁰ SARAVIA, Gregorio, *Óp. Cit.* 114

¹¹ SALAZAR LONDOÑO, Eleonora, *INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN NORMATIVA*, en *Prolegómenos: Derecho y Valores*, Vol. XV, núm. 29, enero-junio 2012, pp. 55-66. Pág. 59

¹² SCHMITT, Carl, *Óp. Cit.*, 1996, Pág. 33

¹³ *Ibidem.* Pág. 38

estatal, a la cual él se había sometido por el interés de seguridad y de la fijeza, e impone ahora exigencias normativas al legislador.”¹⁴

Es decir fundamenta primero su punto de vista “en una voluntad (del legislador o de la ley), y luego, contra esa voluntad, directamente en una ‘ley objetiva’.”¹⁵ En procura de la seguridad jurídica, uno de los fundamentos del positivismo, la norma dictada por voluntad del legislador debe imponerse y prevalecer por sobre dicha voluntad, diferenciándose de este modo del decisionismo, pero según señala Schmitt, solo desde el decisionismo “puede el positivismo fijar, en un determinado momento y lugar, la cuestión del último fundamento de la norma vigente, sin volver a lo invisible, meta-jurídico.”¹⁶ En este sentido, lo que busca Schmitt, es una “personificación” del poder constituyente, contrario a lo que postula Kelsen, como señala Renato CRISTI, “El Poder constituyente es simplemente una ficción, un “acto de pensamiento”, que le sirve al jurista para fundar lógicamente la validez de un sistema jurídico.”¹⁷ Es decir, se reduce a ser solo la idea fundamental (supuesta) de la *Grundnorm*.

Es necesario señalar, que este modelo de positivismo (particularmente el del siglo XIX), respondió a un momento histórico, (buscando cumplir con las exigencias de la imperante filosofía positivista y su influencia en el proceso de “cientificación” de todas las ramas del saber), y haciendo un paralelo con el pensamiento decisionista y normativista los cuales se pueden encontrar incluso en puridad a lo largo de la historia, como señala Eleonora SALAZAR LONDOÑO, “no se puede considerar la combinación de decisionismo y normativismo en la que consiste el positivismo del siglo XIX como un tipo jurídico ni originario ni eterno”¹⁸

III. El Derecho como orden concreto:

Monserrat HERRERO, define al Orden concreto de Schmitt como: una “mezcla de principios morales y racionales, configurados en las costumbres, con sentimientos, condicionamientos del entorno y a partir del hecho de que el hombre no puede vivir más que en relación con otros hombres.”¹⁹

¹⁴ ibídem Pág.39

¹⁵ SCHMITT, Carl, Óp. Cit., 1996, Pág. 39

¹⁶ Ibídem. Pág. 42

¹⁷ CRISTI, Renato, La lección de Schmitt: Poder constituyente, soberanía y principio monárquico, en Revista de Ciencia Política / volumen 28 / N° 2, 2008, pp. 17-31. Pág. 18

¹⁸ SALAZAR LONDOÑO, Eleonora, óp. Cit. Pág. 59

¹⁹ Citado por: CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945), Tesis Doctoral Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003, Pág. 139. Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/34976/1/RCB_TESIS.pdf

Para Carl Schmitt, dentro de la teoría del derecho como orden concreto, existen “diferentes momentos” en la creación del derecho, de este modo se distinguen los conceptos de: “derecho (*Recht*), idea de derecho (*Rechtsbegriff*), derecho positivo (*Positives Recht*) y realización del derecho (*Rechtsanwendung*).”²⁰. Haciendo una comparación con la fundamentación del derecho de Kelsen, el derecho en el orden concreto “hace referencia a la realidad, al orden de la vida real de un pueblo, es algo sustancial, óntico^{21,22}, es decir, no es algo “puesto”, como plantea el positivismo, si no, contrario a esta visión neokantiana del derecho, emana de la raíz del pueblo, de su “sustancia”.

