

jurídico. Ni en materia civil ni en materia penal el Derecho costarricense hace distinción alguna entre la responsabilidad civil proveniente del hecho ilícito, para atenuarla o para agravarla, según que el agente haya actuado con culpa (leve, grave o gravísima) o con dolo. La indemnización se mide por el daño causado, no por el mayor o menor grado de conciencia o de voluntad que el responsable haya tenido en el momento de realizar el hecho o acto dañoso. Estos factores pueden tener influencia en la determinación de la pena, pero no en la extensión de la responsabilidad civil. Igual reparación económica debe hacer el que mata consciente y voluntariamente que el que lo hace por descuido o negligencia. Igual reparación económica debe hacer el que causa un daño por dolo civil, que el que lo provoca por falta, negligencia o imprudencia (art. 1045 C. c.).

No existe ningún motivo si el Código civil, como hemos visto, no tiene norma expresa que introduzca variante alguna, para cambiar de criterio en el campo de los incumplimientos contractuales (como ilógicamente, creo, lo hacen otros códigos siguiendo el francés) y abandonando la regla general que rige la responsabilidad extracontractual (ilícitos penales y civiles), adoptar una atenuación que otros ordenamientos reconocen en beneficio del deudor moroso contractual. Este está obligado al cumplimiento de compromisos especiales libremente contraídos y, así, su deber es más concreto y vinculante, si se quiere, que el de aquel que sólo está atado al precepto general de coexistencia de *alterum non laedere*, base de la responsabilidad aquiliana.

Por el contrario, el artículo 324 del Código establece, en materia de indemnización, una norma de carácter general, aplicable tanto a lo contractual que atribuye responsabilidad plena al que sólo ha actuado con culpa (y con mayor razón a quien actúa con dolo), sin hacer distinciones de ningún género. Dice así este precepto legal: "El que viola, usurpa o perjudica los bienes o derechos de otro, es obligado a indemnizar al ofendido los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionen a éste".

ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO SEGUN CARL SCHMITT

Dr. Mario A. Houed V.

Profesor de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

De acuerdo con Carl Schmitt, considerado uno de los principales doctrinarios del pensamiento nacional-socialista alemán, existen tres modos en que el jurista puede considerar o concebir científicamente el derecho positivo: a) el derecho como norma (positivismo logicista o normativista); b) el derecho como decisión (positivismo decisionista); y c) el derecho como ordenamiento concreto.

El criterio primeramente señalado —en el que podemos ubicar al autor austriaco Hans Kelsen como uno de sus máximos representantes— “absolutiza y separa la norma general y abstracta de las concretas situaciones sociológicas que le dieron origen, así como de las decisiones que las crearon y que las aplican”¹. Esto quiere decir que para los normativistas² impera siempre lo dispuesto en la ley, surgiendo el dominio de ésta —la norma— en contra del dominio de los hombres, razón por la que Schmitt considera que cuando el pensamiento puramente normativista quiere ser fiel a sus últimas consecuencias, “sólo puede referirse a normas a función y validez de normas, pero nunca a un poder o a una jerarquía que hagan efectiva una ordenación concreta. De este modo, el rey, el gobernante, el juez, el Estado, se transforman en simples funciones de normas, y el rango superior en la jerarquía de estas instancias, sólo es función de la norma superior, hasta que la más alta norma se convierte en la ley de las leyes —en la norma de las normas.—”³.

En cambio para el pensar jurídico decisionista, la fuente original de todo derecho, la razón última de toda validez jurídica y de todos los valores jurídicos, se encuentra en un procedimiento

1 Sampay, Arturo E. “Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 13.

2 El normativismo, observado como método para el estudio del derecho positivo no debe confundirse —necesariamente— con el positivismo jurídico, como concepción filosófica que sólo considera derecho al positivo. La transmutación del normativismo en positivismo jurídico —según Schmitt— se realizó durante el siglo XIX por medio del decisionismo jurídico.

3 Sampay, A. E. Ob. cit., págs. 14 y 15.

volitivo que, como decisión, crea el derecho, y cuya fuerza jurídica no puede deducirse de la fuerza jurídica de reglas de decisión; es decir, el poder forma el derecho y no a la inversa.

