

Juan Fernando Segovia\* (Argentina)

## Los condicionamientos metaconstitucionales del derecho estatal

### RESUMEN

A partir de la crítica de Arturo Enrique Sampay al pensamiento jurídico de Carl Schmitt, el artículo indaga sobre los fundamentos metaconstitucionales del derecho estatal, pasando del normativismo al decisionismo, del iusnaturalismo al positivismo, para concluir en la imposibilidad de hallar tal fundamento en la idea de orden concreto de Schmitt, o en la desviación personalista del iusnaturalismo de Sampay.

**Palabras clave:** Carl Schmitt, Arturo Enrique Sampay, decisionismo, positivismo, iusnaturalismo, personalismo, bien común, filosofía del derecho.

### ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von Arturo Enrique Sampays Kritik an der Rechtsphilosophie Carl Schmitts untersucht der Artikel die metakonstitutionellen Grundlagen des staatlichen Rechts - vom Normativismus bis hin zum Decisionismus, sowie vom Naturrecht bis hin zum Positivismus - und kommt zu dem Ergebnis, dass ein solches Fundament weder im konkreten Ordnungsdenken von Schmitt noch in Sampays personalistischer Naturrechtsauffassung zu finden ist.

**Schlagwörter:** Carl Schmitt, Arturo Enrique Sampay, Decisionismus, Positivismus, Naturrecht, Personalismus, Gemeinwohl, Rechtsphilosophie.

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, y doctor en Historia, Universidad Nacional de Cuyo. Investigador independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Profesor titular ordinario de Historia de las Ideas Políticas, Universidad de Mendoza (Argentina). [segojuan@gmail.com](mailto:segojuan@gmail.com).

## ABSTRACT

Taking the Arturo Enrique Sampay's critical review of Carl Schmitt's oeuvre as a starting point, this paper examines the meta-constitutional foundations of state law, wandering from normativism to decisionism, and from natural law to positivism; it concludes with the impossibility of finding such foundations in Schmitt's idea of concrete order or, indeed, in Sampay's notion of the personalist deviation in natural law.

**Keywords:** Carl Schmitt, Enrique Arturo Sampay, decisionism, positivism, natural law, personalism, common good, philosophy of law.

## 1. Presentación

Me propongo indagar acerca de los fundamentos del Estado de derecho valiéndome de un libro poco recordado de Arturo Enrique Sampay (1911-1977) publicado en Bolivia en 1954 y en Argentina en 1965: *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*. El jurista argentino considera críticamente dos estudios del gran escritor alemán (1888-1985), preservando el contexto en el que fueron elaborados y enlazándolos, al tiempo que advierte una evolución en las ideas jurídicas schmittianas, para acabar juzgando ambos momentos a la luz del iusnaturalismo clásico y católico como él lo entendía.

La *Advertencia* que el autor puso a la edición argentina es toda una defensa y una justificación. Una defensa, porque Sampay dice escribirla contra aquellos que, por entonces, confundían sus ideas con las de Schmitt. Una justificación, pues tratará de desnudar el trasfondo de las doctrinas schmittianas, el “relativismo filosófico jurídico”, al que opondrá la “objetividad de lo justo natural” como fundamento de nuestra civilización.<sup>1</sup> Estamos, tal vez, ante el mejor Sampay,<sup>2</sup> el que evalúa y reinterpreta la doctrina política y jurídica, la teoría del Estado y el Estado de derecho, desde la tradición del derecho natural realista, católico o, como él lo denomina en este libro, “objetivo”.

La pregunta y el problema que abordará Sampay en la crítica del positivismo, vía Schmitt, son de enorme actualidad y bien pueden reiterarse en nuestros días tal como él los propuso: “El Estado ¿tiene condicionamientos metaconstitucionales en su creación del derecho positivo?; en caso de tenerlos, ¿de qué índole son?”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Arturo E. Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 7 y 8.

<sup>2</sup> Ver mi estudio “Introducción al pensamiento jurídico-político de Arturo Enrique Sampay”, en Arturo Enrique Sampay, *Obras selectas*, t. I, *La crisis del Estado de derecho liberal burgués*, Buenos Aires, Docencia, 2011, pp. VII-XLVI.

<sup>3</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 11.

## 2. La cientificidad del derecho

El primero de los estudios de Schmitt que analiza Sampay apareció en 1934 y se tituló *Sobre los tres tipos de pensamiento científico del derecho*.<sup>4</sup> Para Schmitt, el derecho puede ser comprendido como norma (normativismo jurídico), como decisión (decisionismo jurídico) o bien como un ordenamiento concreto. Valen aquí dos acotaciones: la primera sobre la terminología schmittiana, que es singular en tanto elude parcialmente la disputa ya fuertemente establecida entre los positivismos y los iusnaturalismos. La segunda tiene que ver con el año: estamos en el ascenso del régimen nazi y Schmitt es tenido como uno de sus juristas, de ahí la gran repercusión de su escrito,<sup>5</sup> si bien es cierto había ganado mérito con su crítica demoledora a la fachada de Estado de derecho que fue la República de Weimar,<sup>6</sup> modelo de la falaz legalidad del normativismo positivista. Se entiende entonces por qué Schmitt está en la búsqueda de un nuevo fundamento científico al derecho.

Sampay comparte que el normativismo extremo, puro, que define al derecho como la norma reguladora de la vida con independencia de las circunstancias,<sup>7</sup> se caracteriza por el aislamiento y la absolutización de la norma respecto del orden concreto de una comunidad; es una fusión de idealismo y de voluntarismo que separa lo normativo de la situación concreta, lo jurídico de lo antijurídico, el deber ser del ser, el orden del desorden, de modo tal que no puede dar respuesta a los límites extrajurídicos del derecho. Schmitt y Sampay concuerdan en la crítica: el normativismo es un método de estudio del derecho, tan viejo como el derecho mismo, y no se confunde con el positivismo, pues este es, más bien, una concepción filosófica del derecho que lo condensa todo en el positivo.<sup>8</sup>

De ahí que el decisionismo<sup>9</sup> sea, para ambos, una forma, un medio de realización del positivismo a partir del siglo XIX.<sup>10</sup> De acuerdo con la definición que da Sampay, espigando las ideas de Schmitt, por decisionismo se entiende el modo de pensamiento jurídico para el cual “la fuente última de todo derecho, de toda validez jurídica y de todos los valores jurídicos está en un procedimiento de voluntad que, como decisión,

<sup>4</sup> Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>5</sup> Cf. Dalmacio Negro Pavón, “Orden y derecho en Carl Schmitt”, en Dalmacio Negro Pavón (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996, pp. 343-374.

