

## *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.*

(Estudio preliminar, traducción y notas  
de Montserrat Herrero)

---

C. Schmitt

---

TECNOS, Madrid, 1996, 77 páxs.

### ¶

Por fortuna, los asuntos del pensamiento han estado en nuestra ciencia bien presentes a lo largo de la historia. Gracias al generoso recordatorio de reconocidos maestros, en cada nueva generación de juristas van haciéndose familiares egregios apellidos y monumentales obras. Figuras como Kelsen, Hauriou, Duguit, Romano, Jellinek, Bentham, Schmitt, y un largo etcétera, continúan siendo objeto de detenidos estudios en campos tan poco propicios como el Derecho Administrativo, centrándose en sus trabajos y teorías el común punto de partida de todo serio intento de aproximación científica.

Aún así, el legalismo, reglamentismo y hasta el ordenancismo contemporáneos han difuminado un tanto el legítimo protagonismo de estos autores y sus obras en el quehacer diario del jurista. La

denunciada inflación normativa, silente e imparable, sigue relegando estos temas a un mero papel decorativo, superficial, en detrimento del propio derecho, que se mantiene constreñido a los estrechos límites de una multitud de normas escritas de discutible factura hasta en lo puramente gramatical.

Qué cosa sea el derecho, cuál su función última en un Estado social y democrático, a qué principios deberá responder, con qué modos y maneras habremos de abordar en el futuro su estudio y defensa, cómo recobrar su depauperada imagen..., son algunas de las incógnitas que aún nos siguen preocupando y que tal vez sólo desde una estricta perspectiva de pensamiento podremos despejar con cierta garantía. Es más: infinidad de controversias jurídicas de patente actualidad nacen precisamente de visiones encontradas de la realidad jurídica, del derecho mismo (la valiosa contribución de los filósofos del derecho a la encendida polémica abierta recientemente en el derecho administrativo acerca de la discrecionalidad, o el uso de argumentos de esta índole por los ilustres administrativistas *contendientes*, es buena prueba de ello).

Acaso haya llegado el momento de retornar a las fuentes doctrinales clásicas del derecho público. Rescatarlas del olvido, traer causa de ellas y actualizarlas, revitalizarlas, profundizarlas. Reabrir los apagados debates de fondo acerca de su estructura y caracteres, sobre su finalidad de cara a los nuevos tiempos, a las nuevas y cambiantes exigencias sociales. A buen seguro que por ahí habrá de pasar la lucha contemporánea por el derecho, a la que tan enérgicamente nos alentara en su día el sabio de Aurich.

## ¶

En ese proceso de recuperación de las obras maestras del pensamiento jurídico-público, se presenta ahora, por vez primera traducido al castellano, el trascendental texto de Carl Schmitt, *Über die drei arten des rechtswissenschaftlichen denkens*, refundición bajo un mismo título de dos conferencias que, sobre ciencia jurídica y teoría del derecho, impartió en 1934 el polémico pensador alemán. La obra, editada por Tecnos en su colección *Clásicos del pensamiento*, cuenta con un completo estudio preliminar a cargo de la profesora Montserrat Herrero, quien se ha encargado, además, de traducir y anotar oportunamente el texto. Las líneas maestras del estudio introductorio pueden resumirse como sigue.

Aunque de la lectura de la obra de Schmitt se puedan extraer consecuencias políticas (justificación ideológica del nazismo incluida), estamos básicamente ante un ensayo sobre el pensamiento jurídico del autor, quien, aprovechando el análisis crítico que le merecen ciertas alternativas de estudio del derecho, irá perfilando su particular

modelo interpretativo, el derivado del *orden concreto* (*konkretes ordnungsdenken*).

Para reafirmar que el derecho se encuentra determinado primordialmente por un orden previo constituido, reacciona con firmeza contra el positivismo y el decisionismo puros. Para Carl Schmitt, tal orden se traducirá en la visibilidad de un *nomos* o desarrollo de una sociedad en un espacio dado gracias al modo natural de ser del hombre (a su razón de ser antropológica), y a las relaciones espontáneas que se establecen en dicha sociedad (trabajo, tradición, etc.). En definitiva, como sintetiza la profesora Herrero, tal orden se revelará como la suma de principios morales y racionales reflejados en las costumbres, en los sentimientos o en los condicionamientos del entorno (todo lo que despreciaría Kelsen en su teoría por considerarlo ideológico y no jurídico).

