

CARL SCHMITT, TEÓLOGO DE LA POLÍTICA
HÉCTOR ORESTES AGUILAR
PRÓLOGO Y SELECCIÓN DE TEXTOS

Carl Schmitt (1888-1985) es uno de los autores de teoría política y jurídica más controvertidos de la segunda mitad del siglo xx. Schmitt participó en el régimen nacionalsocialista alemán y lo defendió activamente; la corriente antiliberal que lo nutría chocó radicalmente con las ideas de tolerancia y pluralismo con las cuales pretendemos construir nuestras transiciones a la democracia. El presente volumen no tiene por objeto justificar el compromiso del autor sino presentar un panorama cabal de sus ideas en el curso de su prolongada vida.

Los materiales aquí reunidos abarcan los años de 1922 a 1970. Se incluyen *Teología política I y II*, *Interpretación europea de Donoso Cortés*, *Tierra y mar*, *Legalidad y legitimidad*, *El concepto de lo "político"*, un fragmento de *El nomos de la tierra* y una selección de los *Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939*.

Esta antología da a conocer el pensamiento del hombre que, a partir de una larga tradición antiliberal, sentó los fundamentos de nuestras nociones cotidianas de la política y el derecho. La ocasión para leerlo es ineludible, justo cuando nuestras sociedades están en proceso de redefinir los conceptos de liberalismo, democracia, soberanía, decisión y dictadura.

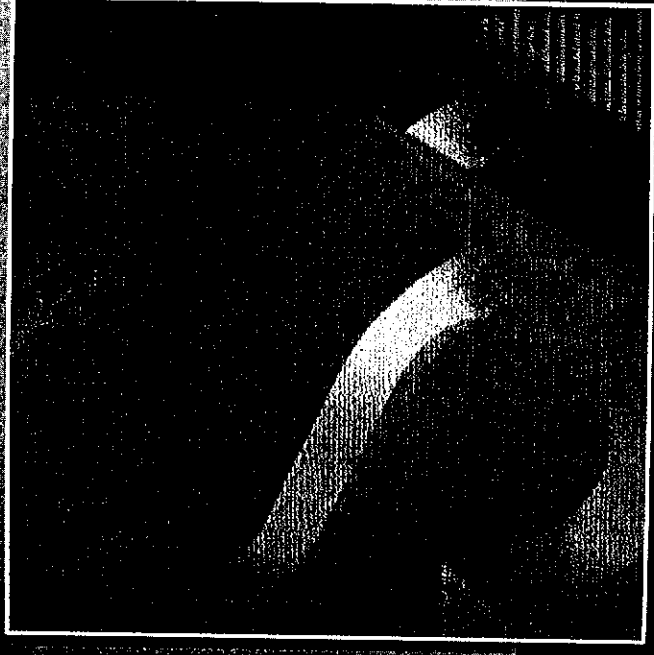
HÉCTOR ORESTES AGUILAR (ciudad de México, 1963) realizó estudios de música, lingüística y letras alemanas en México, Texas, Berlín y Viena. Fue profesor en la Universidad de Graz. Es autor de *Un disparo en la niebla* (Cal y Arena, 1997). Ha traducido al español escritos de Elias Canetti, Ernst Jünger y Heimito von Doderer, entre otros autores de lengua alemana. Es en la actualidad agregado cultural de México en Hungría.



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

CARL SCHMITT,
TEÓLOGO DE LA POLÍTICA

Héctor Orestes Aguilar
PRÓLOGO Y SELECCIÓN DE TEXTOS



ADVERTENCIA DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Esta segunda edición de la *Teología política* ha permanecido sin cambios. Hoy, después de 12 años, se podrá juzgar hasta qué punto ha resistido el paso del tiempo aquel pequeño texto publicado en marzo de 1922. También se ha conservado en su totalidad el acercamiento al normativismo liberal y su clase de "Estado de derecho". Sólo se han omitido los pasajes que trataban de cuestiones sin importancia.

En el curso de los últimos años se han dado numerosos casos nuevos para la aplicación de la teología política. La "representación" de los siglos xv al xix, la monarquía del siglo xvii, concebida de forma análoga al Dios de la filosofía barroca, el poder "neutral" del siglo xix, "qui règne et ne gouverne pas", hasta las nociones del Estado administrativo y ejecutivo puro, "qui administre et ne gouverne pas", son otros tantos ejemplos de lo fructífera que resulta la idea de una teología política. Traté el gran problema de las etapas individuales del proceso de secularización —desde lo teológico a lo metafísico y de ahí a lo moral-humano y lo económico— en mi discurso sobre *La era de las neutralizaciones y despolitizaciones* (octubre de 1929 en Barcelona). Entre los teólogos protestantes, particularmente Heinrich Forsthoff y Friedrich Gogarten demostraron que resulta imposible comprender los últimos siglos de nuestra historia sin el concepto de la secularización. Ciertamente, en la teología protestante una doctrina distinta, supuestamente apolítica, presenta a Dios como lo "totalmente otro", de la misma manera en que para el liberalismo político correspondiente el Estado y la política son lo "totalmente otro". Entretanto hemos reconocido que lo político es lo total y por ende también sabemos que la decisión de si algo es *apolítico* siempre implica una decisión de carácter *político*, sin importar quién la toma ni con qué argumentos se reviste. Lo mismo se aplica a la cuestión de si una teología determinada es teología política o apolítica.

Quiero agregar un comentario acerca de mi mención de Hobbes al final del segundo capítulo (p. 41), con respecto a los dos tipos de pensamiento jurídico, porque este tema atañe a mi posición y profesión como maestro de derecho. Actualmente ya no distinguiría entre dos tipos de pensamiento jurídico, sino tres; a saber: además del normativista y el decisionista, también el institucional. La discusión de mi teoría sobre las "garantías institucionales" en la jurisprudencia alemana y mi acercamiento a la profunda y significativa teoría de las instituciones de Maurice Hauriou me

condujeron a esta conclusión. Mientras que el normativista puro piensa de acuerdo con reglas impersonales y el decisionista impone por medio de una decisión personal el justificado derecho que le otorga la apreciación correcta de una situación política, el pensamiento jurídico institucional se desenvuelve en organismos e instituciones suprapersonales. Asimismo, mientras que el pensamiento viciado del normativista lo lleva a convertir el derecho en el simple modo de funcionamiento de una burocracia estatal, y la puntualización del momento hace que el decisionista siempre corra peligro de no reconocer la esencia inherente a todo gran movimiento político, el pensamiento institucional aislado conduce al pluralismo de un crecimiento feudal-corporativista sin soberanía. De esta forma, las tres esferas y elementos de la unidad política —Estado, movimiento y pueblo— encuentran su correspondencia tanto en los tres tipos de pensamiento jurídico como en las manifestaciones sanas y viciadas de éstos. El llamado positivismo y normativismo de la teoría del derecho político alemán de las épocas guillermina y de Weimar no es más que un normativismo degenerado —por fundarse no en un derecho natural o de la razón sino sólo en normas “vigentes” de hecho— y por lo tanto de suyo contradictorio, mezclado con un positivismo que sólo era un decisionismo degenerado, ciego ante el derecho y basado en la “fuerza normativa de lo fáctico” en lugar de una auténtica decisión. Tal mezcla informe e imposible de moldear no podía hacer frente a ningún problema jurídico-interno ni constitucional-legal serio. Esta última época del derecho público alemán se distingue por no haber sabido resolver el conflicto constitucional prusiano con Bismarck y, por ende, tampoco los demás casos decisivos. A fin de evitar la decisión acuñó una frase para tales casos que se ha revertido sobre sí misma y que ahora porta como consigna: “El derecho público termina aquí”.