<sup>6</sup> En 1932, Carl Schmitt publicó su famoso libro *Legalidad y legitimidad* (Madrid, Aguilar, 1971), en el que califica a la Constitución de Weimar de mero “compromiso formulario” que destruye tanto la legalidad como la legitimidad. Anteriormente, en su “Teoría de la constitución”, *Revista de Derecho Privado*, s.f.), aparecida en Alemania en 1928, había desarrollado una crítica implacable a esa constitución.

<sup>7</sup> Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 9 y ss.

<sup>8</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 22; Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 33.

<sup>9</sup> Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 26 y ss.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 32 y ss.

crea el derecho, y cuya fuerza jurídica no puede deducirse de la fuerza jurídica de reglas de decisión”<sup>11</sup>

Tras el normativismo, que desde el siglo XIX se ha convertido en positivista, se esconden el decisionismo, pues la validez de la norma pende del poder de decidir, mejor aún: de la decisión capaz de establecer la norma con fuerza de derecho. En otras palabras, el decisionismo positivista excluye un orden anterior a la decisión –un orden natural, como lo concibe el cristianismo, dice Sampay– y un derecho o una ley que dé fundamento a la ley positiva –la ley natural cristiana–. En realidad, antes de la decisión que pone el derecho solo hay caos, desorden, que se convierte en orden por la decisión que sanciona el derecho. Pero este orden decisionista es virtual, nunca real, antinatural, supone la enemistad humana y no la natural amistad, la sociabilidad, como virtud.<sup>12</sup>

La crítica de Sampay al decisionismo es terminal: es un camino irracional para fundar la validez del derecho positivo: “La decisión es un principio absoluto –escribe Sampay–; surge de una nada normativa y de un desorden concreto”<sup>13</sup> Schmitt no piensa de manera distinta.<sup>14</sup>

Queda por considerar la tercera forma de pensamiento científico del derecho, el denominado “pensamiento concreto de ordenación y estructuración”, al que adhiere el propio Schmitt.<sup>15</sup> Su modo de razonar es inverso al anterior: no parte de la norma ni de la decisión sino de los órdenes existentes en la realidad, de ordenaciones ya dadas (familiares, estamentales, gremiales, militares, sociales, etc.) que tienen regularidad y vigencia, y poseen carácter jurídico porque cada ordenación produce las normas de convivencia dentro del orden social de que se trate. La regla o la norma, dice Schmitt, es parte del orden, un medio de este. El jurista alemán descubre las raíces de esta doctrina científica del derecho en la tradición germana que, nacida en Lutero, se expresa en Hegel, Fichte, Schelling, Savigny, incluso Gierke, como una línea contraria al racionalismo normativista de Pufendorf y Kant.

Fuera de que la tradición que pretende fundar Schmitt es difícil de asir, asiste la razón a Sampay cuando sostiene que Schmitt no funda ese orden jurídico en el derecho natural, “como lo hacían los predecesores que indica”, sino en la doctrina propia del *Führer-grundsatz*, es decir, el principio del conductor.<sup>16</sup> Y para Sampay, Schmitt no hace otra cosa que presentar con ropaje nuevo el viejo traje decisionista.

<sup>11</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 17.

<sup>12</sup> Para una refutación magistral, ver Francesco Gentile, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

<sup>13</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 19.

<sup>14</sup> A propósito de Hobbes, Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 30-31.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 47 y ss.

<sup>16</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 25-26. Escribe Schmitt: “También podemos legitimar de nuevo hoy, directamente, una idea de fidelidad, porque el ‘Movimiento’ jura una inquebrantable fidelidad al *Führer*” (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 59). Un examen del papel del principio del liderazgo del *Führer* en Schmitt, en Hugo D. Ber-

### 3. Schmitt, Hauriou y el momento iusnaturalista

¿Hay en la teoría de Schmitt un replanteo del concepto de orden, fuera del voluntarismo estatal, casi de carácter organicista?<sup>17</sup> Veamos qué opina Sampay, aunque en este punto conviene detenerse un instante en el lugar que ocupa el institucionalismo de Maurice Hauriou en la teoría del orden concreto de Schmitt y la de Sampay. Hauriou es uno de los autores a los que recurre Schmitt para dar fundamento a su concepción científica del derecho, porque rechazó tanto el método normativista como la filosofía positivista. Sampay era conocedor de la obra de Hauriou,<sup>18</sup> y se valió de este saber de la producción del profesor tolosano para encarar fieramente la interpretación de Schmitt. Es cierto que la doctrina de Hauriou tiene base aristotélica y que reposa en un trasfondo cristiano; es cierto, además, que supone una legalidad natural, enancada en la naturaleza humana, a la cual ha de acomodarse la regla de derecho.<sup>19</sup> Por ello la crítica de Schmitt, quien ve en esa doctrina una reacción conservadora ligada al neotomismo, típicamente católico-romana que, en su universalismo, lleva a desconocer la peculiaridad de las tradiciones histórico-nacionales a las que responde el movimiento nacional-socialista.<sup>20</sup>

Para Sampay, sin embargo, la censura de Schmitt a Hauriou se explica por su “beligerancia contra lo católico”, el ateísmo radical del alemán que lo lleva a ver en Dios, implícitamente, como un obstáculo a la pureza de la decisión, porque el decisionismo no puede tolerar que Dios sea el autor del orden. Sampay defiende el iusnaturalismo de Hauriou contra el principio de la voluntad incondicionada del *Führer*: lo que para Hauriou brota naturalmente de la naturaleza humana como ordenaciones concretas y manifestaciones de su sociabilidad, en Schmitt se vuelven estructuras organizadas jerárquicamente bajo la voluntad del conductor y la burocracia del régimen.<sup>21</sup>

En el terreno que ha planteado la polémica se comprende que Sampay sostenga a Hauriou contra Schmitt. Pero es impugnable la afirmación del carácter clásico del iusnaturalismo del francés. Sí se podría decir de Georges Renard, católico defensor del institucionalismo, pero en el caso de Hauriou es dudoso. Tengo para mí que la doctrina del derecho natural católico aparece confusa y desfigurada en su obra, pues es más bien una doctrina individualista, de corte liberal, centrada en la relación Estado-derechos individuales, antes que en lo justo objetivo. En todo caso, podría decirse que Hauriou o

---

tín y Juan Carlos Corbetta, *La noción de legitimidad en el concepto político de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Struhart, 1997, cap. III.