De tal suerte, el derecho no será más que la manifestación, mediante reglas, de una serie de principios, costumbres y actitudes concretas que han cristalizado, sedimentado, a lo largo de los siglos en una determinada sociedad y, al fin, se han hecho realidad. *Sensu contrario*, si la norma deja de ser expresión de ese orden concreto (de esa vida real), si se aleja de él, perderá su validez y, en consecuencia, su esencia jurídica propia. En suma, el pensamiento científico de Schmitt pasará por valorar la estrecha conexión entre la regla y la realidad, limitándose el derecho a actualizar cíclicamente dicha relación.

De cara a superar el maniqueísmo existente entre el normativismo (sólo la norma) y el decisionismo (sólo la decisión), Schmitt intenta analizar las relaciones que se tejen entre el derecho y el poder, uno de los temas clásicos del derecho público. En esta obra, el pensador alemán sostendrá, frente a épocas anteriores (en las que, como señala la profesora Herrero, había defendido que las esferas entre ambos son distintas, sin vínculos de causalidad), que no hay solución definitiva a esa dicotomía, sino tan sólo un movimiento pendular condicionado por circunstancias históricas concretas, correspondiendo a cada pueblo, según su idiosincrasia, un modo de pensar científico-jurídico distinto. En cualquier caso, en su *orden concreto* reconciliará derecho y poder bajo su amparo.

En la presente obra, Carl Schmitt se ocupa preferentemente de la conceptualización del derecho. Para la profesora Herrero, la producción literaria del autor alemán puede dividirse en cuatro grandes etapas de creación del derecho, a cada una de las cuales corresponderá un particular análisis. De esta manera, primero se referirá al debido enlace entre el derecho y la vida real de un pueblo; en la segunda etapa, a la idea del derecho, que pertenecerá al mundo lógico; en la tercera, al derecho positivo, a la concreción del propio derecho, y, finalmente, a la realización del derecho, a que

se fije en la práctica por la decisión judicial. Pues bien, en «*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*», Schmitt se ocupará exclusivamente de la segunda etapa.

Contra los postulados normativistas, Schmitt les reprochará no reparar en el crucial hecho de que, para que sea posible el gobierno de la norma, es necesario que exista una situación normal (derivada de un orden concreto previo), de suyo cambiante (por lo que no siempre se ajustará a la norma). Contra el decisionismo, alegará que parte de presupuestos inaceptables, como el derivado de tener su origen en una nada respecto a la norma, y en un desorden respecto de la situación concreta.

Desde la teoría del orden concreto, norma y decisión quedarán enmarcadas en un orden. El derecho positivo no será más que la publicidad de ese orden, y la ley será su espejo, su expresión. Se trata de un deber de ser concreto, no abstracto. La decisión, por su parte, también se hará depender de ese orden concreto (para restablecerlo, si se ha perturbado, o para crear uno nuevo, para dar mayor seguridad al derecho desde un punto de vista político y para asegurar su realización). La fuerza, en la que se basan muchas de las ideas últimas del decisionismo, no constituyen en sí mismas derecho.

Hasta aquí, pues, el marco introductorio, genérico, que merece a la profesora Herrero las tesis de Schmitt

### III

La obra recensionada se divide en dos capítulos. En el primero se aborda la distinción entre los tres tipos de pensar la ciencia del derecho y, en el segundo, la ubicación de estos en la historia del pensamiento jurídico.

Para Schmitt, el derecho puede ser o bien una regla, o una decisión o, finalmente, un orden concreto (y, así, habrá un modo de pensar jurídico normativista, otro decisionista y otro del orden concreto). A pesar de ello, aunque frecuentemente se juegue con esos tres elementos, la imagen última habrá de responder necesariamente a una de las tres facetas. Y, para decantarse por uno u otro modelos de pensamiento científico-jurídico, será indispensable afrontar el examen de la diferencia entre ellos desde dentro del propio derecho, a través de la observación concreta del mismo en una época determinada, ya que los pensamientos jurídicos basados en tiempos pasados no sirven, al ser la realidad de la que parten diversa en cada pueblo y en cada momento.