CARL SCHMITT

Berlín, noviembre de 1933

I. UNA DEFINICIÓN DE LA SOBERANÍA

ES SOBERANO QUIEN DECIDE el estado de excepción.

Esta definición es la única que le hace justicia al concepto de la soberanía como concepto límite. Un concepto límite no es algo confuso, como suele manejarse en la terminología imprecisa de la literatura popular, sino un concepto extremo. Por consiguiente, su definición no puede basarse en el caso normal sino en el caso límite. A continuación se pondrá de manifiesto que en el presente texto ha de entenderse por “estado de excepción” un concepto general de la teoría del Estado, no un decreto de emergencia ni un estado de sitio cualquiera. El hecho de que en un sentido amplio el estado de excepción sea idóneo para la definición jurídica de la soberanía tiene un motivo lógico-jurídico sistemático. La decisión sobre la excepción es una decisión en el sentido amplio de la palabra. Una norma general, como la representa la norma jurídica con validez consuetudinaria, nunca puede abarcar la excepción absoluta y por ende tampoco fundamentar totalmente la decisión de si existe un verdadero caso excepcional. Cuando Mohl (*Monographien*, p. 626) afirma que no es posible determinar si existe un estado de excepción con base en una prueba jurídica, parte del supuesto de que una decisión en el sentido jurídico debe poder derivarse completamente del contenido de una norma. Sin embargo, en ello radica el problema. En los términos generales manejados por Mohl, su aseveración sólo es una expresión del liberalismo jurídico-estatal y no aprecia el significado autónomo de la decisión.

Es posible aceptar o no el esquema abstracto que suele presentarse como definición de la soberanía (la soberanía es la autoridad suprema que no deriva de ninguna otra) sin que ello implique una gran diferencia práctica o teórica. En general, no se discute por un concepto en sí, mucho menos en la historia de la soberanía. Se discute por su aplicación concreta, es decir, sobre quién decide, en caso de conflicto, en qué consiste el interés público o estatal, la seguridad y el orden públicos, *le salut public*, etc. El caso excepcional, no descrito en el orden jurídico vigente, puede a lo sumo definirse como un caso de necesidad extrema, de peligro para la existencia del Estado o algo semejante, pero no describirse de forma concreta. Sólo en estas circunstancias cobra actualidad la pregunta acerca del sujeto de la soberanía, o sea sobre la soberanía en sí. No es posible delimitar con claridad tipificable cuándo existe un caso excepcional ni es posible puntualizar lo que debe suceder cuando éste se da, si realmente

se trata de un caso de excepción extrema y de su eliminación. Tanto las condiciones como el contenido de la competencia son necesariamente limitados. Por lo tanto, en el sentido jurídico-estatal no existe ninguna competencia. La constitución a lo sumo puede indicar quién tiene permitido actuar en tal caso. Si este actuar no está sometido a ningún control, si no se distribuye de alguna manera entre diversas instancias que se limitan y equilibran mutuamente, como ocurre en la praxis de la constitución jurídico-estatal, entonces es evidente quién es el soberano. Éste decide si existe el caso de excepción extrema y también lo que ha de hacerse para remediarlo. Se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*. Todas las tendencias del desarrollo jurídico-estatal moderno apuntan a eliminar al soberano en este sentido. Ésta sería la consecuencia de las ideas de Krabbe y Kelsen que se tratan en el siguiente capítulo. Sin embargo, la cuestión de si realmente es posible hacer desaparecer el caso de excepción extrema no es de carácter jurídico. Depende de convicciones filosóficas, particularmente filosófico-históricas o metafísicas, que se albergue la confianza y la esperanza de que en realidad sea posible suprimirlo.

Existen varias relaciones históricas sobre el desarrollo del concepto de soberanía. No obstante, se conforman con recopilar las últimas fórmulas abstractas que contienen las definiciones de soberanía a la manera de un libro de texto, como para incluirse en una lección escolar. Parece que nadie se ha tomado la molestia de examinar con mayor detenimiento la frase acerca del poder supremo, totalmente vacía y repetida hasta el cansancio, en la obra de los autores famosos del concepto de soberanía. El hecho de que este concepto se oriente a partir del caso crítico, es decir, el de excepción, ya se revela en Bodin. Este autor representa el comienzo de la teoría moderna del Estado, más por su teoría de las "Vrais remarques de souveraineté" (cap. x del primer libro de la *Republique*) que por su definición tan a menudo citada ("la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République"). Explica su concepto con base en numerosos ejemplos prácticos, volviendo una y otra vez a la misma pregunta: ¿en qué medida está el soberano sujeto a las leyes y obligado frente a los estamentos? Bodin responde a esta interrogante, de especial importancia, en el sentido de que las promesas obligan porque la fuerza comprometedora de una promesa descansa en el derecho natural; sin embargo, en el caso excepcional se suprime la obligación por principios naturales universales. En términos generales indica que el príncipe sólo está obligado frente a los estamentos o el pueblo mientras el cumplimiento de su promesa corresponda al interés del pueblo, pero que no lo está si *la nécessité est urgente*. En sí estos planteamientos no son nuevos. Lo deci-

sivo de la exposición de Bodin radica en el hecho de que reduce la discusión de las relaciones entre el príncipe y los estamentos a una alternativa simple, lo cual logra aludiendo al caso excepcional. Esto fue lo realmente imponente de su definición, la cual concibió la soberanía como unidad indivisible y decidió de forma definitiva la cuestión del poder en el Estado. Su logro científico y el motivo de su éxito se deben, por lo tanto, a que introdujo la decisión en el concepto de soberanía. En la actualidad, no hay discusión acerca del concepto de la soberanía en la que falte la mención de Bodin. Sin embargo, ninguna cita el pasaje central de aquel capítulo de la *Republique*. Bodin pregunta si las promesas dadas por el príncipe a los estamentos o al pueblo menoscaban su propia soberanía. A manera de respuesta señala el caso de que se hiciera necesario violar tales promesas, alterar las leyes o suprimirlas por completo, *selon l'exigence des cas, des temps et des personnes*. Si en tal caso el príncipe tuviera que consultar primero con el senado o el pueblo, equivaldría a pedir que lo dispensen de sus promesas. Sin embargo, a Bodin esto le parece absurdo. En su opinión, a raíz de que los estamentos tampoco reñan sobre las leyes, éstos tendrían a su vez que pedirle al príncipe que los dispense, y de esta forma la soberanía sería *jouée à deux parties*: ora el pueblo, ora el príncipe sería el soberano, lo cual es contrario a toda razón y a todo derecho. Por eso la facultad de suprimir la ley vigente —ya sea de manera general o en el caso particular— es a tal grado la verdadera característica de la soberanía, que Bodin pretende derivar de ella todos los demás atributos (declaración de guerra y conclusión de la paz, nombramiento de los funcionarios, última instancia, prerrogativa del indulto, etcétera).

En mi libro sobre la dictadura (Munich y Leipzig, 1921) demostré, en oposición al esquema histórico tradicional, que también los autores del derecho natural del siglo XVII entendieron la cuestión de la soberanía en lo relativo a la decisión sobre el caso excepcional. Así ocurre en particular con Pufendorf. Todos están de acuerdo en que, al divergir las opiniones dentro de un Estado, es natural que cada partido sólo desee lo mejor para todos —en ello consiste el *bellum omnium contra omnes*—, pero que la soberanía, y por ello el Estado mismo, estriba en decidir este conflicto, o sea en determinar de forma definitiva qué constituye la seguridad y el orden públicos, cuándo se ven perturbados, etc. En la realidad concreta, la seguridad y el orden públicos se presentan de maneras muy diferentes si es una burocracia militarista, un autogobierno dominado por un espíritu mercantil o una organización partidista radical quien decide cuándo existen y cuándo peligran o están perturbados. Todo orden deriva de una decisión; y también el concepto del orden jurídico, empleado irreflexivamente como algo natural, contiene la oposición de los dos elementos

distintos de lo jurídico. También el orden jurídico, al igual que cualquier otro, se basa en una decisión y no en una norma.