La “idea de derecho” pertenece “al mundo lógico; el derecho positivo lo hace concreto al quedar escrito por voluntad, es ontológicamente²³ concreto”²⁴. En este punto, aun no se nota la claridad, la diferencia en la naturaleza del Derecho (reino del “deber ser” para Kelsen y del “ser” para Schmitt) en cuanto formalmente se cumple con el “principio de imputación” (sobre las que se basan las ciencias normativas”) que “establece la condición de una consecuencia específica.”²⁵, pero esto será en lo formal, pues en lo esencial, el Derecho Schmitiano parte de un “nomos” anterior a la norma, contrario a la mera construcción normativa neo-kantiana de Kelsen (como trataremos más adelante) por ende, se basa en un “ser” que lo constituye y le da validez, en este sentido, como señala Enrique SERRANO G. el pensamiento kelseniano contempla que “Si bien todas las normas son creadas por actos humanos, su validez, de acuerdo

²⁰ HERRERO, Monserrat, Estudio preliminar en: SCHMITT, Carlo, Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos S.A., Madrid, 1996. Pág. XXVII

²¹ “‘Óntico’, adjetivo de ente, toma su significado de la existencia en sí de las cosas; esta existencia es un dato independiente de lo que el hombre puede saber acerca de ella; nuestro pensamiento ni la hace ni la deshace.” En: COSSIO, Carlos, La racionalidad del Ente lo óntico y lo ontológico, en Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Sichés, tomo I, UNAM, pp. 197-201, México, 1980, pág. 197. Disponible en: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1980_ontico_ontologico.pdf

²² HERRERO, Monserrat, Óp. Cit. Pág. XXVII

²³ “Ontológico”, adjetivo de ser, corresponde a la interpretación que el hombre da cuando se pone en la tarea de descubrir la esencia de las cosas. En tal sentido, claro está, no aparece el ser de las cosas sino frente a un espíritu que las contempla también como ser, siendo ese espíritu quien lo declara. Obviamente el problema del ser corresponde, así, a una función del ser del espíritu que lo declara; y con tal alcance ni la pregunta ni la respuesta son algo independiente del hombre. En: COSSIO, Carlos, La racionalidad del Ente lo óntico y lo ontológico, en Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Sichés, tomo I, UNAM, pp. 197-201, México, 1980, pág. 197. Disponible en: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1980_ontico_ontologico.pdf

²⁴ HERRERO, Monserrat, Óp. Cit. Pág. XXVII

²⁵ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria Buenos Aires, Bs. As. 1982. Pág. 28

con Kelsen, no se sigue del acto en sí mismo (ser), sino de la norma que otorga autoridad a ese acto (deber ser)”²⁶ es decir, la que Kelsen denomina “*Grundnorm*”.

Y por último con la decisión del juez, “se hace el derecho prácticamente concreto. Es decir, la idea de Derecho se convierte en derecho positivo a través de la decisión política y el derecho positivo se realiza en la práctica gracias a la decisión judicial”²⁷. Todo esto legitimado por la concordancia con el orden concreto pre-existente Esta sería la sistematización del derecho en la Teoría del Orden Concreto de Schmitt.

Como podemos ver, la decisión y la norma son parte importante en la sistematización del derecho en Schmitt, pero ambas tiene como eje central al orden concreto, en cuanto la primera es necesaria para la creación del derecho (limitada por el orden concreto en contraste con el decisionismo abstracto de Hobbes) y la segunda para ser expresión jurídica del orden concreto.

Esta idea de orden concreto pre-jurídico, donde se encuentran las tradiciones y valores del pueblo, fue vital para separarse definitivamente del “decisionismo puro”, como había sido etiqueta tras una malinterpretación su pensamiento, equiparándolo a una especie de “positivismo (legal)”²⁸ siendo la decisión una parte importante en la creación del derecho, pero solo en cuanto se alza solo para positivizar el orden concreto, el cual se convierte en un criterio legitimador, de este modo, la decisión es tal como señala Celestino PARDO, “la única que asegurar la realización del Derecho desde el momento en que una norma no puede realizarse a sí misma puesto que requiere de una voluntad que la haga derecho positivo”²⁹

En este sentido, Schmitt afirma que los ámbitos de la existencia humana tienen “una sustancia jurídica propia que, desde luego, conoce también reglas generales y cierta regularidad, pero solo como expresión de esa sustancia, solo como procedente del propio orden concreto interno, el cual no es la suma de aquellas reglas y funciones.”³⁰ Una sustancia jurídica, que como podemos observar procede de una sustancia histórica, pero que

²⁶ SERRANO G. Enrique, Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt, ISEGORÍA, N.º 36, enero-junio, 2007, 125-141, ISSN: 1130-2097, Pág. 127

²⁷ HERRERO, Monserrat, Óp. Cit. Pág. XXVII

²⁸ PARDO, Celestino, Estudio preliminar, en SCHMITT, Carl, El Valor del Estado y el Significado del Individuo, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2011, Pág. LXXXI

²⁹ SARAIVA, Gregorio, Óp. Cit. Pág. 112

³⁰ Citado por PARDO, Celestino, Óp. Cit. Pág. LXXXII

adquiere un modo de ser propio, al estar situado en un tiempo-espacio determinado, configurando el orden concreto.

