

ANALES
DE LA FUNDACIÓN
FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA

AÑO XX

2014

ANALES
de la
Fundación Francisco Elías de Tejada
año XX/2014

ANALES de la Fundación Francisco Elías de Tejada

Revista de historia y de filosofía jurídico-políticas

Director: MIGUEL AYUSO (Universidad de Comillas, Madrid)

Secretario de Redacción: JUAN CAYÓN (Universidad Antonio de Nebrija, Madrid)

Consejo Asesor: Fernán Altuve-Febres (Universidad de Lima), Michel Bastit (Universidad de la Borgoña), Mario Bigotte Chorão (Universidad Católica de Lisboa), Francisco Canals (†) (Universidad de Barcelona), Danilo Castellano (Universidad de Udine), Luis Corsi Otálora (†) (Universidad Nacional de Bogotá), Ricardo Marques Dip (Universidad Registral, San Pablo), José Miguel Gamba (Universidad Complutense, Madrid), Francesco Gentile (†) (Universidad de Padua), Pietro Giuseppe Grasso (Universidad de Pavía), Gonzalo Ibáñez (Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar), Félix Adolfo Lamas (Universidad Católica Argentina), Juan José Leaña (Universidad Autónoma de Guadalajara), Bernardino Montejano (Universidad del Salvador, Buenos Aires), Alejandro Ordóñez (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá), Gonzalo de Sampaio e Melo (Universidad de Lisboa), Juan Fernando Segovia (Universidad de Mendoza), Jorge Siles Salinas (Universidad Católica de La Paz), Vicente Ugarte del Pino (Universidad de San Marcos, Lima), Juan Vallet de Goytisoló (†) (Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y Ciencias Morales y Políticas, Madrid), Juan Antonio Widow (Universidad Católica de Valparaíso) y Alexandra Wilhelmsen (Universidad de Dallas).

Nota: *Las colaboraciones recibidas, previo parecer favorable de la redacción de la revista, serán sometidas anónimamente a dos evaluadores externos. Si el dictamen de ambos fuere coincidente se procederá a la publicación del texto, dando la posibilidad al autor de reformarlo según las indicaciones formuladas a lo largo del proceso de revisión.*

Es propiedad.

© Fundación Francisco Elías de Tejada

José Abascal, 38

Teléfono 91 594 19 13

28003 Madrid

I.S.S.N.: 1137-117X

Depósito legal: M-17107-1996

Artes Gráficas Cofás. Móstoles (Madrid)

**EL DERECHO ENTRE IUSNATURALISMO,
DECISIONISMO Y PERSONALISMO.
ARTURO SAMPAY LECTOR DE CARL SCHMITT**

Por JUAN FERNANDO SEGOVIA*

PRIMERA PARTE

Sampay, crítico de Schmitt

1. Presentación

Me propongo indagar acerca de los fundamentos del Estado de derecho valiéndome de un librito poco recordado de Arturo Enrique Sampay (1911-1977), publicado por primera vez en Bolivia en 1954, *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, enlazándolos y advirtiendo 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 escribirlo 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 civilización¹. Estamos, tal vez, ante el mejor Sam-

* CONICET Universidad de Mendoza.

1. Arturo Enrique SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 7 y 8.

pay², el Sampay 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».

En la brevísima *Introducción al tema*, Sampay pone en tela de juicio la enseñanza del derecho recibida por los hombres de su generación, enfrentada entre el positivismo «logicista» de Hans Kelsen y el «decisionista» de Carl Schmitt. Sin duda que hay en la afirmación algo de exagerado, pero también cierta verdad, pues el positivismo era ya entonces, en la década de 1920, la escuela dominante en la enseñanza del derecho³.

La pregunta y el problema que abordará Sampay en la crítica del positivismo, vía Schmitt, es de enorme actualidad y bien pueden reiterarse en nuestros días tal como él la propuso: «el Estado, ¿tiene condicionamientos metaconstitucionales en su creación del derecho positivo?; en caso de tenerlos, ¿de qué índole son?»⁴.

2. Sampay conoce a Schmitt

Sampay, dedicado a la filosofía jurídico-política, tuvo particular admiración por las doctrinas de Hermann Heller y, en una obra muy próxima temporalmente a la que comentamos, enderezó las enseñanzas de éste desde una perspectiva aristotélica y católica⁵. En este empeño, Sampay se topó con Schmitt y en la *Introducción a la Teoría del Estado* lo cita no menos de ocho veces, generalmente como apoyo erudito y sin ahondar en sus concepciones políticas⁶. Sin embargo, aquí da cuenta ya de la filosofía schmittiana, el decisionismo, que percibe como continuación del volunta-

2. Muy pronto, con la publicación de *Ideas para la revolución de nuestro tiempo en la Argentina*, Buenos Aires, Juárez Ed., 1968, Sampay, sin abandonar el catolicismo de base, haría un viraje hacia el socialismo que, en su propio derrotero histórico-intelectual, significará una primacía del derecho positivo estatal como vehículo de transformación socio-económica y cultural. Véase mis estudios «Aproximación al pensamiento jurídico y político de Arturo Enrique Sampay. Catolicismo, peronismo y socialismo argentinos», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada* (Madrid), año XIII (2007), pp. 165-192; e «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.

3. Cfr. Víctor TAU ANZOÁTEGUI, «El Derecho: cruce de miradas y tendencias», en Víctor TAU ANZOÁTEGUI (coord.), *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, t. I, pp. 41 y ss. También es esclarecedora la «Introducción» que el propio coordinador escribió a este volumen, pp. 11 y ss.

4. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 11.

5. Arturo Enrique SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Politeia, 1951 (todas las citas se harán de la segunda edición: Buenos Aires, Omeba, 1961).