Esta sea Dios el único soberano, es decir, aquel capaz de actuar como su representante en la realidad terrenal sin objeción alguna, o bien el emperador, el gobernante o el pueblo, es decir, aquellos que sin objeción alguna pueden identificarse con el pueblo, la pregunta siempre gira en torno al sujeto de la soberanía, o sea a la aplicación del concepto a una situación concreta. Desde el siglo XVI, los juristas que discuten las cuestiones de la soberanía parten de un catálogo de facultades de soberanía que reúne una serie de características imprescindibles de ésta y que en principio se remite a los razonamientos antes mencionados de Bodin. Ser soberano significaba poseer estas facultades. En las situaciones jurídicas poco claras del antiguo Reich alemán, la argumentación jurídico-interna tendía a deducir de la existencia indudable de una de las numerosas características la suposición de que las otras características dudosas también debían estar dadas. La controversia siempre giraba en torno a la pregunta de quién debía ser depositario de las facultades de las que no se hubiera dispuesto ya por medio de un precepto positivo, como una capitulación, por ejemplo; dicho con otras palabras, a quién competía el caso para el que no estaba prevista ninguna competencia. Una forma de expresión común se preguntaba quién podía adjudicarse la presunción del poder ilimitado. De ahí la discusión acerca del caso excepcional, el *extremus necessitatis casus*. Esto se repite con la misma estructura lógico-jurídica en las disertaciones sobre el llamado principio monárquico. También en ellas siempre se pregunta quién determina las facultades no reguladas por la constitución, es decir, quién es competente cuando el orden jurídico no resuelve la cuestión de la competencia. La controversia acerca de si los estados alemanes individuales eran soberanos de acuerdo con la Constitución de 1871 involucró un asunto mucho menos importante políticamente. Con todo, también es posible reconocer ahí el mismo esquema de la argumentación. El eje de la demostración de la soberanía de los estados individuales intentada por Seydel no fue tanto el concepto de la posibilidad o imposibilidad de derivar los derechos que les restaban a los estados individuales, sino más bien la aseveración de que la constitución circunscribía la competencia del Reich, limitándola por principio, mientras que la de los estados individuales era por principio ilimitada. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de 1919 actualmente vigente en Alemania, el presidente del Reich declara el estado de excepción, pero bajo el control del Reichstag, que puede en todo momento exigir que se revoque tal decisión. Este estatuto corresponde al desarrollo y a la praxis del Estado de derecho, que al dividir las competencias e instaurar el control mutuo procura aplazar lo más posible la cuestión de la so-

beranía. Sin embargo, esta reglamentación de las condiciones para que entren en vigor las facultades excepcionales es lo único que corresponde a la tendencia del Estado de derecho, no la reglamentación de contenido incluida en el artículo 48, que antes bien otorga un poder supremo y sin límites y que, por lo tanto, si el asunto se decidiera sin control alguno, concedería la soberanía de la misma forma en que las facultades de excepción del artículo 14 de la Carta de 1815 erigían al monarca en soberano. Si los estados individuales ya no cuentan con la facultad autónoma de declarar el estado de excepción, según corresponde a la interpretación usual del artículo 48, no son estados. El artículo 48 contiene el punto esencial de la pregunta de si las provincias alemanas son estados o no.

Al circunscribirse las facultades concedidas en un caso de excepción —ya sea por medio del control mutuo, por una restricción temporal, o bien, como ocurre en la reglamentación jurídico-estatal del estado de sitio, mediante la enumeración de las facultades extraordinarias—, la cuestión de la soberanía se aplaza en importante medida, pero desde luego no desaparece. En términos prácticos, el concepto de la soberanía no reviste ningún interés para una jurisprudencia orientada por los asuntos de la vida cotidiana y las transacciones en curso. También para ella sólo lo normal resulta reconocible y todo lo demás constituye una "perturbación". Enfrenta con desconcierto el caso extremo. No toda facultad extraordinaria ni cualquier medida policiaca o decreto de emergencia equivalen automáticamente a un estado de excepción. Para ello se requiere una facultad por principio ilimitada, es decir, la suspensión del orden vigente en su totalidad. Si se da esta condición, está claro que el Estado sigue existiendo, pero que el derecho ha pasado a segundo término. En vista de que el estado de excepción sigue siendo algo distinto de la anarquía y el caos, aún subsiste un orden en el sentido jurídico, si bien no se trata de un orden jurídico. La existencia del Estado demuestra, en esta situación, una indudable superioridad sobre la vigencia de la norma jurídica. La decisión se libera de toda obligación normativa y se vuelve absoluta en el sentido literal de la palabra. En el caso de excepción, el Estado suspende el derecho en virtud de un derecho de autoconservación, según suele decirse. Los dos elementos del concepto *orden jurídico* se enfrentan y demuestran su autonomía conceptual. Del mismo modo que en el caso normal es posible reducir el momento independiente de la decisión al mínimo, en el caso de excepción la norma se destruye. No obstante, el caso de excepción aún puede ser abarcado por el análisis jurídico, porque ambos elementos, tanto la norma como la decisión, permanecen dentro del marco de lo jurídico.

Se caería en una trasposición tosca de la disyunción esquemática entre sociología y derecho si se pretendiera que la excepción no tiene signi-

eficiencia jurídica y que por lo tanto corresponde a la sociología. La excepción es lo que no puede subordinarse a la regla; se sustrae a la comprensión general, pero al mismo tiempo revela un elemento formal jurídico específico, la decisión, con total pureza. En términos absolutos, el caso de excepción existe cuando apenas ha de crearse la situación en la que los preceptos jurídicos pueden valer. Toda norma general requiere una organización normal de las condiciones de vida a las que debe aplicarse de forma concreta y a las que somete a su reglamentación normativa. La norma necesita un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es una simple "condición externa" que el jurista pueda pasar por alto; antes bien, forma parte de su validez immanente. No existe una norma que pueda aplicarse al caos. Debe establecerse el orden para que el orden jurídico tenga sentido. Hay que crear una situación normal, y es soberano el que decide de manera definitiva si este estado normal realmente está dado. Cualquier derecho es un "derecho de situación". El soberano crea y garantiza en su totalidad la situación en conjunto. Ejerce el monopolio de esta decisión última. En ello radica la esencia de la soberanía estatal, cuya definición jurídica correcta no es un monopolio coercitivo o de dominio, sino un monopolio de decisión; la palabra *decisión* se emplea en el sentido general que aún desarrollaremos con mayor detenimiento. El caso de excepción revela la esencia de la autoridad estatal de la manera más clara. En él, la decisión se separa de la norma jurídica y la autoridad demuestra (para formularlo en términos paradójicos) que no necesita tener derecho para crear derecho.