Por tanto, para Schmitt, como señala Enrique SERRANO G., el orden concreto, formado la dinámica social y política, como fundamento de las normas jurídicas, al estar situado “no existe derecho ajeno o independiente de una situación específica, ni, por tanto, un derecho que tenga validez en sí mismo.”³¹

IV. El “*Grossraum*” o “espacio de desarrollo” y el “*nomos*” como fundamento del orden concreto:

El *Grossraum* es “un espacio con una disposición interna determinada y con una situación específica respecto de otros espacios.”³² Así, a diferencia del espacio, considerado como algo vacío al que hay que darle un contenido, Carl Schmitt afirma que “posee en si una medida interna, un orden”³³ este orden (*Leitungsraum*) es equivalente a lo que denomina “*nomos*”, el cual se desarrolla en tres direcciones: “‘apropiarse, dividir y cultivar la tierra’ es decir, todo *Grossraum* supone un habitar, un derecho y una economía específica”³⁴

Es de la idea de ese “orden”, sobre el cual Schmitt parte para fundamentar el derecho, en contraposición a la teoría Kelseniana que parte de algo abstracto como la norma, como señala Monserrat HERRERO, para Schmitt el derecho es un “*nomos*” y en este sentido “Todo derecho no puede ser más que un derecho “situado””³⁵

En su trabajo “El *nomos* de la tierra”, introduce al *nomos* como:

“La palabra griega para la primera medición en la que se basan todas las mediciones ulteriores, para la primera toma de la tierra como primera partición y división del espacio, para la partición y distribución primitiva es: *nomos*. Esta palabra, comprendida en su sentido original referido al espacio, es la más adecuada para tomar conciencia del acontecimiento fundamental que significa el asentamiento v la ordenación.”³⁶

³¹ SERRANO G. Enrique, Óp. Cit. Pág. 131

³² HERRERO, Monserrat, Óp. Cit. Pág. XVII

³³ Ibídem. Pág. XVI

³⁴ Ibídem. Pág. XVII

³⁵ HERRERO, Monserrat, Óp. Cit. Pág. XXI

³⁶ SCHMITT, Carl, El *Nomos* de la Tierra: En el derecho de gentes del “*Jus publicum europaeum*” Ed. Struhart y Cía. Buenos Aires, 2005. Pág. 48

Para Monserrat HERRERO, la importancia del orden concreto en el pensamiento de Schmitt, reside en ser “la visibilidad de un nomos.”³⁷ El cual define como:

“el desarrollo de una comunidad de hombres en el espacio gracias al modo natural de ser del hombre, a las relaciones naturales que se originan entre ellos, al trabajo y a la tradición que pone manifiesto el modo de ser de un pueblo concreto. Es, por tanto, expresión antropológica. Es lugar concreto y tiempo concreto porque la vida del hombre es una vida en un espacio y en un tiempo concretos, es decir con ciertas condiciones naturales y físicas pero, sobre todo, con una tradición y unas costumbres.”³⁸

Celestino PARDO, señala que el nomos es “el orden que recibe un pueblo concreto y hace visible su derecho. El que fija la norma de distribución de la riqueza, y las reglas de su disfrute posterior”³⁹ y en este sentido “Orden supone equilibrio, no es un espacio vacío: solo subsisten en tanto no surjan diferencias desequilibrantes, destructivas del orden.”⁴⁰

Partiendo del “nomos”, el derecho positivo, sobre el que basa su teoría Hans Kelsen (y el único derecho posible para él), no puede ser, sino, la expresión de este *nomos* para Carl Schmitt, es decir, “la expresión mediante reglas de un conjunto de principios, costumbres y actitudes que han cristalizado a lo largo del tiempo en la vida de relación de un pueblo concreto que ocupa un espacio determinado.”⁴¹, en sentido contrario, se desprende que aquellas normas que vayan en contra del “*nomos*”, pierden validez.

Entonces el derecho deja de identificarse totalmente con la norma jurídica, sino esta se convierte en “manifestación de un orden, un medio para la realización del derecho”⁴² y su validez no requiere solo su existencia formal, sino una correspondencia a ese “orden concreto”, un derecho basado en “decisiones y normas”.⁴³

V. El orden-jurídico

³⁷ Citado por: CAMPDERRICH BRAVO, óp. Cit. Pág. 13.