<sup>17</sup> Como afirma Negro Pavón, “Orden y derecho en Carl Schmitt”, *op. cit.*, pp. 352-353. Y es la intención de Schmitt (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 62 y ss).

<sup>18</sup> En 1947 tradujo y prologó la obra de Maurice Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación*.

<sup>19</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>20</sup> Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>21</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 38-39.

es un liberal católico o un iusnaturalista influido por los racionalistas,<sup>22</sup> a los que pareciera dirigida principalmente la crítica de Schmitt.<sup>23</sup>

#### 4. Sampay y la crítica al decisionismo schmittiano

¿Qué dice Sampay de la fundamentación científica del derecho a la que arriba Schmitt? Al separarse de la interpretación que el alemán ha hecho de Hauriou, el jurista argentino afirma que para el alemán el principio del liderazgo del *Führer* es el fundamento último del derecho. Luego, a pesar del esfuerzo de Schmitt, sostiene Sampay, no ha logrado superar el decisionismo original, porque la teoría de los órdenes y las estructuras concretas niega la teoría del derecho natural objetivo y se sostiene en la del Estado como voluntad del caudillo. Hemos vuelto a Hobbes, aunque dando rodeos. “Es que el *Leviatán* de Hobbes y el Estado total de Carl Schmitt *convertuntur*”, concluye Sampay.<sup>24</sup>

Sin embargo, el examen de las doctrinas schmittianas no concluye aquí, pues Sampay da cuenta del intento de 1950 por el cual el jurista alemán reinterpreta el problema del derecho a la luz de lo que podría entreverse como una superación del decisionismo. Se trata del escrito titulado *La situación de la ciencia jurídica europea*, a cuyo examen dedica el capítulo segundo de este libro.<sup>25</sup>

#### 5. Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica

A la salida de la segunda posguerra, Schmitt da cuenta de la crisis del derecho, es decir, del derecho positivo estatal, incluido el derecho público europeo, el viejo *ius gentium*, crisis que atribuye a una causa más profunda: la de la ciencia jurídica debida, a su vez, al fracaso del normativismo como método jurídico y del positivismo como teoría del conocimiento y filosofía del derecho. Se trata, observa Sampay, de un problema central, de una percepción capital: ninguna dogmática jurídica puede subsistir si excluye las dimensiones metafísicas del derecho y del orden humano.<sup>26</sup> Para Schmitt esa dimensión tendría que ser ocupada por la ciencia jurídica como elemento suprapositivo que condiciona la creación del derecho positivo estatal, como límite al decisionismo.

Si seguimos los pasos dados por Sampay al espigar y glosar el texto de Schmitt, hay que detenerse en una primera observación que el jurista argentino realiza apenas introducida la tesis schmittiana. Dice Sampay que se advierte ahora en Schmitt “un cambio progresivo hacia la verdad”, es decir, un retorno a las fuentes del saber jurídico, pero

<sup>22</sup> Cf. Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Ed. Reus, c. 1927, pp. 49 y ss.

<sup>23</sup> Tal como sostiene Negro Pavón (“Orden y derecho en Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 369).

<sup>24</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>25</sup> Hay dos versiones españolas, ambas de 1953, una boliviana y otra argentina, que no he hallado. Me veo forzado a espigar sus ideas a partir de lo que expone Sampay.

<sup>26</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 44.

que queda trunco pues el alemán se niega a entender por ciencia jurídica “el derecho natural objetivo e inmutable”, afincado en “la *teonomía* innata en la naturaleza humana”. Negación que viene del rechazo de la teología y que opera como reducción de la ciencia jurídica al “saber sistematizado de los juristas sobre el derecho positivo vigente”.<sup>27</sup>

Luego, el cambio de Schmitt lo impulsa hacia nuevos horizontes, aunque no alcance nunca el fundamento último del derecho. ¿Cuál es, entonces, el cambio notado en Carl Schmitt?

Según relata Sampay, el positivismo jurídico comenzó su apogeo, de acuerdo con Schmitt, tras las revoluciones europeas de 1848, porque de ellas salió consolidada la codificación que acrecienta “la caducidad de la ciencia jurídica romana y del derecho natural como condicionantes del derecho positivo”.<sup>28</sup> Tienen razón Schmitt y Sampay respecto de la pérdida del derecho común europeo que era el romano, pero en lo que se refiere al derecho natural habrá que aclarar que se trata de la versión racionalista, la nacida en Hobbes y continuada por Grotius, Pufendorf y Locke.<sup>29</sup> Y habría que añadir que este derecho natural prohijado por el racionalismo necesariamente conduce al positivismo, pues esta ley natural, reducida a instancia moral subjetiva, ha sido desterrada del ámbito público, se la ha desligado de todo orden y disposición divinos, arraigándola en la sola conciencia individual. El legislador la puede tomar como guía, incluso debería hacerlo, pero la ley natural ha perdido toda juridicidad; en su lugar se ha entronizado la voluntad estatal, que decide soberanamente sobre lo correcto y lo incorrecto, sin más baremo que la moralidad personal del legislador.<sup>30</sup> Así la ciencia jurídica ha quedado encerrada entre la objetividad de la ley y la subjetividad del legislador.<sup>31</sup>

El segundo gran momento histórico señalado por Schmitt es el periodo de entreguerras a partir de 1919, en el que la ley es reemplazada por la legislación, cuando aparece la delegación legislativa en los ejecutivos y la legislación directa de estos, como se observa al analizar las normas administrativas, financieras e impositivas que vienen a ser como “el suelo patrio del concepto formal y constitucional de la ley”.<sup>32</sup> La ley es desplazada por el decreto, las resoluciones administrativas y los reglamentos. Es una experiencia universal que todos conocen y que, a pesar de la defensa de los apóstoles del Estado de derecho, destruye su cimiento, el endiosamiento de la ley como producto general, incontaminado.<sup>33</sup> La ciencia jurídica se bate en retirada.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 47-48.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>29</sup> Es interesante la crítica schmittiana a esta escuela. Cf. Carl Schmitt, *El nomos de la tierra. En el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”*, Buenos Aires, Struhart, 2005, pp. 125-132. Agradezco la referencia a Ramiro Dillon.