6. Pero en dos ocasiones aprovecha para censurar su teoría de la política que lleva, en línea con Hobbes, a la glorificación del Estado y a un nacionalismo idolátrico heredado de Maquiavelo. SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 336, nota, y 466, nota.

rismo de Hobbes y la más seria fundamentación del totalitarismo contemporáneo⁷.

La clave de la crítica de Sampay a Schmitt es la incompatibilidad del decisionismo político o jurídico con el iusnaturalismo; o, para ser más preciso, el decisionismo schmittiano, tal como lo interpreta Sampay, deja sin resolver las preguntas que planteara en la introducción, relativas a los límites del Estado en la sanción del derecho positivo y la naturaleza de esas limitaciones. Es el clásico cuestionamiento que los iusnaturalistas hacen al iuspositivismo, por el fundamento y el alcance del derecho estatal, esto es, el vínculo entre el derecho y lo justo.

3. La científicidad 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*⁸. 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 que elude parcialmente la disputa ya fuertemente establecida entre los positivismos y los iusnaturalismos. La segunda tiene que ver con el año: estamos en el acenso del régimen nazi y Schmitt es tenido como uno de sus juristas, de ahí que su escrito haya tenido gran repercusión⁹, si bien es cierto había ganado mérito con su crítica demoledora a la fachada de Estado de derecho que fue la República de Weimar¹⁰, 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 circunstancias¹¹, 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 ex-

7. SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 16-17.

8. Hay versión española: Carl SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.

9. Cfr. Dalmacio NEGRO PAVÓN, «Orden y derecho en Carl Schmitt», en ID. (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996, pp. 343-374.

10. 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*, Madrid, Revista de Derecho Privado, s/f, aparecida en Alemania en 1928, había desarrollado una crítica implacable a esa constitución.

11. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 9 y ss.

trajurídicos 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 éste es, más bien, una concepción filosófica del derecho que lo condensa todo en el positivo¹².

De ahí que el decisionismo¹³ sea, para ambos, una forma, un medio, de realización del positivismo a partir del siglo XIX¹⁴. De acuerdo a 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, la fuente última de toda validez jurídica y de todos los valores jurídicos, está en un procedimiento de voluntad que, como decisión, crea el derecho, y cuya fuerza jurídica no puede deducirse de la fuerza jurídica de reglas de decisión»¹⁵.

Tras el normativismo, que desde el siglo XIX se ha convertido en positivista, se esconde el decisionismo¹⁶, 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 sólo 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 virtud¹⁷.

La crítica de Sampay al decisionismo es terminal: es un camino irracional –como lo demuestra la doctrina de Hans Kelsen– para fundar la validez del derecho

12. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 22. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 33: «Este positivismo identifica la normación legal con el derecho; reconoce, tan sólo como derecho –aunque hace concesiones a la posibilidad de un derecho consuetudinario– una legalidad fijada normativamente».

13. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 26 y ss.

14. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 32 y ss. Es la época en la que la normalidad se corresponde con el Estado liberal, es decir, con el autodenominado Estado de derecho.

15. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 17.

16. Schmitt insiste en que el positivismo es una mezcla de normativismo y decisionismo. La alusión se dirige, elípticamente, a Kelsen, a quien no nombra. Escribe: «sólo desde el decisionismo puede el positivismo fijar, en un determinado momento y lugar, la cuestión del último fundamento de la norma vigente, sin volver a lo invisible, metajurídico; y sólo así puede reconocer la voluntad de un poder soberano fácticamente constituido, que aparece de hecho en un momento histórico, sin necesidad de considerar ese poder como una institución o como otro orden concreto, o, sobre todo, sin cuestionar el derecho de tal poder». SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 42.

17. Para una refutación magistral, véase Francesco GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

positivo: «la decisión es un principio absoluto –escribe Sampay–; surge de una nada normativa y de un desorden concreto»¹⁸. Schmitt no piensa de manera distinta¹⁹.

Queda por considerar la tercera forma de pensamiento científico del derecho, el denominado «pensamiento concreto de ordenación y estructuración», al que adhiere el propio Schmitt²⁰. 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 éste. 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 conductor²¹. Y para Sampay, Schmitt no hace otra cosa que presentar con ropaje nuevo el viejo traje decisionista.

4. 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?²² Veamos qué opina Sampay, aun-

18. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 19.

19. A propósito de Hobbes ha dicho SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 30: «La decisión soberana no se explica jurídicamente ni desde una norma, ni desde un orden concreto, ni encuadrada en un orden concreto. Sólo la decisión funda tanto la norma como el orden». Y agrega: «Surge de una nada normativa y de una concreta falta de orden [...] Para Hobbes, el máximo representante del tipo decisionista, la decisión soberana es una dictadura estatal que crea la ley y el orden en y sobre la inseguridad anárquica de un estado de naturaleza preestatal e infraestatal».

20. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 47 y ss.

21. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 25-26. Ya había criticado esta doctrina en Arturo E. SAMPAY, «El Estado nacional-socialista alemán», *La Ley* (Buenos Aires), t. 18 (1940), sección doctrina, pp. 140-147. Escribe SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 59: «También podemos legitimar de nuevo hoy, directamente, una idea de fidelidad, porque el “Movimiento” jura una inquebrantable fidelidad al “Führer”». Un diligente examen del papel que cumple el principio del liderazgo del Führer en Schmitt, en Hugo D. BERTÍN y Juan Carlos CORBETTA, *La noción de legitimidad en el concepto político de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Ed. Struhart & Cía., 1997, cap. III.