³⁸ HERRERO, Monserrat, Óp. Cit. Pág. XXII

³⁹ PARDO, Celestino, Óp. Cit. Pág. CLXIII

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ HERRERO, Monserrat, Óp. Cit. Pág. XXIII

⁴² Ídem.

⁴³ Ibídem. Pág. XXIV

Habiendo señalado, que el fundamento del derecho para Carl Schmitt es el “orden concreto”, es decir el derecho proviene de una realidad “concreta” que la precede y fundamenta, se le critica a Kelsen en este punto, en su concepto de orden-jurídico, como señala Eduardo HERNANDO NIETO que “al intentar eliminar cualquier aspecto extra-legal dejaba de lado la auténtica realidad jurídica, esto es, la necesidad de la creación, de la legitimidad del derecho y sobre todo la de su vocación de servicio y utilidad dentro de la sociedad.”⁴⁴

La conjunción “orden-jurídico”, desde la óptica del normativismo, reduce todo orden a “compendio de normas o suma de reglas y leyes”⁴⁵, esto será justamente rescatado por el positivismo, como se evidencia en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, pero para el modo de pensar jurídico de orden concreto, el “orden”, la norma –como señalamos anteriormente– es solo un elemento o instrumento de él. Es decir el derecho para la teoría del orden concreto se define a partir del “orden”, y supera de este modo “la apropiación normativista de la noción de derecho y la conversión del orden jurídico en una simple regla jurídica”.⁴⁶ En este sentido “orden” no tiene el mismo significado que le asigna Kelsen, como conjunto de normas, sino, como señala Monserrat HERRERO, “la visibilidad de un nomos”⁴⁷, es decir, hacer evidente una realidad pre-existente.

El concepto de ordenación jurídica para Schmitt, está compuesto de dos elementos: “el elementos normativo del Derecho y el elemento real de la ordenación concreta.”⁴⁸ Ahora, a diferencia del positivismo, que coloca al elemento normativo en la cúspide, y como origen del orden jurídico (en cuanto se habla de la Constitución como “norma fundamental” señala por ejemplo) afirma que “La unidad y ordenación reside en la existencia política del Estado, y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades.”⁴⁹

De este modo, Schmitt señalará que, luego de dejar claro que la norma no crea el orden, esta solo tiene “una cierta función reguladora; en la que la medida de validez, en si autónoma, de la ley, es decir, independiente de la situación de las cosas, es relativamente pequeña.”⁵⁰ Es decir, no estamos frente a la ley “autónoma”, que determina las situaciones, nos encontramos frente a una norma determinada por un orden, que la precede (por una

⁴⁴ HERNANDO NIETO, Eduardo, Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional, en Pensamiento Constitucional Vol. 3 N°3. Pp. 220-230. Pág. 213

⁴⁵ SCHMITT, Carl, Óp. Cit., 1996, Pág. 11

⁴⁶ SCHMITT, Carl, Óp. Cit., 1996, Pág. 11

⁴⁷ HERRERO, Monserrat, Óp. Cit., Pág. XXII

⁴⁸ SCHMITT, Carl, Óp. Cit., 1996 Pág. 35

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ibídem. Pág. 12

situación anterior a ella) y sobre la cual no tiene la facultad de contrariar, en cuanto su validez depende de ella.

Este sistema jurídico kelseniano, como señala Monserrat HERRERO:

“es compacto, no admite lagunas en la ley, en el sentido de que un conflicto jurídico no pudiera decidirse porque no pudiera aplicarse la ley por falta de un precepto. En todo caso, podría haber solo lagunas técnicas y estas serían rellenadas por vía de interpretación”⁵¹.

Se ve claramente, la diferencia abismal, en la definición que realiza Schmitt de “soberanía” frente a la de Kelsen, “pues aquel niega la posibilidad de definirla como el poder legal supremo y autónomo que a la vez encaja dentro de un perfecto silogismo, pues ello representa, nuevamente, una lógica circular y tautológica que se agota en su enunciación”⁵² y esto termina por derrumbar la idea de un orden jurídico autónomo e independiente de cualquier limitación extra-legal (tanto de la decisión como del orden concreto).