<sup>30</sup> Cf. Ph. I. André-Vincent, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi, 1978.

<sup>31</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 50.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>33</sup> Ver Miguel Ayuso, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001, caps. 3 y 4.

## 6. La voz de los filósofos y los juristas

Según destaca Schmitt, dos voces se levantaron contra el proceso de destrucción de la ciencia jurídica. La primera es la de von Kirchmann, que negará la científicidad de la jurisprudencia; la otra es la de Savigny, quien reconsiderará la ciencia jurídica otorgándole el rango de fuente condicionante del derecho positivo.

El caso de Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884) llama la atención a Sampay, porque la frase que de aquel cita Schmitt (“tres palabras rectificadoras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras”)<sup>34</sup> ha sido malinterpretada. Sampay explica que Kirchmann era un notable filósofo aristotélico, que sabía distinguir bien el campo de la ciencia del de la jurisprudencia. La ciencia del derecho, para Kirchmann, estaba referida al derecho natural, a las verdaderas leyes del derecho, que condicionan las leyes positivas; la jurisprudencia, en cambio, no es ciencia,<sup>35</sup> porque trata de realidades históricas, cambiantes, singulares. Es decir, la jurisprudencia –que algunos quieren hacer pasar por ciencia del derecho– está implicada con el saber de lo eventual y contingente, no con el de lo eterno y absoluto, que es lo que Aristóteles entiende por ciencia.

Por eso, por versar sobre lo mudable según la disposición humana, basta una rectificación del legislador para volver inservibles varias bibliotecas. Aunque Sampay no lo diga, Aristóteles admitiría un saber de ciencia en el campo de lo contingente cuando puede remontarse a los primeros principios; y, en el caso del derecho, la ciencia jurídica correctamente entendida versa sobre los principios eternos del derecho, sobre la justicia; la jurisprudencia –no como saber del derecho sino como recopilación de sentencias judiciales–, que se mueve en el mundo contingente de las normas positivas cambiantes, no alcanza el rango de saber científico.

¿Por qué se equivocó Schmitt al citar ese párrafo de Kirchmann? Pues porque lo aplicó “al hecho histórico del aceleramiento en la producción y cambio de las legislaciones, que aconteció cuando el Estado abstencionista del Liberalismo –afirma Sampay– se mudó en el Estado de nuestro tiempo, normalmente interviniente”.<sup>36</sup> Con ello se desnaturaliza la afirmación filosófica de Kirchmann que se refiere al estatuto científico de la jurisprudencia y no al devenir histórico del Estado de derecho. Del derecho positivo no puede haber ciencia, lo que nos pone nuevamente en carrera para precisar los límites a la actividad estatal creadora del derecho.

Es en este momento cuando Schmitt se encuentra con Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) como el salvador de la vieja ciencia jurídica: el derecho –de acuerdo con Savigny en el tomo primero de su monumental *Sistema de derecho romano actual*<sup>37</sup>– es

<sup>34</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 54.

<sup>35</sup> Así se titula el pequeño texto de la conferencia berlinesa de 1847 de Julius Hermann von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

<sup>36</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 58.

<sup>37</sup> La edición original, en 8 volúmenes, es de 1840-1849: *System des heutigen römischen rechts*. Sampay cita una edición italiana de 1886; yo he consultado una versión española: Federico Savigny,



una emanación del espíritu de un pueblo que se va concretando en su devenir histórico; es un producto natural, espontáneo, de modo tal que la ciencia jurídica trabaja con ese material emergente de la vida de un pueblo o nación. Los juristas, los poseedores de la ciencia jurídica, fijan el derecho, lo hacen positivo, y esto de dos modos: mediante la legislación, que es una actividad material, actúan como colaboradores del pueblo encauzando su obra creativa del derecho; pero también a través de su tarea científica, de carácter formal, que sistematiza el derecho recibido y lo formula lógicamente.<sup>38</sup>

## 7. La síntesis de Schmitt

Si la ciencia jurídica puede recuperar su autoridad es considerándola fuente verdadera del derecho. De acuerdo con Schmitt, Savigny debe interpretarse en este sentido: la ciencia jurídica es fuente autónoma del derecho, libre de la teología y de la filosofía tanto como de la obra del legislador. Porque la ley del Estado, el derecho positivo, no es fuente del derecho; la fuente del derecho es el saber de los juristas que, desarrollando el derecho producido espontáneamente por el pueblo, lo fija y lo crea.<sup>39</sup>

Hasta aquí Schmitt permanece fiel a Savigny, pero va más allá del romanista. En efecto, el motivo por el cual la ciencia jurídica se encuentra en crisis a mediados del siglo XX ya no debe imputarse a la influencia de la teología o a la injerencia de la filosofía, sino al legalismo vacío del tecnicismo jurídico que, en defensa de la legalidad, oculta la legitimidad revolucionaria. Para Schmitt, el jurista es el encargado de desarrollar la ciencia jurídica y no puede ser instrumentalizado por ningún “deber ser”, sea teológico, filosófico o legal revolucionario, apunta Sampay. Según Schmitt, esta autonomía de la ciencia jurídica debe exponerla el jurista a través de la defensa de dos principios fundamentales: la dignidad de la persona humana y el debido proceso legal que es la garantía final del derecho. Si los juristas son capaces de llenar esta tarea, su conciencia jurídica salvará a Occidente.<sup>40</sup>

Sampay aprecia el esfuerzo de Schmitt pero lo censura. Lo pondera en tanto con la nueva concepción de la ciencia jurídica ha abandonado el decisionismo. En realidad, así parece, porque el concepto del derecho como manifestación de la creatividad popular puede verse también como un perfeccionamiento y una continuación de su anterior concepción del derecho como ordenación y estructuración sociales. Lo que ha variado es la instancia de concreción, que ahora no es la voluntad del *Führer* sino la conciencia

---

*Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cia., 1878-1879, en 6 tomos.