Frente al normativismo, en el que el *orden jurídico* que contempla concibe al derecho únicamente como una norma abstracta, regla o ley, siendo ese *orden* fundamentalmente un mero compen-

dio de leyes o reglas, Schmitt sostendrá que incluso literalmente esto no es así, ya que *orden jurídico* se refiere de forma principal a *Orden*, más que a *regla jurídica*. Para Schmitt, ese *orden jurídico* no debe ser un agregado de normas, sino que la regla ha de concebirse sólo como un instrumento de ese orden. La regla o la ley no crean el orden, sino que únicamente regulan un orden previo dado. No coincide con la absolutización y el aislamiento de la regla, *Lex* como único *Rex*, aunque haya tenido mucho éxito en términos históricos. Tampoco con el pensamiento de Hans Kelsen, ya que para Schmitt los normativistas puros como él, suelen reconducir siempre el fundamento del pensamiento jurídico a una norma, convirtiendo al Rey, al juez, al Estado, al dirigente, en simples funciones de una norma, en el que rango superior de aquéllos dependerá de la norma más alta hasta llegar a la más alta de todas, la ley de leyes o norma de normas, que da la casualidad que también es una norma. Con ello, dirá Schmitt, no se logra más que los señores de la *Lex* suplanten al *Rex*.

Para el normativista, proseguirá el autor alemán, para quien el derecho se encuentra en reglas generales y leyes predeterminadas, independientes del estado concreto de las cosas, cada manifestación de la vida jurídica viene a ser una norma. Todo orden concreto y la comunidad se disolverán así en una larga serie de normas vigentes. Llevando hasta sus últimas consecuencias este razonamiento, resultaría un absurdo jurídico, puesto que únicamente sobre la base de un orden se puede llegar a concebir, por ejemplo, la idea del delito, mientras que la norma y la regla abstracta continuarán valiendo de modo inalterado a pesar del delito (una norma pura, sin referencia a una situación y a un tipo de hecho, no es más que un absurdo jurídico).

Respecto del decisionismo, la fuente de todo derecho y de la norma, y el 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. Hobbes, por ejemplo, verá todo derecho, todas las normas y las leyes, todas las interpretaciones de éstas y las ordenes, esencialmente como decisiones del soberano, siendo éste, precisamente, quien decide soberanamente (sin ser necesariamente un Rey absoluto). Esa decisión soberana no se explica jurídicamente ni desde una norma ni desde un orden concreto: la decisión funda a la norma y al orden, ya que es el principio absoluto. Y todo ello porque parte de un desorden previo, de un estado de caos anterior, en el que el hombre es perverso por naturaleza.

La enseñanza del derecho, tradicionalmente decisionista, parte de la observación de las cuestiones jurídicas desde la exclusiva óptica del caso conflictivo y para informar de cara a la decisión final del mismo. Así, un conflicto de intereses (un desorden concreto)

habrá de ser superado (y llevado al orden), por obra y gracia de una decisión. Norma y reglas sólo servirán para fundamentar y orientar las decisiones sobre los conflictos, hecho que nace con la codificación (único derecho positivo) y con su manejo por parte de funcionarios judiciales y abogados adaptados a ese modo de pensar de la clase judicial.

Ese positivismo, mezcla de normativismo y decisionismo, nacido en el siglo XIX por la obra de Jellinek y Bentham, entre otros, y luego desarrollado en Francia por la Escuela de la Exégesis, sólo entiende por derecho lo que está en los códigos, en la legalidad fijada normativamente, eliminando cualquier consideración metajurídica que se aleje de esos estrechos límites –política, ideología, economía, cualquiera que no sea puramente jurídica–.