Como señala Enrique SERRANO G. “La intención crítica de Schmitt es destacar que el orden jurídico nunca puede ser neutral frente a los conflictos sociales, ya que ese orden es el efecto de la dinámica de estos últimos”⁵³ de sus particularidades, producto de factores histórico-culturales que se desarrollan en un determinado espacio y donde se dan determinadas relaciones de poder. En este sentido lo que Schmitt criticará duramente de los presupuestos teóricos de Kelsen es el encubrimiento de la decisión política como elemento del derecho en pos de una “autonomía del derecho” inexistente y una neutral frente a los fenómenos políticos, lo cual implicaría, para su no-contaminación, sustraerla de la sociedad.

VI. CONCLUSIONES:

PRIMERA: El Derecho para Schmitt, no es más que la plasmación jurídica, por medio de la decisión, de un orden concreto pre-jurídico.

SEGUNDA: Contraria a la postura de Kelsen, el orden jurídico schmittiano, tiene una medida y está “situado”, y en este sentido rompe la falacia del orden jurídico neutro sin condicionamientos extra-legales, que identifica la validez normativa en otras normas (lo cual siempre deviene en un razonamiento circular). La validez del orden jurídico y de las normas que lo componen para Schmitt, se

⁵¹ HERRERO, Monserrat. Óp. Cit. Pág. XXI

⁵² SANIN RESTREPO, Ricardo, Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2011. Pág. 56

⁵³ SERRANO G. Enrique, Derecho y orden social Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt en ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N° 36, Pp. 125-141. 2007. Pág. 128

observa en el proceso mediante el cual, en el primer momento, la decisión soberana (la cual recae en el sujeto del poder constituyente) “positiviza” el orden concreto pre-jurídico, siendo tanto la decisión y la norma los vehículos para la plasmación jurídica de dicho orden, el cual resulta –además de criterio de validez- en criterio legitimador.

TERCERA: El Derecho como expresión del orden concreto, implica una ruptura con la “universalización” de determinado pensamiento jurídico, en cuanto éste al ser situado en un espacio donde se desarrolla un pueblo que contiene una “sustancia” propia, de donde se extrae su contenido (aquellos valores, que producto de la dinámica social, se imponen sobre otros y reclaman fuerza jurídica), que debe ser positivado, sería una tesis contraria a la imposición de un ordenamiento jurídico estandarizado y de valores absolutos –y comunes- para todos los pueblos como sostienen algunas teorías como el neoconstitucionalismo. En este sentido si existe una pluralidad de “órdenes concretos”, deberíamos encontrarnos ante un “pluriverso” jurídico.

BIBLIOGRAFIA

CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945), Tesis Doctoral Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003. Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/34976/1/RCB_TESIS.pdf

COSSIO, Carlos, La racionalidad del Ente lo óntico y lo ontológico, en Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Sichés, tomo I, UNAM, pp. 197-201, México, 1980, Disponible en: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1980_ontico_ontologico.pdf

CRISTI, Renato, La lección de Schmitt: Poder constituyente, soberanía y principio monárquico, en Revista de Ciencia Política / volumen 28 / N° 2, 2008, pp. 17-31.

HERNANDO NIETO, Eduardo, Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional, en Pensamiento Constitucional Vol. 3 N°3. Pp. 220-230.

HERRERO, Monserrat, Estudio preliminar en: SCHMITT, Carl, Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos S.A., Madrid, 1996. Pág. XXVII

- KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria Buenos Aires, Bs. As. 1982
- PARDO, Celestino, Estudio preliminar, en SCHMITT, Carl, El Valor del Estado y el Significado del Individuo, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2011
- SALAZAR LONDOÑO, Eleonora, INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN NORMATIVA, en Prolegómenos: Derecho y Valores, Vol. XV, núm. 29, enero-junio 2012, pp. 55-66
- SANIN RESTREPO, Ricardo, Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2011
- SARAVIA, Gregorio, Thomas Hobbes y la filosofía política contemporánea. Carl Schmitt, Leo Strauss y Norberto Bobbio, Editorial DYKINSON S.L., Madrid, 2001,
- SCHMITT, Carl, El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes, Editorial Struhart y Cia. Argentina, 2007.
- SCHMITT, Carl, El Nomos de la Tierra: En el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum” Ed. Struhart y Cía. Buenos Aires, 2005.
- SCHMITT, Carl, Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos S.A., Madrid, 1996. Pág. 5-6
- SERRANO G. Enrique, Derecho y orden social Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt en ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N° 36, Pp. 125-141. 2007.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, CARL SCHMITT, INTERPRETE SINGULAR MÁXIMO DEBELADOR DE LA CULTURA CONSTITUCIONAL DEMOLIBERAL, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 64. 1989. Pp. 25-95.