<sup>38</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 61.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 67-68. La imposibilidad de compulsar el texto de Schmitt me lleva a confiar en las palabras de Sampay, aunque con la prevención que me escribe Ramiro Dillon, mayor conocedor del jurista alemán que yo: “Es imposible que encuentres en el concierto literario schmittiano a la ‘dignidad de la persona humana’ y ‘el debido proceso legal’ como garantía final del derecho. No, el antiliberalismo jurídico de Schmitt puede que peque, pero más bien de conservador, es decir, por exceso” (correo al autor).

jurídica de los juristas. Y esto es lo que alejaría a Schmitt del decisionismo pues tal ciencia jurídica está mediada o limitada por el derecho espontáneo de creación popular.

Sampay cree ver, en cambio, que en el reconocimiento de los principios del derecho por Schmitt hay “una aceptación del inextirpable derecho natural”, pues si esos principios se refirieran a un derecho positivo histórico tradicional nada impediría su sustitución. Luego ese núcleo infranqueable ha de ser el derecho natural, porque “lo que salvaguarda la dignidad y el respeto del hombre es siempre el derecho inmutable que reconoce como fuente la también inmutable y universal naturaleza humana”.<sup>41</sup> Sin embargo, esto es hacerle decir a Schmitt más de lo que ha dicho, forzarlo a entrar por la puerta del derecho natural, una puerta que él no ha abierto.

## 8. El iusnaturalismo de Sampay

Asiste la razón a Sampay en cuanto que unos principios fundamentales del derecho solo pueden serlo si son los del derecho natural, pues “sin un retorno al derecho natural objetivo no se superará la crisis actual del positivismo jurídico y la de la llamada ciencia del derecho positivo, ni el jurista recobrará la función que Carl Schmitt pretende asignarle”.<sup>42</sup> Sampay se pone frente a Schmitt y le incita a profundizar el cambio que ha iniciado, yendo de la ciencia jurídica como saber de los juristas a la ciencia jurídica como derecho natural.

Para que sea factible, admite Sampay, se requiere una teoría realista del conocimiento capaz de dar cuenta de la esencia de las cosas,<sup>43</sup> tanto cuanto de la universalidad e invariabilidad de la naturaleza humana.<sup>44</sup> Lo primero, debido al fracaso del idealismo y de la fenomenología; lo segundo, porque una de las vías de acceso a la ley natural en Santo Tomás es la naturaleza humana. Con esto se lleva la discusión a la doctrina medieval de los universales y a la tomasiana de la participación, para proceder a la crítica a Kant. En efecto, si la doctrina de la participación nos revela que “el fundamento último del derecho natural está en la inteligencia de Dios”,<sup>45</sup> debe rechazarse el proyecto kantiano de unas esencias inexistentes en las cosas creadas que el hombre pone con su inteligencia como principios *a priori*. La vía kantiana conduce, en el mejor de los casos, a un derecho natural “subjetivo”, creación del hombre, y “socava el derecho natural objetivo, cuya fuente es la específica esencia del hombre”, dice Sampay.<sup>46</sup>

En síntesis, a juicio de Sampay, es vano el intento de Schmitt de recuperar la ciencia jurídica, si ello no significa un retorno a la doctrina clásica, objetiva, del derecho natural;

<sup>41</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 68-69.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>43</sup> Arturo Enrique Sampay, *Introducción a la teoría del Estado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Omeba, 1961, pp. 295 y ss.

<sup>44</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 71.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 74.

y la crisis de la conciencia jurídica de Occidente únicamente puede solucionarse por la restauración del derecho natural.<sup>47</sup>

## 9. Sobre el catolicismo de Schmitt

La lectura que Sampay ha hecho de los trabajos de Schmitt no se deslucce, a pesar de algunos puntos en los que el jurista argentino falla en sus apreciaciones. El más importante, haber enrostrado a Schmitt un feroz ateísmo, lo que es erróneo. Sampay sabe que Schmitt proviene del catolicismo,<sup>48</sup> pero dice que habría abandonado esta fe y que su doctrina, cuando se adhirió al “puro decisionismo”, “solo encaja en una cosmovisión radicalmente atea”<sup>49</sup> pues no puede tolerar –se dijo ya– que la idea de Dios impida o condicione la decisión del soberano.<sup>50</sup>

El juicio es errado. Por una parte, extraña que Sampay no haya hecho referencia al librito en el que el alemán recoge sus experiencias entre 1945 y 1947 cuando, en cautiverio por haber sido acusado de nazi, expone meditaciones impregnadas de su fe católica.<sup>51</sup> Además, abundando, fue por católico que se lo expulsó del partido de Hitler;<sup>52</sup> quienes lo conocieron personalmente testimonian su catolicismo;<sup>53</sup> de modo que no puede ponerse en duda su fe personal y cómo ella impregna de algún modo sus escritos.<sup>54</sup>

## 10. Decisionismo y iusnaturalismo en Schmitt

Después de lo dicho, no cabe resolver las ideas de Schmitt en el puro decisionismo. Él no es un decisionista absoluto, para quien la decisión del soberano crea el derecho y

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 74-75.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 36-37, nota 29, sintetiza el escrito de 1923 de Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política* (que recojo en la edición inglesa *Roman Catholicism and political form*, Westport, Ct. and London, Greenwood Press, 1996), en el que el jurista alemán expone una doctrina católica tradicional.

<sup>49</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 38. Sampay dice que esta idea (Dios-obstáculo-de-la-decisión-pura) está explícitamente expuesta en el librito *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, pero no es así, Schmitt no lo afirma.

<sup>51</sup> Me refiero a Carl Schmitt, *Ex captivitate salus*, Buenos Aires, Struhart, 1994.

<sup>52</sup> Ramiro Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, en *El Derecho*, Boletín de Filosofía del Derecho, núm. 26, 18 de noviembre de 2013, p. 4; y Joseph W. Bendersky, “Introduction: the three types of juristic thought in German historical and intellectual context”, en Carl Schmitt, *On the three types of juristic thought*, Westport, Ct. and London, Praeger, 1988, p. 29.

<sup>53</sup> Guillermo Gueydan de Roussel, “Carl Schmitt, filósofo católico y confesor”, *Verbo*, núm. 289-290, 1990, pp. 1417-1423.

<sup>54</sup> Carlos Ruiz Miguel, “Carl Schmitt, teoría política y catolicismo”, en Negro Pavón (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, *op. cit.*, pp. 375-394.

el orden *ex nihilo*. El jurista alemán entiende que el derecho y la ley provienen de un orden y que la decisión que establece la norma jurídica, si bien personal, debe estar en correspondencia con ese orden.