22. 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*, cit., pp. 62 y ss.

que 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 Hauriou²³, 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 derecho²⁴. Por ello la crítica de Schmitt, quien ve en esa doctrina una reacción conservadora, ligada al neo-tomismo, típicamente católico-romana que, en su universalismo, lleva a desconocer la peculiaridad de las tradiciones histórico-nacionales a las que responde el movimiento nacional-socialista²⁵.

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, 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 régimen²⁶.

23. Tradujo y prologó a Maurice HAURIU, *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968. La primera edición, que es la que Sampay cita en el libro que comentamos, se hizo en La Plata-Buenos Aires, 1947.

24. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 33.

25. En efecto, afirma SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 66: «De ahí que la teoría de la institución de Hauriou desemboque en su discípulo G. Renard en un neotomismo, a través del cual aparece como una teoría típicamente católico-romana. Sería lamentable, sin embargo, que la poderosa tendencia hacia el pensamiento del orden concreto y de la forma, que hoy acoge el pensamiento científico-jurídico de las naciones, quedara reprimida por tales malentendidos y restricciones. Naturalmente, las distintas naciones se diferencian por su actual pensamiento respecto a palabras, conceptos y formas, que vienen determinadas por su modo de ser propio y su tradición histórica. Este es uno de los grandes aciertos, que debemos al movimiento nacionalsocialista. Por eso quiero proponer para la caracterización del tercero y actual modo de pensar científico-jurídico, no la de “institucional”, sino la de pensamiento del orden y configuración concretos. Así se disipan los malentendidos y las interpretaciones erradas que tratan de subordinar ese pensamiento a tendencias políticas de mera restauración de cosas pasadas o de una conservación de viejas organizaciones».

26. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 38-39.

En el terreno que ha planteado la polémica, se comprende que Hauriou sea sostenido por Sampay 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 es un liberal católico o un iusnaturalista influido por los racionalistas²⁷, a los que pareciera dirigida principalmente la crítica de Schmitt²⁸.

5. 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 derecho²⁹. Luego, a pesar del esfuerzo de Schmitt, sostiene Sampay, no ha logrado superar el decisionismo original, porque la teoría de los órdenes y estructuras concretos niega la teoría del derecho natural objetivo y se sostiene en la teoría 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 Sampay³⁰.

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 entreeverse 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 libro³¹.

27. Cfr., por caso, Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Ed. Reus, c. 1927, pp. 49 y ss.

28. Tal como sostiene NEGRO PAVÓN, «Orden y derecho en Carl Schmitt», *op. cit.*, p. 369.

29. Y de la política: «El *decisionismo* apuntado reside en que el bien de la comunidad política, para cuya consecución deben actuar las comunidades de trabajo, es impuesto soberanamente por el *Führer*». SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 40, n. 32.

30. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 41.

31. Me indica Ramiro Dillon que *La situación de la ciencia jurídica europea* (*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*) es de 1950 y lo publicó en Tübingen la Internationaler Universitätsverlag, y que se reeditó en una recopilación de artículos, *Verfassungsrechtliche Aufsätze (Textos de Derecho Constitucional)*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 386-430. Hay dos versiones españolas, ambas de 1953, una boliviana y otra argentina, que no he hallado. Me veo forzado a espigar sus ideas de lo que expone Sampay.

6. Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica

A la salida de la segunda posguerra³², 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 humano³³. Para Schmitt esa dimensión tendría que ser ocupada por la ciencia jurídica, como elemento supra-positivo 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 que queda trunco pues el alemán se niega a entender por ciencia jurídica «el derecho natural objetivo e inmutable», afinado 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»³⁴.

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 a 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»³⁵. 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 Locke³⁶. Y

32. Schmitt percibe el fin de la segunda gran guerra como el comienzo de una época que es continuación de la guerra. Véase Carl SCHMITT, «El orden del mundo después de la Segunda Guerra Mundial», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), n. 122 (1962), pp. 19-38.

33. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 44.

34. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 47-48. Apunta Sampay que Schmitt se refiere a ese fundamento natural impropriamente con el nombre de «teología».

35. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 49.

36. Es interesante la crítica schmittiana a esta escuela. Cfr. Carl SCHMITT, *El nomos de la tierra*.

habría que añadir que este derecho natural prohiado por el racionalismo necesariamente conduce al positivismo³⁷, 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 legislador³⁸. Así la ciencia jurídica ha quedado encerrada entre la objetividad de la ley y la subjetividad del legislador³⁹.

El segundo gran momento histórico señalado por Schmitt es el período de entreguerras a partir de 1919, en el que la ley es reemplazada por la legislación, apareciendo la delegación legislativa en los ejecutivos y la legislación directa de éstos, 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»⁴⁰. La ley es desplazada por el decreto, las resoluciones administrativas y los reglamentos. Es una experiencia universal que todos conocen y que, malgrado la defensa de los apóstoles del Estado de derecho, destruye su cimiento, el endiosamiento de la ley como producto general, incontaminado⁴¹. La ciencia jurídica se bate en retirada.

Ambos momentos, para Schmitt, marcan la crisis de la ciencia jurídica. El primero, porque ante la ley no cabe interpretación, o sólo cabe la de la misma letra de la ley o el espíritu del legislador. Y también el segundo pues, ¿qué puede el saber de los juristas en esa maraña de regulaciones de índole diversa sino disponerse a ordenarlas, codificarlas y vincularlas? La ciencia jurídica se ha vuelto, desde entonces, una instancia más en la intelección y aplicación del derecho positivo.

En el derecho de gentes del «Jus publicum europaeum», Buenos Aires, Struhart & Cía., 2005, pp. 125-132. Agradezco la referencia a Ramiro Dillon.