Sin embargo, esta tesis decisionista formulada por Schmitt no es menos criticable que la normativista, y es Hermann Heller quien, con toda razón, sostiene que el derecho tiene el carácter de formador o generador de poder, ante la negativa que al respecto hace aquél, por cuanto "en la dinámica de las relaciones de dominación histórico-sociales una situación de poder se convierte en un status político únicamente gracias al derecho. Sin el derecho, con sus caracteres normativos y técnicos, faltaría al Estado —en el cambio incesante de los innumerables procesos de integración— permanencia y estructura, es decir no tendría, en general, existencia."⁴

El mismo Heller le señala a Schmitt su confusión entre normatividad y positividad cuando éste afirma que la unidad y ordenación reside en la existencia política del Estado y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades, porque la normatividad y la existencialidad no son para el Estado cosas opuestas, sino condiciones recíprocas; pues como dice Kaufmann, el derecho, en realidad, formula "casi leyes esenciales del ser de la vida de la comunidad humana".⁵

Ahora bien, las normas jurídicas positivas no pueden establecerse por sí mismas, sino que son queridas, establecidas y aseguradas mediante disposiciones reales, de actos de voluntad, ya que sin una positivación mediante actos de esa naturaleza, el derecho no puede tener o adquirir firmeza ni eficiencia. De ahí, entonces, que pueda afirmarse sin ánimo de duda, que "al carácter formador de poder del derecho corresponde el carácter de creador de derecho del poder".⁶

Schmitt pretende con su decisionismo sin normas, alejarse de la posición normativista Kelseniana (debe ser - normatividad), pasando a otra posición extrema, al concebir el derecho como de-

4 Heller, Hermann. "Teoría del Estado". Fondo de cultura económica, México, 6ª ed., 1968, p. 212.

5 Cit. por Heller, *Ibid.*

6 Heller, *Ibidem.*

decisión (ser - normalidad), desprovisto del elemento normado, considerando ambos autores (y sus seguidores, desde luego) la necesaria relación que entre la normatividad y la normalidad (ser - deber ser) se presenta en la compleja vida social donde nos desenvolvemos. Heller reconoce que la doctrina que sostiene la existencia del Estado apoyada jurídicamente tan sólo en su propia voluntad —"de tanta importancia sobre todo en Derecho Internacional"— dio certera expresión al carácter creador de derecho del poder, pero sin olvidar que esa voluntad del Estado no puede considerarse desligada de las normas, "pues de lo contrario también se vería privada de poder; pero tiene que ser poder porque sólo así puede establecer y asegurar el derecho"⁷.

Por otra parte al ser negada la necesaria relación que existe entre el Estado y el Derecho (relación dialéctica, según Heller) así como la formación de poder por el derecho y la de derecho por el poder, se presenta el dilema de reducir el derecho al Estado o negar la legalidad peculiar de éste y disolverlo en el derecho (Kelsen). Por esa razón Heller considera que el intento Kelseniano de disolver al Estado en el derecho, constituye una doctrina exclusivamente formal de un Derecho Natural sin contenido.

Según Carl Schmitt, la noción del pensamiento decisionista apareció, ya en forma bastante depurada, en el siglo XVII, con Hobbes, quien consideraba que el derecho, todas las normas y leyes, provenían del soberano (que es "el que decide soberanamente"). El derecho es la ley, pero ésta es producto de una decisión de poder: "La decisión soberana no se explica jurídicamente aceptando alguna especie de ordenación preexistente, porque entonces sería aplicación de una norma válida, sino que al revés, la decisión fundamenta tanto la norma como la ordenación. La decisión es el principio absoluto; surge de una norma y de un desorden concreto"⁸. Para Hobbes el estado natural del hombre es un estado de discordia y desorden, hasta que

7 Heller. *Ob. cit.*, p. 213. Cfr. asimismo ps. 148 y ss. sobre el mismo tema.

8 "La relación dialéctica consiste en que dos afirmaciones, que no pueden reducirse la una a la otra ni ambas a una común raíz lógica, aparecen, sin embargo, unidas en un objeto real en el que, junto a la una, se halla siempre la otra." Heller. *ob. cit.* p. 81.

9 Sampay, A. E. *Ob. cit.* p. 19.

la transición de esa situación anárquica —de inseguridad—, al orden de la sociedad, se efectúa por el surgimiento de una voluntad soberana cuyo mandato es ley. De esta manera Hobbes aclara la estructura lógica del decisionismo —siempre en la opinión de Schmitt—, dando expresión conceptual al decisionismo del Estado soberano absoluto (el Leviatán) y al positivismo jurídico. Frente a ese "Leviatán" no cabe derecho de resistencia fundado en un derecho superior o en motivos religiosos, porque la afirmación de que sólo el derecho positivo trae consigo el orden, está acompañada del rechazo de cualquier derecho que aparezca como divino, natural o racional¹⁰, aunque no debe olvidarse que Hobbes reconocía un Derecho Natural querido por Dios, cuyo contenido señalaba que los hombres salieran del estado de naturaleza, estableciendo un orden y siendo fieles al pacto mediante el cual dicho orden se instauraba.