Está claro que es esta la teoría schmittiana en su folleto *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, pues en palabras de Schmitt, “todo orden, también el ‘orden jurídico’, está ligado a conceptos normales concretos, los cuales no pueden ser deducidos de normas generales, sino que, por el contrario, las normas deben ser engendradas a partir de su propio orden y para su propio orden”.<sup>55</sup> Para Schmitt siempre fue así, hasta el triunfo de las ideas de la modernidad, especialmente la nueva ciencia de la física, que destruyó el concepto de orden y liberó la decisión de todo presupuesto:

antes de la desaparición de las concepciones del orden del mundo antigua y cristiana por influjo de la nueva ciencia natural, estaba siempre presente en el pensamiento, como presupuesto de la decisión, una idea de orden. En este contexto, la pura decisión sin más, queda a su vez limitada e incorporada en una idea de orden; esa decisión deriva de un orden presupuesto.<sup>56</sup>

Lo que me pregunto es si esa idea de orden concreto que precede a la decisión y a la ley puede entenderse como un momento iusnaturalista o un resabio del iusnaturalismo clásico, realista. Así lo entiende parcialmente Dillon, para quien “la crítica schmittiana a la ‘indiferenciación positivista entre derecho y ley’, pueda casar con la doctrina tomista según la cual ‘*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliquialis ratio juris*’”.<sup>57</sup>

Confieso que me resulta difícil compartir esta posición. La noción de ley o de derecho natural resulta, para Schmitt, histórica y anticuada. Sabía el jurista alemán que la concepción católica del derecho natural importaba la noción de orden y que, en cambio, la triunfante concepción racionalista de la ley natural era, según sus palabras, “en parte un normativismo abstracto y en parte un decisionismo”.<sup>58</sup> A aquella idea clásica se refería el concepto de *nomos basileus* de Píndaro, como recuerda Schmitt citando a Hölderling.<sup>59</sup> Empero, parece ya irrecuperable por las consecuencias del iusnaturalismo racionalista que al imponer al Estado como orden supremo absorbe en sí a todos los órdenes de la vida medieval, dando libertad al decisionismo y al positivismo normativista.<sup>60</sup>

Por tanto, el derecho natural clásico y católico es vetusto, caduco, incapaz de establecer la nueva legitimidad y de recuperar la idea de un derecho sujeto al orden de las

<sup>55</sup> Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 24.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>57</sup> Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, op. cit., p. 5, col. 2. Las referencias son a Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 33; y a Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

<sup>58</sup> Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 5-6.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 45-47.

realidades concretas. Todo el examen de Schmitt, a fuer de realista, objetivo, apegado a las cosas, deviene finalmente historicista; ve pasar épocas de la ciencia jurídica a lo largo de la historia y sustituirse unas a otras, sin que exista posibilidad alguna de restaurar o reivindicar el pasado, lo que –de ser posible– también sería un inconveniente para entender las novedades del presente.

Junto a la dificultad que proviene de esta visión historicista de la política y el derecho, existe otra de tipo metafísico: el primer analogado del derecho. En Santo Tomás de Aquino, se sabe, es la justicia. En Schmitt no se sabe si es un orden anterior al concreto, un orden preexistente que informa el orden concreto. Me pregunto, ¿será el orden natural o el existencial, el orden vital o el histórico?, ¿será el orden concreto y natural de la familia, el gremio, la Iglesia, la vecindad como esferas de eticidad en sentido hegeliano?, ¿cree Schmitt en una normatividad espontánea nacida de las diversas esferas del orden? Puede ser así, tal vez, aunque también es posible que sea ese mismo orden concreto en tanto fundamento del derecho (¿afirma Schmitt la capacidad vinculante de lo fáctico?) u otra cosa que no se ha dicho. Pero, cualquiera fuese la respuesta, queda claro que, dentro de su historicismo, no se trata del derecho natural católico ni del racionalista; por ende, no es la justicia ni tampoco la seguridad de los derechos individuales el fundamento del orden.

Fue esto lo que vio Sampay. Vale repetir aquí su pregunta: “¿dónde está la fuente de los principios invariables de ese derecho históricamente indestructible?”<sup>61</sup> Es cierto que Schmitt hace referencia a un orden permanente y que lo permanente –como afirma Dillon<sup>62</sup>– se presenta de modo diverso, pero el problema es que Schmitt no ha definido lo permanente o, cuando lo hace, se refiere siempre a un algo anterior a la ley que tiene carácter constitutivo en la historia, en el espacio-tiempo. Luego sea por el historicismo, sea por la falta de una respuesta metafísica, resulta muy difícil atribuir a Schmitt ya una adhesión al iusnaturalismo clásico, ya una implícita subsistencia de esas ideas en su pensamiento. Como católico y como jurista admiraba al derecho medieval y a las formas orgánicas y espontáneas de expresarse,<sup>63</sup> pero no se hace eco del fundamento que teólogos y juristas de entonces dieron a ese derecho concreto: el derecho natural, lo justo por naturaleza.

## 11. Iusnaturalismo y personalismo en Sampay

Queda, por último, volver a Sampay para retomar su visión del iusnaturalismo y responder a una cuestión puesta agudamente por Dillon: el personalismo del jurista argentino,<sup>64</sup> con el alcance que tuvo en la polémica entre Jacques Maritain y el P.

<sup>61</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>62</sup> Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, *op. cit.*, p. 6, col. 3.

<sup>63</sup> Bendersky, “Introduction: the three types of juristic thought in German historical and intellectual context”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>64</sup> Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, *op. cit.*, p. 5, col. 3, núm. 35, siguiendo a Jorge Dotti, *Carl Schmitt en Argentina*, Buenos Aires, Homo Sapiens, 2000, p. 135.

Eschmann, de un lado, y el P. Charles de Koninck y el P. Meinvielle, del otro, principalmente en torno a la distinción individuo/persona en Santo Tomás de Aquino y sus consecuencias jurídico-políticas tocantes al concepto de bien común.