37. Las lecturas que sobre este punto pueden hacerse son muchas, pero destaco entre todas: Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, «Voluntad, ausencias y normas: el sustrato histórico del positivismo en el derecho», *Dikaiosyne*, n. 15 (2005), pp. 29-57; del mismo, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México, UNAM, 1999, particularmente cap. 3 y 4; y también, aunque más acotado, Robert N. McLAUGHLIN, «On a similarity between natural law theories and English legal positivism», *The Philosophical Quarterly*, v. 39, n. 157 (1989), pp. 445-462.

38. Cfr. Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, «La notion moderne du droit naturel et le volontarisme», *Archives de Philosophie du Droit*, n. 8 (1963), traducido como *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ed. Ghersi, 1978.

39. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 50.

40. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 51.

41. Véase Miguel AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001, cap. 3 y 4.

7. La voz de los filósofos y 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 cientificidad 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 aquél cita Schmitt («tres palabras rectificadoras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras»⁴²) 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 ciencia⁴³, 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 ciencia⁴⁴.

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»⁴⁵.

42. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 54.

43. 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. Sampay cita una versión española de 1949, cuyo traductor es el mismo que el de la actual, Antonio Truyol y Serra.

44. Afirmaba VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., p. 34 que es un simple saber «acerca del derecho en cada caso particular. No faltan en él, ciertamente, preceptos abstractos, aforismos; pero unos y otros, lejos de alcanzar significación científica, lo mismo se aplican que dejan de aplicarse; lo decisivo es la singularidad del caso, no aquellas reglas».

45. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 58.

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 ciencia⁴⁶, 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 a Savigny en el tomo primero de su monumental *Sistema de derecho romano actual*⁴⁷– es 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 lógicamente⁴⁸.

Propone Sampay un examen sesudo para ponderar el contexto en el que se ha de entender la teoría de Savigny, el de la reacción contra el individualismo racionalista occidental que, concibiendo al hombre como un ser eminentemente racional y libre, así como crea de la nada la realidad política (contractualismo), así también crea *ex nihilo* el derecho⁴⁹, ejemplificado específicamente en los códigos, como derecho nuevo, racional, contrapuesto al derecho romano que regía por costumbre.

Savigny, según Sampay, debe ser interpretado en el ambiente intelectual hostil al anti-historicismo, en particular el conservadorismo de Edmund Burke⁵⁰, patrono

46. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 59, recuerda las tesis que expuso en similar sentido Francisco BERMÚDEZ DE PEDRAZA, en su libro *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, impreso en Salamanca, 1612. Hay nueva edición en Madrid de Civitas, 1992.

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

48. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 61.

49. Sampay no hace más que sintetizar lo que ya tenía dicho en otros textos en los que criticaba el iluminismo filosófico, político y jurídico; por caso, Arturo E. SAMPAY, *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, Buenos Aires, Losada, 1942; y *La filosofía del iluminismo y la constitución argentina de 1853*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

50. En particular, algunas apreciaciones de Sampay sobre Burke son exageradas, como cuando le atribuye la idea de que el pasado impone sus instituciones y leyes «con una necesidad física», por lo que no cabría para el político irlandés más que «un determinismo histórico» opuesto a la libertad humana (SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 62). La interpretación es forzada y en ningún pasaje de las *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, de 1790, se encuentran ideas como las que Sampay atribuye a Burke. Y el texto que cita (idem, p. 63) no testifica su parecer.

de la escuela reaccionaria representada por Joseph de Maistre, Louis de Bonald y Charles-Louis de Haller, y el romanticismo político alemán que reivindica lo concreto nacional con aire tradicionalista. Savigny es, pues, un hombre del período romántico y, en este sentido, un jurista contrarrevolucionario que rescata las antiguas instituciones jurídicas (el derecho romano) desmontadas por la revolución. Esta contextualización de Savigny no significa que Sampay adhiera a las ideas historicistas y reaccionarias, al romanticismo y la contrarrevolución; tiene que leerse, más bien, como un punto de apoyo a la lección que intenta extraer Schmitt y la crítica que hará de ella.

8. La síntesis de Schmitt

Si la ciencia jurídica puede recuperar su autoridad es considerándola fuente verdadera del derecho. De acuerdo a 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 crea⁵¹.

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 filosofía⁵², 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 Occidente⁵³.

51. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 65.

52. A esta altura de los tiempos, pareciera decir Schmitt, ¿quién puede, seriamente, considerar la ley divina como prescripción jurídica o sostener el poder jurisdiccional de la Iglesia en materia temporal? Igualmente, habiendo enloquecido la metafísica y estando desacreditado el edificio hegeliano, ¿alguien podría apoyar una disposición jurídica en opiniones relativas, subjetivas y sujetas a contradicción?

53. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., 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».

Sampay aprecia el esfuerzo de Schmitt pero lo censura. Lo pondera en tanto que 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 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»⁵⁴. 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.

9. El iusnaturalismo de Sampay

Asiste la razón a Sampay en cuanto que unos principios fundamentales del derecho sólo 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»⁵⁵. 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 de una teoría realista del conocimiento capaz de dar cuenta de la esencia de las cosas⁵⁶, tanto cuanto de la universalidad e invariabilidad de la naturaleza humana⁵⁷. 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 humana⁵⁸. Con esto se lleva la dis-

54. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 68-69.

55. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 69.

56. SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 295 y ss.

57. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 71.

58. El Aquinate afirma la correlatividad entre las inclinaciones humanas básicas y los preceptos de la ley natural. Santo TOMÁS DE AQUINO, *S. th.*, I-II, q. 94, a. 3 c. Sobre este punto, véase mi trabajo «Crítica de la teoría del acceso práctico a la ley natural desde la perspectiva de santo Tomás de Aquino», *Verbo* (Madrid), n. 477-478 (2009), pp. 563-588.

cusión 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»⁵⁹, 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 Sampay⁶⁰, como ser creado, agregó por mi cuenta⁶¹.