Para la doctrina jurídico-estatal de Locke y del siglo XVIII racionalista, el estado de excepción era algo incommensurable. La viva conciencia del carácter trascendente del caso de excepción alcanzada por el derecho natural del siglo XVII no tardó en desvanecerse en el siglo XVIII, una vez que se estableció un orden relativamente permanente. Según Kant, el derecho de necesidad ni siquiera es derecho ya. La actual teoría del Estado ofrece el interesante espectáculo de que ambas tendencias se enfrentan de manera simultánea: el desentendimiento racionalista del caso de necesidad y el interés en éste, basado en ideas esencialmente opuestas. Es evidente que un neokantiano como Kelsen sistemáticamente no sabe qué hacer con el estado de excepción. Sin embargo, también al racionalista debería interesarle que el orden jurídico mismo pueda prever el caso de excepción y "autosuspenderse". La posibilidad de que una norma, un orden o una categoría de atribución "se instaure a sí misma", al parecer constituye una noción muy fácil de concebir para este tipo de racionalismo jurídico. No obstante, resulta difícil establecer la forma en que la unidad y el orden sistemáticos pueden autosuspenderse en el caso concreto, lo cual representa un claro problema jurídico mientras el estado de

excepción se distinga del caos jurídico, de una anarquía cualquiera. La tendencia jurídico-estatal de regular el estado de excepción de la manera más minuciosa posible sólo significa el intento de circunscribir con exactitud el caso en que el derecho se autosuspende. ¿De dónde deriva el derecho esta fuerza y cómo es lógicamente posible que una norma tenga validez, excepto en un caso concreto que ella es incapaz de abarcar de hecho de manera completa?

El racionalismo consecuente afirmaría que la excepción no demuestra nada y que sólo lo normal puede ser objeto de análisis científico. La excepción confunde la unidad y el orden del esquema racionalista. La teoría jurídico-positiva del Estado con frecuencia emplea un argumento semejante. Anschütz responde a la pregunta de cómo ha de procederse en ausencia de una ley presupuestaria, que ni siquiera se trata de una cuestión jurídica. "No existe aquí una laguna en la ley, es decir, en el texto constitucional, sino en el derecho, y no hay operación conceptual jurídica alguna capaz de llenarla. El derecho público termina aquí" (*Staatsrecht*, p. 906). Precisamente la filosofía de la vida concreta no debe apartarse de la excepción y del caso extremo, sino interesarse en ellos en grado sumo. La excepción puede revestir mayor importancia para ella que la regla, no a partir de la ironía romántica de la paradoja sino con todo el rigor del conocimiento que profundiza más que las generalizaciones claras del término promedio repetido. La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo; no sólo confirma la regla sino que la regla sólo vive gracias a aquélla. En la excepción, la fuerza de la verdadera vida rompe la costra de un mecanicismo cuajado en la repetición. Un teólogo protestante que puso de manifiesto la intensidad vital de la cual la reflexión teológica aún era capaz en el siglo XIX lo expresó así:

La excepción explica lo general y a sí misma. Y si lo general pretende estudiarse correctamente, sólo hay que buscar una verdadera excepción, la cual revela la todo con mucha más claridad que lo general. A la larga se cansa uno de la palabrería eterna sobre lo general; existen las excepciones. Si no hay explicación para éstas, tampoco la habrá para lo general. Por lo común no se repara en esta dificultad, porque lo general ni siquiera se concibe con pasión sino de una manera cómoda y superficial. La excepción, en cambio, concibe lo general con enérgica pasión.

una indicación, una señal. Sus posibles significados son infinitos, por lo que en la praxis resulta extraordinariamente útil o desprovista de todo valor, de acuerdo con la situación concreta. Utiliza el superlativo *poder supremo* para designar una magnitud real, aunque no sea posible extraer un factor individual de la realidad dominada por la ley de la causalidad para asignarle tal superlativo. En la realidad política no existe un poder supremo, o sea el poder mayor irresistible que funcione con la seguridad de una ley natural; el poder no prueba nada desde el punto de vista del derecho, por la razón banal formulada de la siguiente manera por Rousseau en coincidencia con toda su época: "La force est une puissance physique; le pistolet que le brigand tient est aussi une puissance" (*Contrat social*, I, 3). La relación entre el poder supremo en sentido fáctico y jurídico representa el problema fundamental del concepto de soberanía. En ello radican todas sus dificultades; se trata de hallar una definición que conciba este concepto básico de la jurisprudencia no con atributos tautológicos generales sino mediante la precisión de los elementos jurídicos esenciales.

El acercamiento más detenido al concepto de la soberanía intentado en los últimos años propone una solución más sencilla al establecer una disyunción entre sociología y jurisprudencia y obtener de esta contraposición simplista un elemento sociológico puro y un elemento jurídico puro. Kelsen eligió este camino en sus obras *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tubinga, 1920) y *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tubinga, 1922). Todos los elementos sociológicos se omiten del concepto jurídico para obtener un sistema auténticamente puro de atribuciones a normas y a una última norma básica unitaria. La antigua contraposición entre ser y deber, entre la consideración causal y la normativa, se traslada a la distinción entre sociología y jurisprudencia, con mayor insistencia y rigor de como lo hicieron Georg Jellinek y Kistiakowski, pero con la misma evidencia no probada. La ciencia jurídica parece destinada a que se le apliquen tales disyunciones tomadas de alguna otra ciencia o de la teoría del conocimiento. Por medio de este procedimiento, Kelsen llega al resultado nada sorprendente de que para la apreciación jurídica el Estado debe constituir una magnitud jurídica pura y vigente en términos normativos, no una realidad cualquiera ni algo concebido aparte y fuera del orden jurídico, sino nada menos que este orden jurídico mismo, ciertamente como unidad (el hecho de que el problema radique en esto precisamente no parece causarle dificultad alguna). Por ende, el Estado no es el autor ni la fuente del orden jurídico; de acuerdo con Kelsen, todas las ideas de este tipo representan personificaciones e hipostatizaciones, duplicaciones del orden jurídico unitario e idéntico en diversos sujetos. El Estado, es decir, el orden jurídico, consti-

II. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA COMO PROBLEMA DE LA FORMA JURÍDICA Y DE LA DECISIÓN

CUANDO POR EFECTO DE LOS SUCESOS y los cambios políticos se modifican las teorías y los conceptos jurídico-estatales, la discusión se centra, en primera instancia, en los criterios prácticos de actualidad y ajusta las concepciones tradicionales con miras a un objetivo evidente. La nueva situación tal vez despierte interés sociológico y cierta reacción contra el método "formalista" de tratar los problemas jurídico-estatales. Sin embargo, también es posible que surja el afán de independizar el tratamiento jurídico de los cambios en las condiciones políticas y de lograr la objetividad científica precisamente mediante un método formal consecuente. De esta forma, una misma circunstancia política puede engendrar distintas tendencias y corrientes científicas.

De entre todos los conceptos jurídicos, el de la soberanía es el que con mayor fuerza se sujeta a los intereses de actualidad. Su origen histórico suele remitirse a Bodin, pero no es posible afirmar que desde el siglo XVI haya experimentado una evolución o un desarrollo ulterior lógicos. Las etapas de su historia dogmática están marcadas por diversas luchas por el poder político, no por un desenvolvimiento dialéctico a partir de la inmanencia de su conceptualidad. El concepto de soberanía de Bodin nació en el siglo XVI a partir de la disolución definitiva de Europa en estados nacionales y la lucha del principado absoluto contra los estamentos. En el siglo XVIII, la conciencia que de sí mismos tuvieron los recién surgidos estados se refleja en el concepto jurídico-internacional de la soberanía propuesto por Vattel. En el recién fundado Reich alemán se suscita la necesidad, después de 1871, de delimitar el ámbito soberano de los estados federados frente al Estado federal; este interés impulsa a la teoría del Estado alemana a establecer una distinción entre los conceptos de soberanía y Estado, que le permite salvar el carácter estatal de los estados individuales sin tener que conferirles soberanía. Una y otra vez se repite la vieja definición en las más diversas variaciones: la soberanía es el poder supremo, jurídicamente independiente y no derivado de ningún otro.