Al juzgar la teoría de las ordenaciones concretas de Schmitt, Sampay se pregunta quién las instituyó y quién les asignó un fin, a lo que contesta que el iusnaturalismo objetivo, “como especie referida al hombre de la ley eterna puesta por Dios en la naturaleza de sus creaturas”, pone en Dios y en la naturaleza creada “el bien por realizar para conseguir la perfección o felicidad”.<sup>65</sup> Luego la ley o el derecho natural tienen una fuente primaria para extraer sus preceptos, que es Dios o la ley eterna, y una fuente secundaria, derivada de la anterior, que es la naturaleza humana. Es cierto que, a lo largo del libro, Sampay se refiere principalmente a esta segunda fuente, como cuando dice que “la fuente del derecho inmutable está en la naturaleza o esencia humana”.<sup>66</sup> Pero tratándose de una naturaleza creada, cuando se refiere a la esencia humana, lo hace remitiendo al “fundamento último del derecho natural [que] está en la inteligencia divina”.<sup>67</sup>

En este punto no se advierte una desviación personalista ni tampoco el error de las hodiernas concepciones del acceso práctico a la natural por vía de las inclinaciones naturales del hombre.<sup>68</sup> Es más, descartando toda confusión con el iusnaturalismo moderno, explica Sampay por qué recurre a la locución derecho natural objetivo como opuesta al subjetivismo kantiano.<sup>69</sup> Esclarecido que se trata, en Sampay, del derecho natural clásico y católico, se sigue que el derecho positivo no es autónomo sino subordinado a aquel, porque de él deriva el orden jurídico-político.<sup>70</sup> Entonces, como se vio, la verdadera ciencia jurídica consiste en el derecho natural, “objetivo e inmutable”, pues existe una “*teonomía* innata en la naturaleza humana que es el derecho natural”.<sup>71</sup>

Hasta acá, Sampay se maneja en la ortodoxia que –en el debate antes mentado– era común a personalistas y antipersonalistas. El color personalista despunta, finalmente, en dos párrafos. El primero, cuando aprecia en Schmitt su evolución hasta la aceptación de los principios generales del derecho, “de la dignidad humana y del respeto que se le debe; esto, aunque él [Schmitt] no lo quiera, es la aceptación del inextirpable derecho natural”.<sup>72</sup> Esta es una de las tesis del personalismo: el fundamento de lo justo por naturaleza es la humana dignidad sin distinción alguna.<sup>73</sup> El segundo se trata de una insistencia en la afirmación precedente, cuando confirma que “lo que salvaguarda la dignidad y el res-

<sup>65</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 39.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>68</sup> Cf. Juan Fernando Segovia, “Crítica de la teoría del acceso práctico a la ley natural desde la perspectiva de santo Tomás de Aquino”, *Verbo*, núms. 477-478, 2009, pp. 563-588.

<sup>69</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 74-75.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 33 y 47-48.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>73</sup> Porque la tradición católica que supo distinguir el plano de la naturaleza del de la gracia a la hora de reputar digno al ser humano, e incluso, en el orden natural, entendió distintas la dignidad

peto del hombre es siempre el derecho inmutable que reconoce como fuente la también inmutable y universal naturaleza humana”.<sup>74</sup> Aquí es más evidente la confusión del fin de la ley –que es el bien común– o del derecho –que es la justicia– con el respeto del hombre y de la humana dignidad. El fin de la ley y del orden jurídico deja de ser el bien común para serlo la dignidad del hombre, reputada hoy fuente de sus inalienables derechos.

Esta tesis no se corresponde con la doctrina católica clásica de la ley natural, sino más bien con las expresiones personalistas que, viniendo de Maritain y otras fuentes, hoy recoge la Iglesia católica.<sup>75</sup>

Ya en un artículo de los años cuarenta, Sampay había dejado escapar algún reflejo personalista al apuntar la distinción entre “la persona humana” que “pertenece esencialmente con su vida a la comunidad”, y el individuo (al que llama “cosmo en sí” [*sic*]) que, si bien se ordena a la comunidad, conserva “su libertad de autonomía”.<sup>76</sup> Aunque no sea una reiteración literal de la tesis de Maritain, sí conlleva una desviación respecto del fin del Estado, que no es el bien común temporal sino el “procurar al hombre una perfecta suficiencia de vida” en el plano natural.<sup>77</sup> Extravío este que se hace más claro en un trabajo anterior, en el que claramente sindicó como *telos* estatal el “salvaguardar la dignidad del hombre”, estableciendo las garantías de la libertades individuales conforme al modelo de las revolucionarias declaraciones de derechos.<sup>78</sup> Lo que importa cierta rareza en el derrotero de la carrera intelectual de Sampay, pues en su reconocida obra magna no utiliza estos términos ni recurre a estos conceptos cuando define el bien común como fin del Estado.<sup>79</sup>

## 12. Conclusión

Tanto Schmitt como Sampay han dado su versión de los fundamentos metaconstitucionales del Estado de derecho. Schmitt los encuentra en la espontánea manifestación del derecho en los diversos órdenes sociales de un pueblo, interpretado primero por el líder y, más tarde, elaborado por los juristas. Empero, como se dijo, no escapa al problema del relativismo en su versión historicista por la incapacidad de definir ese orden concreto como el orden natural, pues este es inseparable de la ley natural en dos sentidos: primero, porque siendo el orden de la naturaleza humana, está regido por la ley

---

ontológica y la moral. Cf. José Miguel Gamba, “La noción clásica de dignidad y los derechos humanos”, *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Madrid, vol. XVI, 2010, pp. 31-53.

<sup>74</sup> Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 69.

<sup>75</sup> Para una crítica, ver Juan Fernando Segovia, “Examen crítico de ‘A la busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural’”, *Verbo*, núms. 493-494, 2011, pp. 191-226.

<sup>76</sup> Arturo Enrique Sampay, “Ontología del Estado”, *Orthodoxia*, núm. 8, 1944, p. 425.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 424.

<sup>78</sup> Arturo Enrique Sampay, “Noción del Estado de derecho”, *La Ley*, t. 14, 1939, sec. doct., p. 65.

<sup>79</sup> Sampay, *Introducción a la teoría del Estado*, op. cit., pp. 417-419 y 451-452.

natural; segundo, porque el orden natural se concluye o deriva de los principios y preceptos de la ley natural como método de determinación de lo justo por naturaleza.<sup>80</sup>

Por su cuenta, Sampay alude a la ley natural como fundamento último, raigal, de todo derecho, aunque cae en los pecados del personalismo al entender que esa ley postula la dignidad de la persona humana y de sus derechos como fines a los que atender. Está dicho que, con esta posición se deforma el fin del derecho que es la justicia al igual que el fin de la ley que es el bien común.