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; y la crisis de la conciencia jurídica de Occidente únicamente puede solucionarse por la restauración del derecho natural⁶².

SEGUNDA PARTE:

Relectura de Schmitt y de Sampay a la luz de la ley natural católica

10. Algunas observaciones a la crítica de Sampay a Schmitt

La lectura que Sampay ha hecho de los trabajos de Schmitt no se deslució a pesar de algunos puntos en los que el jurista argentino falla en sus apreciaciones. Veamos.

En primer lugar, el haber enrostrado a Schmitt un feroz ateísmo es erróneo. Sampay sabe que Schmitt proviene del catolicismo⁶³, pero dice que habría abandonado esta fe y que su doctrina, cuando adhirió al «puro decisionismo», «solo encaja en una cosmovisión radicalmente atea»⁶⁴ pues no puede tolerar –se dijo ya– que la idea de Dios impida o condicione la decisión del soberano⁶⁵.

59. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 73.

60. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 74.

61. Porque, como enseña Santo Tomás, el orden de las causas inferiores (en este caso, la naturaleza humana) está comprendido en el orden de la causa superior, que es Dios. Cfr. *S. th.*, I, q. 106, a. 5 y q. 47, a. 3.

62. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 74-75.

63. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 36-37, n. 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. Véase Carl SCHMITT, «La visibilidad de la Iglesia. Una reflexión escolástica», *Daimon*, n. 13 (1996), pp. 11-18.

64. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 36-37.

65. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 38. Sampay dice que esta idea

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 católica⁶⁶. Además, abundando, fue por católico que se lo expulsó del partido de Hitler⁶⁷; quienes lo conocieron personalmente testimonian su catolicismo⁶⁸; de modo que no puede ponerse en duda su fe personal y cómo ella impregna de algún modo sus escritos⁶⁹.

Asimismo, forzado a remarcar su distancia con Schmitt, Sampay emprende dos afirmaciones largamente discutibles respecto de Bodin y Hobbes, los maestros del teórico alemán⁷⁰. Por un lado, el argentino intenta una reivindicación del tradicional iusnaturalismo de Jean Bodin para enfrentar la tesis schmittiana de su pertenencia al pensamiento tradicional del orden⁷¹. Por eso recoge un pasaje de *Los seis libros de la república* (I, IX) en el que Bodin afirma la existencia de una ley divina y de una ley natural que limitan la soberanía de la república, texto que choca abiertamente con otro en el que se afirma que la soberanía es absoluta⁷². No pretendo dirimir una larga disputa, basta con asentar que, en la historia de las ideas jurídico-políticas, tuvo y tiene más trascendencia el carácter anticristiano de la doctrina de la soberanía absoluta que el episódico reconocimiento de divinas y naturales restricciones⁷³.

(Dios-obstáculo-de-la-decisión-pura) está explícitamente expuesta en librito de SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, pero no lo he encontrado, o, mejor dicho, Schmitt no lo afirma.

66. Me refiero a Carl SCHMITT, *Ex captivitate salus*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 1994.

67. Ramiro DILLON, «El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen», *El Derecho* (Buenos Aires), boletín de Filosofía del derecho, n. 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.

68. Guillermo GUEYDAN DE ROUSSEL, «Carl Schmitt, filósofo católico y confesor», *Verbo* (Madrid), n. 289-290 (1990), pp. 1417-1423.

69. Carlos RUIZ MIGUEL, «Carl Schmitt, teoría política y catolicismo», en NEGRO PAVÓN, *Estudios sobre Carl Schmitt*, cit., pp. 375-394.

70. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, cit., pp. 60 y ss., lugar en el que admite su deuda con Bodin y Hobbes.

71. En realidad, Schmitt rescata de Bodin no su decisionismo sino que su teoría de la soberanía está inscrita en la idea tradicional de orden. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 29.

72. Jean BODIN, *Les six livres de la république*, Lyon, Imprimerie de Jean de Tournes, 1579, I, VIII, que comienza con estas palabras: «La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república» (p. 85); por lo que, como dice más adelante, «la soberanía no es limitada, ni en poder [*puissance*], ni en cargo [*charge*], ni en tiempo» (p. 86).

73. Se explicaría la postura de Sampay si recurrimos a otro texto suyo en apoyo de la interpretación.

En cuanto a Hobbes –a quien ambos autores consideran el paradigma del decisionismo–, Sampay admite un momento iusnaturalista en el filósofo inglés pues los hombres se ven llevados a pactar en tanto que existe un derecho natural querido por Dios que les conduce a salir del estado de naturaleza⁷⁴. Es cierto que Hobbes puede considerarse el padre del iusnaturalismo moderno, protestante, pero con ciertas restricciones que Sampay no menciona: la ley natural (ya no el derecho natural como lo justo por naturaleza, que Hobbes elimina) no es fruto de la inteligencia divina sino creación de la razón humana; la ley natural, además, es fugaz, transitoria, pues solamente tiene validez como guía instrumental para el pacto sociopolítico y no conserva vigencia una vez constituido el Estado⁷⁵. Y, por último, la ley natural hobbesiana es un mero procedimiento para una toma de decisión, tiene rasgos decisionistas como lo había visto Schmitt⁷⁶, más importantes que las astillas iusnaturalistas que encendiera Sampay⁷⁷.

Hay también cosas que han escapado al filoso Sampay. Ya apunté, por caso, una probable continuidad del decisionismo en Schmitt entre la voluntad del líder y la creación popular del derecho, que debería haber expuesto al menos como hipótesis.