Dicha definición puede aplicarse a los más diversos complejos político-sociológicos y ponerse al servicio de los más variados intereses políticos. No representa la expresión adecuada de una realidad sino una fórmula,

tuye un sistema de atribuciones a un último punto de atribución y una última norma básica. Los órdenes superior e inferior vigentes en el Estado descansan en el hecho de desprenderse habilitaciones y competencias desde el punto central unitario hasta el nivel más bajo. La competencia suprema no corresponde a una persona ni a un complejo de poder sociopsicológico sino sólo al orden soberano mismo dentro de la unidad del sistema de normas. Para la consideración jurídica no existen personas reales ni ficciones sino sólo puntos de atribución. El Estado es el punto final de la atribución, aquel en que "pueden detenerse" las atribuciones que forman la esencia de la apreciación jurídica. Este "punto" es al mismo tiempo un "orden ya no derivable". De esta forma puede concebirse un sistema continuo de órdenes que parte desde la norma original, última y suprema, hasta las inferiores, es decir, las delegadas. El argumento decisivo que una y otra vez se repite y que ante cada adversario científico se esgrime de nueva cuenta siempre es el mismo: la causa de la vigencia de una norma a su vez sólo puede ser una norma; por lo tanto, desde el punto de vista de la apreciación jurídica, el Estado es idéntico con su constitución, es decir, con la norma básica unitaria.

El concepto más importante de esta deducción es la "unidad". "La unidad de la tesis científica exige imperiosamente un concepto monista." El dualismo de los métodos de la sociología y la jurisprudencia se consuma en una metafísica monista. Por el contrario, dentro del marco de lo jurídico la unidad del orden jurídico, es decir, el Estado, se mantiene "puro" de todo lo sociológico. ¿Es esta unidad jurídica del mismo tipo que la unidad universal de todo el sistema? ¿Cómo es posible que varias determinaciones positivas puedan remitirse a una unidad con el mismo punto de atribución, si no se trata de la unidad de un sistema jurídico-natural ni de una teoría general del derecho sino de la unidad de un orden dotado de vigencia positiva? Palabras como *orden*, *sistema* y *unidad* en realidad sólo circunscriben el mismo postulado, con respecto al cual habría que demostrar cómo es posible cumplirlo en su pureza, cómo ocurre que con base en una "constitución" (la cual supone otra circunscripción tautológica de la "unidad" o bien un hecho sociopolítico brutal) surja un sistema. De acuerdo con Kelsen, la unidad sistemática es un "libre acto de conocimiento jurídico". Hagamos abstracción, por el momento, de la interesante mitología matemática según la cual un punto constituye un orden y un sistema y es idéntico a una norma, y preguntemos en qué consisten la necesidad y objetividad ideológicas de las diversas atribuciones a los distintos puntos de atribución si no se trata de una determinación positiva, es decir, de una orden. Como si fuera lo más natural del mundo, se habla una y otra vez del carácter continuo de la unidad y el orden; como si existiera una armonía preestablecida entre el resultado de un conocimiento jurídico

libre y un complejo unitario sólo en la realidad política, se habla de una jerarquía de órdenes superiores e inferiores que supuestamente se halla en todas las disposiciones positivas que se le presentan a la jurisprudencia. La ciencia normativa pura en la que Kelsen pretende erigir la jurisprudencia no puede ser normativa en el sentido de que el jurista realice una valoración como acto personal libre; sólo puede referirse a los valores que le son dados (de forma positiva). Esto parece hacer posible la objetividad, pero no necesariamente una conexión con un valor positivo. Ciertamente los valores a los que se refiere el jurista le son dados, pero frente a ellos mantiene una superioridad relativista. Puede construir una unidad con todo lo que despierta su interés jurídico, siempre y cuando se conserve "puro". La unidad y la pureza son fáciles de adquirir si se insiste en pasar por alto la verdadera dificultad y por razones formales se elimina como impuro todo lo que se oponga a la metodología sistemática. Criticar es fácil para quien no admite nada y se ciñe decididamente a la metodología, sin demostrar con ningún ejemplo concreto en qué forma su jurisprudencia se distingue de lo que hasta ahora se ejecutaba como jurisprudencia. Las afirmaciones y precisiones metodológicas y la crítica aguda sólo son valiosas en cuanto preparación. Si no abordan el caso concreto por aducir que la jurisprudencia constituye algo formal, permanecerán en la antecámara de ésta a pesar de los esfuerzos realizados.

Kelsen resuelve el problema del concepto de la soberanía, negándolo. Concluye sus deducciones de la siguiente manera: "El concepto de la soberanía debe suprimirse de manera radical" (*Das Problem der Souveränität*, p. 320). En esencia, esto equivale a la antigua negación liberal del Estado frente al derecho, además de que se ignora el problema independiente de la ejecución del derecho. Esta concepción ha sido expuesta de forma significativa por H. Krabbe, cuya teoría de la soberanía del derecho (publicada en 1906 con el título *Die moderne Staatsidee*; la segunda edición alemana aumentada vio la luz en 1919) descansa en la tesis de que el derecho es soberano y no el Estado. Kelsen al parecer sólo considera esta tesis de Krabbe como predadora de su teoría de la identidad entre el Estado y el orden jurídico. En realidad es probable que la teoría de Krabbe comparta con el resultado de Kelsen la misma raíz ideológica; sin embargo, precisamente en cuanto a lo que resulta original en Kelsen, su metodología, no existe relación alguna entre el legista holandés y las distinciones epistemológicas y metodológicas establecidas por el neokantiano alemán. "Según se le quiera tomar —indica Krabbe—, la teoría de la soberanía del derecho constituye la descripción de un estado que en verdad existe o un postulado a cuya realización debe aspirarse" (p. 39). De acuerdo con Krabbe, la idea moderna del Estado sustituye el poder personal (del rey, de la autoridad) por un poder intelectual. "Ya no vivimos

bajo el dominio de las personas, trátese de personas naturales o construidas (jurídicas), sino bajo el de las normas, de las fuerzas intelectuales. En ello se revela la idea moderna del Estado." "Estas fuerzas rigen en el sentido más riguroso del término. Es posible obedecerlas de manera voluntaria precisamente porque proceden de la naturaleza intelectual del hombre." El fundamento, la fuente del orden jurídico, "se encuentra sólo en el sentimiento y la conciencia jurídicos de los connacionales". "Este fundamento no admite discusión: es el único que posee valor real." Pese a que Krabbe afirma no ocuparse con investigaciones sociológicas de las formas de dominio (p. 75), realiza exposiciones eminentemente sociológicas sobre la organización del Estado moderno, en el cual los funcionarios de carrera —en cuanto poder gubernamental independiente— se identifican con el Estado y la condición de funcionario aparece como una situación jurídico-pública específica, distinta de la relación laboral común. Se rechaza radicalmente la contraposición entre derecho público y privado apoyada en una diferencia en la realidad de los sujetos (p. 138). El desarrollo ulterior de la descentralización y del autogobierno en todos los ámbitos hará resaltar la idea moderna del Estado cada vez con mayor claridad. El poder no corresponde al Estado sino al derecho.

Podemos seguir admitiendo una característica antigua y siempre mencionada del Estado, el poder, y la definición de este Estado como manifestación de poder, bajo una sola condición: que con respecto a este poder se reconozca que se revela en el derecho y que no puede imponerse de ningún otro modo que a través de una norma jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo hay que hacer constar a este respecto que el Estado se da a conocer de forma exclusiva mediante la generación del derecho, ya sea a través de la legislación o de una nueva redacción del derecho. Es decir, no mediante la aplicación de las leyes ni en la salvaguardia de cualesquiera intereses públicos" [p. 255].

El Estado sólo tiene la función de "crear" el derecho, o sea establecer el valor jurídico de los intereses (p. 261).