Schmitt no se pregunta si ese orden concreto que subyace como justificación del orden jurídico es “justo”; tampoco postula que las leyes que en él inhiere tienden al bien común temporal. Por tanto, su doctrina deriva hacia una fundamentación sociológica e historicista y, por lo mismo, relativista.

Sampay confunde lo justo del orden jurídico y el bien común de la sociedad política –al menos en los trabajos citados– con la primacía de la persona y sus libertades, a la que el derecho y la ley sirven. Así, queriendo encontrar en ella el fundamento de la constitución, se aleja de la concepción católica tradicional y repite el error personalista que, no por divulgado –incluso a nivel del magisterio de la Iglesia– deja de ser erróneo.

Ante uno y otro solo cabe, sin pretensión alguna de originalidad, insistir y reiterar la sabia doctrina de Santo Tomás de Aquino en cuanto al soporte metaconstitucional del derecho estatal: la justicia; y el fundamento de las leyes de la sociedad política: el bien común. El derecho no se funda en la dignidad de la persona humana ni el bien común se resuelve en los derechos humanos. Ni el derecho ni el bien común son derivados de la dignidad humana ni tampoco lo son de potestades presuntamente naturales que el Estado reconoce. Ambos se justifican en el orden natural, inscrito en la ley eterna de Dios creador, ordenador, legislador y providente, del que el hombre se vuelve partícipe a través de ese mismo orden natural que le es asequible a través de la razón. El argumento de Santo Tomás de Aquino puede sintetizarse así: existe un plan de gobernación del universo, al que no escapan las cosas del hombre, que es la providencia divina;<sup>81</sup> mas como la inteligencia humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina, “sino solo a su manera e imperfectamente”,<sup>82</sup> el modo más adecuado para conocerlo es el de la ley natural,<sup>83</sup> que es la participación del orden y la ley eternos en nuestra razón; atendiendo, además, a la correlatividad del orden de los preceptos de la ley natural y el orden de las inclinaciones naturales del hombre.<sup>84</sup>

Luego la ley natural es la ley de la propia naturaleza humana establecida por la ley divina de la que el hombre participa en su racionalidad. La concepción católica reconoce que el orden natural tiene como presupuestos necesarios a Dios, autor de todo lo creado

<sup>80</sup> Cf. Juan Fernando Segovia, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, Barcelona, Scire, 2009, p. 17.

<sup>81</sup> Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I, q. 103, a. 1.

<sup>82</sup> *Ibid.*, I-II, q. 91, a. 3, ad.1.

<sup>83</sup> *Ibid.*, I-II, q. 91, a. 2 resp.

<sup>84</sup> *Ibid.*, I-II, q. 94, a. 2.



y gobernante providencial de su obra, y a la ley natural, en sus proyecciones morales y jurídicas.

Contra las desviaciones del pensamiento moderno, el católico sostiene que sin Dios –esto es, sin ley divina y sin un legislador omnipotente y providente– no hay ley natural ni orden natural; solo habrá ley humana y orden artificial porque, lisa y llanamente, no habría “naturaleza”. Porque Dios, al crear el ser, también lo ordena; consiguientemente, el ser del ente, su esencia, es un orden y está ordenado a su fin.<sup>85</sup> La existencia de un orden natural del derecho y la política, contenido en la ley natural y derivado de ella, aun cuando requiera determinaciones concretas en sus dimensiones prudenciales, comprende, a modo de conclusión, la afirmación de una constitución política natural propuesta por Dios al prudente arbitrio humano.<sup>86</sup> Es, por tanto, el verdadero fundamento metaconstitucional del derecho estatal.

## Bibliografía

- ANDRÉ-VINCENT, Ph. I., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Gherzi, 1978.
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*, 3ª. ed., Madrid, BAC, 1964, 16 volúmenes.
- \_\_\_\_\_, *Suma contra los gentiles*, 2ª. ed., Madrid, BAC, 2007, 2 volúmenes.
- AYUSO, Miguel, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- BENDERSKY, Joseph W., “Introduction: the three types of juristic thought in German historical and intellectual context”, en Carl SCHMITT, *On the three types of juristic thought*, Westport: Ct. and London, Praeger, 1988.
- BERTÍN, Hugo D. y Juan Carlos CORBETTA, *La noción de legitimidad en el concepto político de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Struhart, 1997.
- CASTELLANO, Danilo, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006.
- DILLON, Ramiro, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, *El Derecho*, Boletín de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2013, pp. 4-6.
- DOTTI, Jorge, *Carl Schmitt en Argentina*, Buenos Aires, Homo Sapiens, 2000.
- GAMBRA, José Miguel, “La noción clásica de dignidad y los derechos humanos”, *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Madrid, vol. XVI, 2010.
- GENTILE, Francesco, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- GUEYDAN DE ROUSSEL, Guillermo, “Carl Schmitt, filósofo católico y confesor”, *Verbo*, núms. 289-290, 1990.

<sup>85</sup> *Ibid.*, C.G., III, 1 y 7. Cf. Danilo Castellano, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006, pp. 22-23.

<sup>86</sup> Segovia, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, op. cit., pp. 19-22.

- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Ed. Reus, c. 1927.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, “Orden y derecho en Carl Schmitt”, en Dalmacio NEGRO PAVÓN (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “Carl Schmitt, teoría política y catolicismo”, en Dalmacio NEGRO PAVÓN (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996.
- SAMPAY, Arturo E., “Noción del Estado de derecho”, *La Ley*, t. 14, 1939.
- \_\_\_\_\_, “Ontología del Estado”, *Ortodoxia*, núm. 8, 1944.
- \_\_\_\_\_, *Introducción a la teoría del Estado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Omeba, 1961.
- \_\_\_\_\_, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- SAVIGNY, Federico, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cía., 1878-1879.
- SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.
- \_\_\_\_\_, *Ex captivitate salus*, Buenos Aires, Struhart, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.
- \_\_\_\_\_, *El nomos de la tierra. En el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”*, Buenos Aires, Struhart, 2005.
- \_\_\_\_\_, “Teoría de la constitución”, *Revista de Derecho Privado*, s/f.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Crítica de la teoría del acceso práctico a la ley natural desde la perspectiva de santo Tomás de Aquino”, *Verbo*, núms. 477-478, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, Barcelona, Scire, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Examen crítico de ‘A la busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural’”, *Verbo*, núms. 493-494, 2011.
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.