Otro punto. El intento de Schmitt, por otra parte, de eludir las consecuencias del tecnicismo legalista lo pone, según creo, en una situación semejante a la de los iluministas y su confianza en un cuadro intelectual, ahora con ciertos acentos tecnocráticos, como salvaguarda de la rectitud. Sampay no lo ha visto, pero cae por su propio peso de las palabras de Schmitt, que confía en una elite con conciencia jurídica, sensible a la natural parición del derecho popular, como antes se confiaba en una elite de razonadores, permeables a las inquietudes de la burguesía. Éstos poseían la técnica de convertir las verdades de la razón en leyes; los juristas de Schmitt están dotados del poder y del saber para transmutar el derecho del pueblo en derecho del

En SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 395 y ss., se entiende soberanía como perfección y comunidad soberana como comunidad perfecta (Estado), asimilando soberanía a *autarkéia*. En otro lugar, Arturo Enrique SAMPAY, «Ontología del Estado», *Ortodoxia*, n. 8 (1944), p. 421, identifica autosuficiencia del Estado, comunidad perfecta y soberanía, como si la observación aristotélica fuese idéntica a la de Maquiavelo y Bodin. A mi juicio, no obstante ser una tesis difundida en sectores católicos en los siglos XIX y XX, esta inteligencia es equívoca en la asimilación y errónea en la conclusión. Porque la soberanía es el elemento teórico dogmático que justifica la independencia del derecho positivo de todo otro derecho no estatal, específicamente del natural.

74. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 20.

75. Thomas HOBBS, *Leviathan*, parte I, cap. XIII a XV, en *The English works of Thomas Hobbes*, Londres, John Bond, 1839, v. III, pp. 110-147.

76. Cfr. Carl SCHMITT, *El Leviatán en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes* [1938], Buenos Aires, Struhart & Cía., 1990, cap. V.

77. Lo que no se repite en SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., libro en el que permanentemente se resalta el voluntarismo hobbesiano.

Estado. En todo caso, se mantiene la «necromancia social» que denunciara Giuseppe Ferrari⁷⁸, sólo que ahora es necromancia jurídica.

Pues el problema no se ha solucionado, ¿quién controla la interpretación y fijación del derecho por los juristas?, ¿quiénes pueden ejercer el contralor que garantice la legitimidad de la traducción del derecho popular a la ciencia jurídica? Aparentemente sólo pueden controlarse los juristas a sí mismos, porque no hay otra instancia, otra fuente del derecho de superior jerarquía a ese saber de los juristas.

11. Decisionismo e iusnaturalismo en Schmitt

Después de lo dicho, no cabe resolver las ideas de Schmitt en el puro decisionismo. Schmitt no es un decisionista absoluto, para quien la decisión del soberano crea el derecho y 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 ésta 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»⁷⁹. 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 antiguo y cristiano 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»⁸⁰.

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*”»⁸¹.

78. J. FERRARI, *Histoire de la raison d'État*, París, 1860, p. 375.

79. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 24.

80. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 27.

81. DILLON, «El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen», *loc. cit.*, p. 5, col. 2. Las referencias son a SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 33; y a Santo TOMÁS DE AQUINO, *S. th.*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

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»⁸². A aquella idea clásica se refería el concepto de *nomos basileus* de Píndaro, como recuerda Schmitt citando a Hölderling⁸³. Empero, parece ya irrecuperable por las consecuencias del iusnaturalismo racionalista que imponiendo al Estado como orden supremo absorbe en sí a todos los órdenes de la vida medieval, dando libertad al decisionismo y al positivismo normativista⁸⁴.

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 realidades concretas. Es que 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.

Hay un texto que, en tal sentido, me parece definitivo: «Todas las variaciones del modo de pensar jurídico –afirma Schmitt– se originan, como antes he mostrado, en el gran entramado histórico y sistemático, que ordena esas variaciones a la respectiva situación de la vida de la comunidad política. Del mismo modo que el decisionismo de Hobbes fue necesario en el siglo XVII, en el momento de imponerse el absolutismo de los príncipes, y como el normativismo racionalista corresponde al siglo XVIII, del mismo modo se explica la unión entre decisionismo y normativismo,

82. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 5-6.

83. Escribió Hölderling: «El *nomos*, la ley, es aquí la medida en tanto que es la figura según la cual el hombre se encuentra a sí mismo y a Dios, a la Iglesia y al orden estatal y los viejos preceptos heredados que, de modo más estricto que el arte, conservan las relaciones vitales, en las que con el tiempo un pueblo se ha encontrado y encuentra a sí mismo». SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 17.

84. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 45-46 y 46-47, escribe: «El derecho natural aristotélico-tomista de la Edad Media era una unidad de orden viva, compuesta por grados de esencia y existencia, por supraórdenes e infraórdenes, jerarquizaciones y reparticiones. En nuestros días han dejado de oírse los malentendidos normativistas a los cuales estuvo expuesto ese derecho natural en los últimos siglos. Con la caída de los múltiples ordenes feudales y del pensamiento del orden correspondiente, aparece desde el siglo XVI el orden estatal como un orden único que absorbe los demás órdenes». Y agrega: «Solo sobre el nuevo suelo de una paz pública, de una seguridad y de un orden creados por ese Estado es posible difundir, en el marco de la gran estabilidad del siglo XVIII, un derecho racional más normativo, que hace retroceder el decisionismo absoluto y disuelve todos los órdenes naturales en normas y relaciones contractuales individuales, hasta desembocar finalmente, en el siglo XIX, en el funcionalismo de reglas positivas propio de una sociedad de tráfico civil individualista».