"No por controlar algún interés sino exclusivamente a través de la propia fuente original de derecho, la cual otorga su valor jurídico a todos aquellos intereses y cualesquiera otros" (p. 260). El Estado se limita de forma exclusiva a la producción jurídica. Sin embargo, esto no significa que produzca contenido jurídico. No hace más que establecer el valor jurídico de los intereses según se derive de la conciencia jurídica de los connacionales. Esto implica una doble limitación: por una parte, la limitación al derecho en oposición al interés o bienestar, o sea lo que en la teoría kantiana del derecho se denomina *materia*; por otra parte, la limitación al acto declarativo, y de ninguna manera constitutivo, del establecimiento del valor jurídico de los intereses. De lo que sigue se desprenderá que

el problema del derecho como forma sustancial radica precisamente en este establecimiento. Al analizar a Krabbe debe tomarse en cuenta que para él la contraposición entre derecho e interés no equivale a la de forma y materia. Cuando afirma que todos los intereses públicos están sometidos al derecho, significa que en el Estado moderno el interés jurídico es el interés supremo; y el valor jurídico, el valor supremo.

La contraposición común al Estado autoritario centralista lleva a Krabbe muy cerca de la teoría cooperativista. Su lucha contra el Estado autoritario y contra los juristas del mismo recuerda los conocidos textos de Hugo Preuß. El propio Gierke, fundador de la teoría cooperativista, formuló su concepto del Estado de la siguiente manera: "La voluntad estatal o del gobernante no es la última fuente del derecho sino el órgano llamado por el pueblo para expresar la conciencia jurídica producida por la vida del pueblo" (*Grundbegriffe des Staatsrechts*, p. 31). La voluntad personal del gobernante se integra al Estado para constituir un todo organico. No obstante, el derecho y el Estado son "poderes iguales" para Gierke, quien responde a la pregunta fundamental acerca de su relación mutua en el sentido de que ambos son factores independientes de la comunidad humana, impensables el uno sin el otro, pero sin que ninguno de ellos sea determinado por el otro ni haya existido antes del otro. Los cambios revolucionarios de la constitución representan una violación del derecho, una ruptura en la continuidad jurídica; es posible que sean éticamente indispensables o justificados desde el punto de vista histórico, pero no dejan de constituir una violación del derecho. Ésta puede subsanarse para obtener *a posteriori* un fundamento jurídico "mediante algún proceso jurídico que satisfaga la conciencia jurídica del pueblo", por ejemplo un convenio constitucional, un plebiscito o el poder consagrante de la costumbre (p. 35). Existe la tendencia a que el derecho y el poder confluyan, y a eliminar, de esta manera, el "estado de tensión" que de otro modo resultaría insoportable. La igualdad del Estado ciertamente se encubre por el hecho de que según Gierke la legislación estatal sólo representa "el último sello formal" que el Estado imprime al derecho, una "acuñación estatal" que sólo tiene un "valor formal aparente", o sea sólo se trata de lo que Krabbe denomina un mero establecimiento del valor jurídico no perteneciente a la esencia del derecho, por lo que, de acuerdo con Gierke, el derecho público internacional puede ser derecho sin ser derecho estatal. Si el Estado es relegado de esta forma al papel del portavoz limitado a declarar, no puede ser soberano. Los argumentos de la teoría cooperativista le sirvieron a Preuß para rechazar el concepto de soberanía como un residuo del Estado autoritario e identificar la colectividad construida desde abajo de manera cooperativista como una organización que no necesita el monopolio del poder y que por lo tanto se las

arregla sin soberanía. Entre los representantes más recientes de la teoría cooperativista, Wolzendorff trató de resolver "el problema de una nueva época estatal" con base en la soberanía. El ensayo que más interesa aquí de sus numerosos escritos (*Deutsches Völkerrechtsdenken*, 1919; *Die Lüge des Völkerrechts*, 1919; *Geist des Staatsrechts*, 1920; *Der reine Staat*, 1920, entre otros) es el último, *Der reine Staat*. Este texto parte de la idea de que el Estado necesita el derecho y el derecho necesita el Estado, pero que "el derecho, por ser el principio más profundo, a fin de cuentas controla al Estado". El Estado es el poder soberano original, pero lo es como poder del orden, como la "forma" de la vida nacional, no como la coerción arbitraria ejercida por una fuerza cualquiera. A este poder se le exige que sólo intervenga en la medida de la incapacidad del acto libre individual o cooperativo; como *ultima ratio* debe permanecer en el segundo término; lo reglamentario no ha de vincularse con intereses económicos, sociales ni culturales, pues éstos deben dejarse a cargo del autogobierno. El hecho de que para el autogobierno se requiere determinada "madurez", ciertamente podría poner en peligro los postulados de Wolzendorff por- que en la realidad histórica este tipo de problemas histórico-pedagógicos con frecuencia experimentan un giro inesperado de la discusión a la dictadura. El Estado puro de Wolzendorff es un Estado que se limita a su función de ordenamiento. La generación de derecho forma parte de ello porque todo derecho es al mismo tiempo un problema de la existencia del orden estatal. El Estado debe salvaguardar el derecho; es "guardián, no señor", pero incluso como guardián no es simplemente un "servidor cie- go" sino "garante responsable dueño de la última decisión". Wolzendorff reconoce en la idea de los *soulets* una expresión de esta tendencia al autogobierno cooperativista, a la limitación del Estado a sus funciones "puras".

No creo que Wolzendorff haya estado consciente del grado en que se acercó, al agregar el giro del "garante dueño de la última decisión", a una teoría autoritaria del Estado ubicada en el extremo opuesto de la concep- ción cooperativista y democrática del mismo. Por tal motivo, esta última obra de Wolzendorff posee particular importancia frente a Krabbe y los representantes antes mencionados de la teoría cooperativista. Reduce la discusión al concepto decisivo, el de la forma en el sentido sustancial. El poder del orden en sí se valora a tal grado y la función garantizadora se presenta como algo de carácter tan independiente que el Estado ya no es sólo el que establece la idea jurídica ni el que la modifica de manera "for- mal aparente". Así se plantea el problema de hasta qué grado cada esta- blecimiento y decisión contiene un elemento constitutivo, un valor propio de la forma, como algo necesario en el sentido lógico-jurídico. Wolzendorff habla de la forma como un "fenómeno sociopsicológico", un factor activo

de la vida histórico-política, cuya significación consiste en el hecho de otorgar a los impulsos políticos de tendencias contrarias la posibilidad de incluir un elemento fijo de cálculo constructivo en la estructura ideológi- ca de la constitución estatal (*Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 34, p. 477). De esta manera, el Estado deviene forma en el sentido de una organiza- ción vital. Wolzendorff no distingue con claridad entre una organización que sirve al propósito del funcionamiento calculable y una forma en el sentido estético, según el uso que Hermann Hefele da a esta palabra, por ejemplo.

La confusión que el concepto de la forma ha sembrado en la filosofía se repite de manera particularmente infortunada, en este caso, en la socio- logía y la jurisprudencia. Términos como *forma jurídica*, *forma técnica*, *forma estética* y el concepto de la forma propio de la filosofía trascendental designan cosas esencialmente distintas. En la sociología del derecho de Max Weber se distinguen tres conceptos de la forma. En primer lugar, la precisión conceptual del contenido jurídico constituye para Weber la for- ma jurídica de éste, la reglamentación normativa, como él dice, pero sólo como "componente causal de la acción de mutua conformidad". En segundo lugar, cuando Weber habla de diferenciar las materias, la palabra *formal* llega a significar racionalizado, propio de la formación especializada y en último término calculable. Así, afirma que un derecho desarrollado de manera formal es un complejo de máximas de decisión conscientes y que en el sentido sociológico esto implica la participación de profesionales ver- sados en derecho, funcionarios encargados de ejecutar la justicia, etc. La formación especializada, es decir, racional (*sic!*), se hace necesaria al aumentar la necesidad de comunicación; de ello deriva la construcción racional moderna del derecho como un complejo de carácter específi- camente jurídico, así como la aparición de "cualidades formales" (*Rechts- soziologie* II, § 1). Por lo tanto, "forma" puede significar, en primer lugar, la "condición" trascendental del conocimiento jurídico; en segunda ins- tancia, una regularidad uniforme nacida del ejercicio repetido y de la revisión especializada, que debido a su carácter uniforme y previsible se convierte en la tercera forma, la "racionalista", es decir, un perfecciona- miento técnico producto de las necesidades de comunicación o de los in- tereses de una burocracia con formación jurídica, apuntado a lo previsible y regido por el ideal de funcionar sin conflictos.