Para estos positivistas, no van a importar demasiado las situaciones normales, los fines perseguidos por el legislador, el principio fundamentador, la naturaleza de las cosas o el sentido de un precepto, al negarse toda circunstancia que no sea íntegramente jurídica tachándola de ideológica, económica, sociológica, moral o política. Con ello, dirá Schmitt, se elimina toda consideración de la realidad, preguntándose a continuación qué queda cuando en un caso y su apreciación se sustrae todo lo ideológico, lo económico o lo político. Para el autor, la bondad del principio de seguridad jurídica, llevado al extremo, puede significar la eliminación de la interpretación jurídica misma, al considerarse una arbitrariedad subjetiva. Para él, tal seguridad jurídica no debe arrumbar en modo alguno magnos conceptos como la justicia, ni confundir a un *Estado legal* (que es el que definen los positivistas a ultranza, como Bentham), con un verdadero Estado de Derecho.

#### ¶¶

Según Schmitt, su orden concreto se manifiesta a través de Instituciones. Por ejemplo, donde hay una familia, tanto el legislador como el juez que aplica la ley tiene la obligación de aceptar, en lugar de una disposición abstracta extraída de un concepto general, los conceptos concretos emanados de la Institución denominada familia en un determinado país y en un determinado momento. Muchas de las normas, incluso las codificadas del derecho de familia, pueden estar contempladas para un orden institucional familiar radical o sensiblemente distinto al actual (y de ahí que Schmitt coincida con Santi Romano cuando éste indicaba que no se podía hablar de un derecho italiano o francés como una suma de reglas, ya que la compleja y plural organización del Estado italiano o francés deduce su derecho de un orden concreto, del que se derivarán luego sus normas jurídicas).

En Alemania, a juicio del autor, siempre ha estado presente el pensamiento del orden concreto y comunitario, salvo bajo el imperio del positivismo del XIX. Con su final, comenzaron a penetrar con fuerza las cláusulas generales frente a la seguridad: conceptos indeterminados, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como las buenas costumbres, la lealtad, la buena fe, la razón suficiente... Esas y otras cláusulas generales deben de ser usadas como medios específicos de un nuevo tipo de pensar jurídico, a decir de Schmitt. En derecho fiscal, por ejemplo, con un positivismo a ultranza se puede llegar a eludir el pago de impuestos, circunstancia que no sucedería tan fácilmente con el adecuado manejo de un sólido cuerpo de principios.

A diferencia de Alemania, en el Reino Unido su sistema del *case law* nunca ha dejado de ser más que puro decisionismo, mientras que en el resto de Europa, por obra de la codificación, ha sido el positivismo el centro del pensamiento jurídico (así, paradigmáticamente, Duguit), con ciertas excepciones, como la aportada por Maurice Hauriou, quien, en su *teoría de la institución* pretendió resturar la teoría del orden concreto, o la teoría del ordenamiento jurídico de Romano, influido poderosamente por el decano de la Facultad de Toulouse). Hauriou, al traer causa de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, se basa en la realidad y convierte a su objeto de estudio en un ordenamiento vivo.

## V

¿Qué modelo de pensamiento jurídico es el propio de nuestros días?, ¿adónde nos ha conducido la *legislación motorizada*, supersónica hoy, de la que hablara en otro lugar el jurista de Plettenberg?, ¿es posible recuperar esa interpretación de nuestro derecho basada en un sistema de principios directamente conectados con la realidad social?, ¿puede ser ése el modo de pensar jurídico que ponga fin a tanto laboratorio propiciado por la absolutización de la norma, a la tan extendida ingeniería jurídica?, ¿dónde están, en fin, los límites de la seguridad jurídica?... Desde luego, la respuesta a estos y otros serios interrogantes sólo puede venir de la atenta lectura de textos como el recensionado, de obras maestras de las que hemos estado durante demasiado tiempo alejados.

Ojalá que la feliz iniciativa que han tenido la profesora Herrero y la editorial Tecnos inaugure una nueva y fértil etapa en este sentido. 

Javier Junceda Moreno  
Decario de Investigación,  
Universidad de Oviedo



## Normas para a presentación de orixinais

1. Os traballos serán orixinais non publicados total ou parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, incluíndo de se-lo caso e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folia á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Incluíranse co título do artigo catro ou cinco descritores polos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, incluíndose ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañaranse á versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folia á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas no-

tas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

### Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

### Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, en título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remítanse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismo, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegarase o enderezo postal e teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, entendéndose que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:  
*Revista Galega de  
Administración Pública*  
EGAP  
Pol. das Fontiñas, Rúa Madrid, 2-4  
15707 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.