que presenta el positivismo legal reinante desde el siglo XIX, a saber: desde el punto de vista de una determinada relación dualista entre Estado y sociedad civil, desde la estructura dualista de la unidad política, desintegrada entonces en Estado y sociedad, que alternaba entre excepción y normalidad. Tan pronto como esta estructura dualista entre Estado y sociedad libre de Estado desaparece, debe también caer con ella el tipo de pensamiento jurídico que le es propio. El Estado actual ya no es dualista, ya no está dividido en Estado y sociedad, sino que está construido sobre tres órdenes, Estado, Movimiento y Pueblo. El Estado, como orden propio dentro de la unidad política no tiene ya el monopolio de lo político, sino que es un órgano del jefe –*Führer*– del Movimiento. Una unidad política así construida –concluye Schmitt– no se adecua al pensamiento jurídico decisionista o normativista o al pensamiento jurídico positivista que combina ambos. Se necesita ahora el pensamiento concreto del orden y de la forma que ha surgido para las nuevas tareas de la situación estatal, popular, económica e ideológica y para las nuevas formas de comunidad»⁸⁵.

Junto a la dificultad que proviene de esta visión historicista de la política y del 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 orden existencial, el orden vital o el orden 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 racionalista⁸⁶; por ende, no es la justicia y 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?»⁸⁷. Es cierto que Schmitt hace referencia a un orden permanente y que lo permanente –como afirma Dillon⁸⁸– se presenta de modo diverso, pero el problema es que Schmitt no ha definido

85. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 76-77.

86. NEGRO PAVÓN, «Orden y derecho en Carl Schmitt», *op. cit.*, p. 369, admite que Schmitt es refractario al derecho natural, aunque es difícil saber en qué sentido, en qué medida y a qué derecho natural era refractario. Por lo dicho (véase *supra* nota 38), Schmitt no admite el iusnaturalismo moderno, racionalista, raíz del individualismo liberal.

87. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 70.

88. DILLON, «El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen», *loc. cit.*, p. 6, col. 3.

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-tiempo⁸⁹.

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 expresarse⁹⁰, 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.

12. 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 argentino⁹¹, personalismo con el alcance que tuvo en la polémica entre Jacques Maritain y el P. Eschmann, de un lado, y 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, se pregunta Sampay 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 a realizar para conseguir la perfección o felicidad»⁹². 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 librito Sampay se refiere principalmente a esta segunda fuente, como cuando dice que «la fuente del derecho inmutable está en la naturaleza

89. Así, p.e., en SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 14 «El derecho como señor, el *nomos basileus*, no puede ser sólo una norma positiva cualquiera o una regla o una disposición legal; el *nomos*, que debe llevar consigo un verdadero rey, ha de tener en sí ciertas cualidades de orden soberanas e inalterables pero concretas». O, en una obra posterior, de 1950, que recuerda Dillon: «El *nomos*, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatez de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la *legitimidad*, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley». SCHMITT, *El nomos de la tierra. En el derecho de gentes del «Jus publicum europaeum»*, cit., p. 55.

90. BENDERSKY, «Introduction: the three types of juristic thought in German historical and intellectual context», *op. cit.*, p. 20.

91. DILLON, «El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen», *loc. cit.*, p. 5, col. 3, n. 35, siguiendo a Jorge DOTI, *Carl Schmitt en Argentina*, Buenos Aires, Homo Sapiens, 2000, p. 135.

92. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 39.

o esencia humana»⁹³. 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»⁹⁴.

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 hombre⁹⁵. Es más, descartando toda confusión con el iusnaturalismo moderno, explica Sampay qué recurre a la locución derecho natural objetivo como opuesta al subjetivismo kantiano⁹⁶. Esclarecido que se trata, en Sampay, del derecho natural clásico y católico, se sigue que el derecho positivo no es autónomo sino subordinado a aquél, porque de él deriva el orden jurídico-político⁹⁷. Entonces, como se vio, la verdadera ciencia jurídica consiste en el derecho natural, en «el derecho natural objetivo e inmutable», pues existe una «*teonomía* innata en la naturaleza humana que es el derecho natural»⁹⁸.

Hasta acá, Sampay se maneja en la ortodoxia que —en el debate antes mentado— era común a personalistas y anti-personalistas. 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»⁹⁹. Esta es una de las tesis del personalismo: el fundamento de lo justo por naturaleza es la humana dignidad sin distinción alguna¹⁰⁰.

93. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 71.

94. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 73.

95. Cfr. SEGOVIA, «Crítica de la teoría del acceso práctico a la ley natural desde la perspectiva de santo Tomás de Aquino», *loc. cit.*, *passim*.

96. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 74, para Kant «el derecho natural se cimenta exclusivamente en principios *a priori* natos de la inteligencia humana, con lo que socava el derecho natural objetivo, cuya fuente es la específica esencia del hombre». Ese derecho natural «racional» destruyó la cosmovisión antigua y cristiana, que «subordinaba la creación del derecho a un orden natural preestablecido», expresión de la existencia de «una ordenación condicionante de la decisión, y de donde la decisión tomaba fuerza jurídica». Ídem, p. 17. Por lo mismo, «dado, entonces, que la eliminación del derecho natural acarreó la crisis de la ciencia jurídica, y con ella la crisis de la conciencia jurídica de Occidente, la solución reside en la restauración del derecho natural». Ídem., p. 75.

97. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 20: «la afirmación de que sólo el derecho positivo pone el orden, va acompañada del rechazo de cualquier derecho que aparezca como divino, natural o racional».

98. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., pp. 47-48. O, como afirma explicando la doctrina de Hauriou: «la persona humana, y las comunidades que crea para su bien, tienen señalado el fin que han de realizar en la propia naturaleza humana, y el derecho positivo, consiguientemente, debe acomodarse a esa legalidad natural». Ídem., p. 33.

99. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 68.

100. Y digo sin distinción alguna en atención a la tradición católica que supo distinguir el plano

El segundo, se trata de una insistencia en la afirmación precedente, cuando confirma que «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»¹⁰¹. 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 en su prédica¹⁰².

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 «cosmos en sí» [*sic*]) que, si bien se ordena a la comunidad, conserva «su libertad de autonomía»¹⁰³. Aunque no sea una reiteración literal de la tesis de Maritain, sí conlleva una desviación respecto del fin del Estado, que no es bien común temporal sino el «procurar al hombre una perfecta suficiencia de vida» en el plano natural¹⁰⁴. Extravío éste que se hace más claro en un trabajo anterior en el que claramente sindicaba como *telos* estatal el «salvaguardar la dignidad del hombre», estableciendo las garantías de la libertades individuales conforme al modelo de las revolucionarias declaraciones de derechos¹⁰⁵.

Lo que importa cierta rareza en el derrotero de la carrera intelectual de Sampay,

de la naturaleza del de la gracia o lo sobrenatural a la hora de reputar digno al ser humano; e incluso, en el orden natural, entendió distintas la dignidad ontológica y la moral. Cfr. José Miguel GAMBRA, «La notion classique de dignité et les droits de l’homme», *Catholica*, n. 107 (2010), pp. 31-47; y la versión española más extensa: «La noción clásica de dignidad y los derechos humanos», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, año XVI (2010), pp. 31-53.

101. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, cit., p. 69.

102. Por caso, el Papa Benedicto XVI, en esta línea, ha dicho que «la ley natural constituye la verdadera garantía ofrecida a cada uno para vivir libre y respetado en su dignidad de persona, y para sentirse defendido de cualquier manipulación ideológica y de cualquier atropello perpetrado apoyándose en la ley del más fuerte». BENEDICTO XVI, *Discurso a los participantes en la sesión plenaria de la Comisión Teológica Internacional*, 5 de diciembre de 2008. Para una crítica, véase Juan Fernando SEGOVIA, «De la loi naturelle aux “valeurs communes” mundiales», *Catholica*, n. 110 (2011), pp. 71-84; y más ampliamente, «Examen crítico de “A la busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural”», *Verbo* (Madrid), n. 493-494 (2011), pp. 191-226.

103. SAMPAY, «Ontología del Estado», *loc. cit.*, p. 425.

104. SAMPAY, «Ontología del Estado», *loc. cit.*, p. 424.

105. Arturo Enrique SAMPAY, «Noción del Estado de derecho», *La Ley* (Buenos Aires), t. 14 (1939), sec. doct., p. 65.

pues en su reconocida obra magna no utiliza estos términos ni recurre a estos conceptos cuando define el bien común como fin del Estado¹⁰⁶.

13. 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 ya, no escapa al problema del relativismo en su versión historicista por la incapacidad de definir ese orden concreto como el orden natural, pues éste es inseparable de la ley natural en dos sentidos: primero, porque siendo el orden de la naturaleza humana, está regido por la ley 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 naturaleza¹⁰⁷.

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 tienen 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 sólo 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

106. Sampay, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 417-419 y 451-452.

107. Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, Barcelona, Ed. Scire, 2009, p. 17.

la dignidad humana y tampoco lo son de potestades presuntamente naturales que el Estado reconoce. Ambos se justifican en el orden natural, inscripto en la ley eterna de Dios creador, ordenador, legislador y providente, del que el hombre se vuelve partícipe a través de ese mismo orden natural¹⁰⁸, que le es asequible a través de la razón.

El argumento de Santo Tomás de Aquino puede sintetizarse así: existe un plan de gobierno del universo, al que no escapan las cosas del hombre, que es la Providencia divina¹⁰⁹; mas como la inteligencia humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina, «sino sólo a su manera e imperfectamente»¹¹⁰, el modo más adecuado para conocerle es el de la ley natural¹¹¹. Ésta es la participación del orden y la ley eternos en nuestra razón, y atendiendo, además, a la correlatividad del orden de los preceptos de la ley natural y el orden de las inclinaciones naturales del hombre¹¹².

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 y gobernante providencial de su obra; y a la ley natural, en sus proyecciones morales y jurídicas, pues esta ley no es sino la participación de los seres racionales en la ley divina.

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; sólo habrá ley humana y orden artificial, porque, lisa y llanamente, no habría «naturaleza». El católico, en cambio, afirma que Dios, al crear el ser, también lo ordena, consiguientemente el ser del ente, su esencia, es un orden y está ordenado a su fin¹¹³.

La existencia de un orden natural del derecho y la política, contenido en la ley natural y derivado de ella, aun cuando requiera de determinaciones concretas en sus dimensiones prudenciales, comprende, a modo de conclusión, la afirmación de una constitución política natural propuesta por Dios al prudente arbitrio humano¹¹⁴. Es, por tanto, el verdadero fundamento metaconstitucional del derecho estatal.

108. Cfr. Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO, «El orden universal y su reflejo en el derecho», *Verbo* (Madrid), n. 449-450 (2006), pp. 695-714; y Michel VILLEY, «La naturaleza de las cosas», en Carlos Ignacio MASSINI CORREAS (coord.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 437-464.

109. *S. th.*, I, q. 103, a. 1.

110. *S. th.*, I-II, q. 91, a. 3, ad.1.

111. *S. th.*, I-II, q. 91, a. 2 resp.

112. *S. th.*, I-II, q. 94, a. 2.

113. Santo TOMÁS DE AQUINO, *C.G.*, III, 1; y 7. Cfr. Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Ed. Scire, 2006, pp. 22-23.

114. SEGOVIA, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, cit., pp. 19-22.