No es preciso detenernos aquí en el concepto formal de los neokantia- nos. La forma técnica, por su parte, implica una manifestación precisa dominada por criterios de utilidad; es posible aplicarla al aparato estatal organizado, pero no coincide con la "forma judicial". La precisión de la orden militar cumple con un ideal técnico, no jurídico. El hecho de que sea accesible a la valoración estética, quizá incluso a las ceremonias, no

modifica en nada su carácter técnico. La vieja contraposición aristotélica de *deliberare* y *agere* parte de dos formas distintas: el *deliberare* puede expresarse a través de una forma jurídica; el *agere* sólo en la forma técnica. La forma jurídica se rige por la idea jurídica y por la necesidad de aplicar el pensamiento jurídico a una circunstancia concreta, es decir, por la realización del derecho en el sentido más amplio de la palabra. La idea de derecho no puede realizarse por sí sola, por lo que cada trasposición a la realidad requiere una configuración y forma particular. Esto es cierto tanto en lo que se refiere a la necesidad de dar forma a un pensamiento jurídico general en una ley positiva como con respecto a la aplicación de una norma jurídica positiva general en la jurisprudencia o la administración. De esto debe partirse al examinar el carácter singular de la forma jurídica.

¿Qué significa la circunstancia de que la teoría del Estado actual deseché el formalismo de los neokantianos mientras que al mismo tiempo, desde otro punto de partida muy diferente, se está proponiendo una forma distinta? ¿Se trata de una de las eternas permutaciones que hacen tan monótona la historia de la filosofía? Hay una cosa que sin duda se reconoce con claridad en este afán de la moderna teoría del Estado: se pretende trasladar la forma del ámbito subjetivo al objetivo. El concepto de la forma manejado por la teoría de las categorías de Lask aún es subjetivo, como corresponde a cualquier concepción epistemológica crítica. Kelsen se contradice a sí mismo al elegir como punto de partida este concepto subjetivista de la forma, obtenido de manera crítica, interpretando la unidad del orden jurídico como un libre acto de conocimiento jurídico, por una parte, mientras que, por otra, cuando reconoce tener una ideología particular exige objetividad y acusa incluso al colectivismo hegeliano de caer en el subjetivismo estatal. La objetividad que reclama para sí mismo se agota en eludir todo elemento personal y remitir el orden jurídico a la vigencia impersonal de una norma impersonal.

Las más diversas teorías del concepto de la soberanía —Krabbe, Preuß, Kelsen— exigen esta objetividad, coincidiendo en que debe borrarse todo lo personal del concepto del Estado. En su opinión, la orden evidentemente va ligada a un carácter personal. De acuerdo con Kelsen, la idea del derecho de mando personal representa la verdadera equivocación de la teoría de la soberanía estatal; califica la teoría de la primacía del orden jurídico estatal de "subjetivista" y negación de la idea jurídica porque la norma de vigencia objetiva es sustituida por el subjetivismo de la orden. En Krabbe, la contraposición de personal e impersonal se vincula a la de concreto y universal, individual y general, y es posible extenderla a la de arbitrio y precepto de la ley, autoridad y calidad, así como a la contraposición de persona e idea, en cuanto a su formulación filosófica general.

Corresponde a la tradición del Estado de derecho contraponer de esta forma la orden personal a la vigencia objetiva de una norma abstracta. En la filosofía del derecho del siglo XIX, Ahrens, por ejemplo, expuso esta circunstancia de manera particularmente clara e interesante. Desde el punto de vista de Preuß y Krabbe, todas las ideas de personalidad representan una herencia histórica de la monarquía absoluta. Todas estas objeciones pasan por alto la circunstancia de que la idea de la personalidad y su vínculo con la autoridad formal derivaron de un interés jurídico específico, a saber: la conciencia muy clara de lo que constituye la esencia de la decisión jurídica.

Tal decisión, en el sentido más amplio de la palabra, forma parte de cualquier percepción jurídica. Todo pensamiento jurídico convierte la idea jurídica —nunca realizada de forma pura— en otro estado físico y agrega un elemento imposible de derivar del contenido de la misma, así como tampoco, al aplicarse una norma jurídica positiva general, del contenido de ésta. Cada decisión jurídica concreta contiene un elemento de indiferencia con respecto al contenido porque la conclusión jurídica no emana en su totalidad de sus premisas y el hecho de ser necesaria la decisión se conserva como elemento determinante autónomo. No nos referimos a la producción causal y psicológica de tal decisión, aunque también a este respecto tiene importancia la decisión abstracta como tal, sino al establecimiento del valor jurídico. En el aspecto sociológico, el interés en el carácter preciso de la decisión destaca de manera particular en la era de la comunicación intensa, porque en un sinnúmero de ocasiones la comunicación se interesa menos por un contenido de determinada índole que por guardar una precisión previsible. (Con frecuencia la hora de salida o de llegada señalada por el horario de los trenes me interesa menos que el hecho de que éste sea confiable, para que pueda guiarme por él.) En la comunicación jurídica, el llamado *rigor cambiario formal* del derecho de cambio representa un ejemplo de tal interés. El interés jurídico en la decisión como tal no debe confundirse con tal carácter previsible. La circunstancia de que un hecho concreto haya de evaluarse de forma concreta se basa en el carácter peculiar de lo normativo y deriva de éste, aunque a la evaluación sólo le sirva de medida un principio jurídico expresado en términos generales. Por lo tanto, siempre ocurre una transformación. El hecho de que la idea jurídica no sea de suyo capaz de transformarse se desprende de la simple circunstancia de que no indica quién ha de encargarse de su aplicación. Cada transformación implica una *autoritatis interpositio*. No es posible establecer de forma discriminatoria el individuo o la instancia concreta que pueden reclamar tal autoridad con base en la simple cualidad jurídica de una frase. Ésta es la dificultad que Krabbe pasa por alto de manera consistente.

El hecho de haber sido la autoridad competente la que tomó una decisión la torna, en términos relativos, tal vez también absolutos, independiente de la circunstancia de que su contenido sea correcto y omite la discusión sobre si aún persiste alguna duda. En ese instante la decisión se independiza de la fundamentación argumentada y adquiere un valor autónomo. La significación teórica y práctica de este hecho se pone de manifiesto en la teoría del acto estatal equivocado. A la decisión incorrecta y equivocada corresponde un efecto legal. La decisión incorrecta posee un elemento constitutivo precisamente debido a su incorrección. No obstante, es inherente a la idea de la decisión la imposibilidad de que exista una decisión declarativa absoluta. Desde el punto de vista del contenido de la norma en que se basa la decisión, aquel elemento constitutivo y específico de la decisión representa algo nuevo y ajeno. En términos normativos, la decisión surge de la nada. La fuerza jurídica de la decisión es algo distinto del resultado de su fundamentación. La atribución no se establece con la ayuda de una norma sino al revés: el punto de atribución determina qué es la norma y cuál la verdad normativa. Lo que resulta de la norma no es un punto de atribución sino sólo una cualidad del contenido. Lo formal en el sentido jurídico específico se encuentra en contraposición a esta cualidad del contenido, no al carácter cuantitativo del contenido de una relación causal. En realidad, el hecho de que esta última contraposición no sea aplicable a la jurisprudencia debería entenderse por sí solo.

Es preciso reconocer la naturaleza exclusivamente jurídica de la peculiaridad específica de la forma jurídica. No se pretende especular aquí acerca del significado filosófico de la fuerza legal de una decisión ni sobre la "eternidad" inmóvil del derecho que ni el tiempo ni el espacio afectan, comentada por Merkl (*Archiv des öffentlichen Rechts*, 1917, p. 19). Cuando él afirma que "la evolución de la forma jurídica es imposible porque anula la identidad", está revelando que en el fondo tiene una concepción cuantitativa difusa de la forma. Con este tipo de forma como punto de partida, resulta ciertamente inexplicable cómo un elemento personalista puede introducirse en la teoría del derecho y del Estado. Este elemento corresponde a la ancestral tradición del Estado de derecho, la cual siempre ha partido del supuesto de que sólo un precepto legal de índole general debe ser determinante. "The law gives authority", declara Locke utilizando la palabra "ley" con un sentido deliberadamente antitético en relación con *commissio*, es decir, la orden personal del monarca. Sin embargo, no se percata de que la ley no dice a *quién* confiere la autoridad. No sería posible que cualquiera ejecutara y realizara el precepto legal que quisiera. El precepto legal en cuanto norma de decisión sólo indica *cómo* ha de decidirse, mas no *quién* toma la decisión. Cualquiera podría remitirse a un

contenido correcto si no existiera una última instancia. La norma de decisión no especifica, empero, cuál es esta última instancia. Por consiguiente, el problema es el de la competencia; la cualidad jurídica de contenido de un precepto ni siquiera permite plantear este problema, mucho menos resolverlo. Responder a los problemas de competencia señalando las circunstancias materiales no es más que un engaño.

Es posible que haya dos tipos de método científico jurídico que puedan determinarse por la medida en que tienen conciencia científica de la peculiaridad normativa de la decisión jurídica. El representante clásico del tipo "decisionista" (si se me permite acuñar esta palabra) es Hobbes. Las características peculiares de este tipo también explican por qué fue éste y no el otro método el que halló la formulación clásica de la antítesis *Autoritas, non veritas facit legem* (*Leviatán*, capítulo 26). La antítesis entre *autoritas* y *veritas* es más radical y precisa que la contraposición manejada por Stahl: "autoridad, no mayoría". Hobbes también expresó el argumento decisivo que toma en cuenta la conexión entre este decisionismo y el personalismo, desafiando todos los intentos de sustituir la soberanía concreta del Estado por un orden de vigencia abstracta. Examina la reclamación de que el poder estatal se someta al intelectual por constituir éste un orden superior. Frente a este razonamiento responde de la siguiente manera: si un poder (*power, potestas*) ha de someterse a otro, esto sólo significa que el dueño de aquel poder debe someterse al poseedor de éste: "He which hath the one Power is subject to him that hath the other". Le resulta incomprensible ("We cannot understand") que se hable de superioridad e inferioridad, esforzándose al mismo tiempo por mantener la abstracción de los términos. "For subjection, command, right and power are accidents, not of powers but of persons" (cap. 42). Ilustra esta declaración con una de sus comparaciones tan ciertas gracias a la sobriedad imperturbable de su sentido común: un poder u orden puede estar sometido a otro como el arte del talabartero al del jinete; no obstante, lo importante es que a pesar de esta jerarquía abstracta de órdenes, a nadie se le ocurre someter por ello un determinado talabartero a cada jinete específico, obligándolo a obedecer.

Llama la atención el hecho de que uno de los representantes más consecuentes del espíritu abstracto de las ciencias naturales del siglo XVII hable en términos tan personalistas. No obstante, esto se debe a su deseo de comprender, como pensador jurídico, la realidad efectiva de la vida social, del mismo modo en que como filósofo y científico natural desea penetrar en la realidad de la naturaleza. No tomó conciencia de que existe una realidad y vida jurídicas que no tienen que coincidir con la realidad del mundo de las ciencias naturales. Además, el relativismo y el nominalismo matemáticos conviven en su pensamiento. Con frecuencia parece

construir la unidad del Estado a partir de un punto cualquiera. Sin embargo, en aquel entonces el científico natural aún no dominaba el pensamiento jurídico a tal grado que un hombre regido por el método científico hubiera podido pasar por alto la realidad específica inherente a la vida jurídica y contenida en la forma jurídica. La forma que buscaba se encontraba en la decisión concreta tomada por una instancia específica. En vista de la significación independiente de la decisión, el sujeto de la misma tiene un significado independiente, desligado de su contenido. Lo importante para la realidad de la vida jurídica es *quién* toma la decisión. El problema de la competencia se suma al de asegurar un contenido correcto. El problema de la forma jurídica radica en la contraposición entre el sujeto y el contenido de la decisión, así como en la significación propia del primero. La forma jurídica no comparte el vacío apriorístico de la forma trascendental porque se produce a partir de una sustancia jurídica concreta. Tampoco equivale a la forma de la precisión técnica, caracterizada por el interés en esencia práctico e impersonal del fin. Por último, tampoco coincide con la forma de la configuración estética, la cual desconoce la decisión.

III. TEOLOGÍA POLÍTICA

TODOS LOS CONCEPTOS SIGNIFICATIVOS de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados. Y no lo son sólo debido a su evolución histórica, por haberse transferido de la teología a la teoría del Estado —al convertirse el Dios todopoderoso, por ejemplo, en el legislador omnipotente—, sino también con respecto a su estructura sistemática, cuyo conocimiento es preciso para el análisis sociológico de dichos conceptos. En la jurisprudencia, el estado de excepción tiene un significado análogo al del milagro en la teología. Sólo al tomar en cuenta esta posición análoga es posible reconocer la evolución experimentada por las ideas de la filosofía del Estado durante los últimos siglos. La idea del moderno Estado de derecho se impone con un deísmo, una teología y una metafísica que proscriben el milagro, rechazando la violación de las leyes naturales implícita en este concepto, misma que por su inferencia directa se establece como excepción, al igual que la intervención directa del soberano en el orden jurídico vigente. El racionalismo de la Ilustración impugnó el caso excepcional en cualquiera de sus manifestaciones. Por lo tanto, la convicción teísta de los autores conservadores de la contrarrevolución pudo buscar apoyo ideológico para la soberanía personal del monarca en las analogías tomadas de la teología teísta.

Desde hace mucho he señalado la significación sistemática y metodológica fundamental de tales analogías (*Der Wert des Staates*, 1914; *Politische Romantik*, 1919; *Die Diktatur*, 1921). Debo reservar para otro momento una exposición detenida de la importancia que el concepto del milagro tiene en este contexto. Lo único que interesa aquí es la medida en que esta correlación sea aplicable a la sociología de los conceptos jurídicos. El manejo político más interesante de tales analogías se encuentra en los filósofos católicos del Estado pertenecientes a la corriente contrarrevolucionaria, como Bonald, De Maistre y Donoso Cortés. En su caso también se reconoce a primera vista que se trata de una analogía sistemática dotada de claridad conceptual, no de un divertimento místico, filosófico-natural o incluso romántico cualquiera, el cual desde luego se prestaría a la producción de coloridos símbolos e imágenes para el Estado y la sociedad, al igual que para cualquier otro ámbito. No obstante, es posible encontrar la declaración filosófica más clara acerca de aquella analogía en el *Nova Methodus* (§§ 4 y 5) de Leibniz. Este autor rechaza que la jurisprudencia se compare con la medicina y las matemáticas, subrayando su afi-