Sin embargo el positivismo del siglo XIX va a negar cualquier vinculación religiosa o Divina a su concepción, con lo que adquiere un sentido polémicamente ateo que no tenía en Hobbes. Así pues, la teoría decisionista de Schmitt, arduamente combatida por Heller según anteriormente explicamos, pretende justificar la inexistencia del derecho positivo con base en los "mandatos" del soberano, pero su error primordial está en que "no hay forma alguna de Estado o de gobierno en la cual un mando signifique, *ya en sí, un valor jurídico positivo*, y la frase "*lo mejor en el mundo es un mandato*" (Schmitt) podrá entusiasmar a los estetas del poder fatigados de la cultura, pero es absolutamente falsa para cualquier especie de poder político. Pues el poder, como es sabido, consiste sólo en mandatos que se obedecen, y la obediencia, *siempre y en todas las formas de dominación, depende esencialmente de la creencia en que el mandato está justificado*". (Lo subrayado no es del texto original)¹¹.

Posteriormente, cuando la doctrina nacional-socialista alemana comienza a surgir con gran fuerza, Carl Schmitt pretende abandonar (aunque sin conseguirlo) su concepción del derecho positivo como producto de decisiones, estructurando entonces su

10 CFR. de Schmitt, C. "El Leviatán en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes", traduc. de Fco. Javier Conde, Madrid, 1941.

11 Heller, H. Ob. cit., p. 240.

teoría del derecho como ordenamiento concreto (ordenación y estructuración), según la cual, la norma o regla no crea la ordenación, sino que desempeña una cierta función reguladora en terreno y dentro del marco de una ordenación dada, motivo por el que sólo en una pequeña medida —relativamente— posee sí validez independiente, y sólo en cierta medida, también pequeña, puede ser abstraída —para convertirla en materia de creación de esa ordenación donde la norma es una parte o un medio. Lo anterior significa que cada ordenación— incluyendo cada ordenación jurídica, está ligada a conceptos de concreta normación que no se deducen de normas generales, sino que hacen surgir tales normas de su propia ordenación. Así por ejemplo, donde existe una familia, el legislador y el jurista que aplica la ley, están obligados a aceptar la intrínseca ordenación concreta del instituto de la "familia"¹².

Schmitt pretende fundamentar este modo de considerar el derecho, con una doctrina jurídica propia, acorde con el llamado principio del conductor (Führer) que informó la organización política del III Reich alemán.

Según esa doctrina de Schmitt, la voluntad del Führer era la fuente suprema del derecho. La unidad política, arguye, se va a formar mediante tres series de ordenación: el Estado, el Movimiento y el Pueblo. Desde luego el partido político nacional-socialista es el Movimiento, y como tal, constituye el nexo que une al Pueblo con el Estado. El monopolio de lo político, y el ejercicio de una soberanía incondicionada, no están en el Estado sino en la voluntad del Führer. Las *concretas ordenaciones* hallan infraordenadas en esta unidad política, y deben estructurarse conexas inexorablemente la idea de conducción (Führung) con los conceptos de *séquito, fidelidad, disciplina y honor*. (El subrayado no es del texto original)¹³.

Como puede observarse, en realidad el "decisionismo" de Schmitt no abandona la orientación de su nueva teoría, pues como bien afirma Francisco Javier Conde y sostiene Arturo Enrique Sampay, el "decisionismo" de aquél se convierte ahora en p

12 Cfr. Sampay, Ob. cit. ps. 24 y ss.

13 Sampay. Ob. cit., p. 39.

cipio dinámico (el principio de conducción) que pone en movimiento la estática del orden-concreto.¹⁴

La opinión de Hermann Heller en relación con la nueva postura de Schmitt hubiese significado un gran aporte para su análisis, pero lamentablemente aquél falleció el cinco de noviembre de 1933, posiblemente sin conocer dicha postura, que nuevamente cambiará Schmitt (buscando un nuevo modo de escapar al "decisionismo") a partir del año de 1950; "para ese entonces Alemania había experimentado en carne propia el *decisionismo*, ya que en su condición de país vencido en guerra, no se le aplicaron los principios de un derecho de gentes asentado en el derecho natural —objetivo— que ella antes había negado y hollado— sino las puras *decisiones* de sus vencedores".¹⁵

Es entonces cuando Schmitt, posiblemente desilusionado por las consecuencias de las doctrinas nacional-socialistas, procura encontrar un condicionamiento objetivo del derecho positivo, que salve al hombre de una legítima arbitrariedad del Estado.

No deja de llamar la atención su respuesta a la interrogante ¿por qué siguió la burocracia alemana a Hitler?¹⁶ donde podemos valorar lo anteriormente dicho, en su análisis de la legalidad. Expresa en primer término que no pretende suscitar nuevas inculpciones ni elaborar nuevas disculpas (¡aunque de hecho así nos parecen!), para luego razonar que la mayoría de los funcionarios

14 Cfr. de Francisco Javier Conde, "Introducción al Derecho Político actual", ps. 203 y ss.; y de Sampay, A. E., su ob. cit. en ps. 36 y ss. Este último autor hace un estudio de la ley alemana para la ordenación del trabajo nacional, que señala que la empresa está compuesta por el *conductor* (Führer) y por los empleados y obreros como *séquito*, todos los cuales deben colaborar para el incremento de los fines de la empresa y para el provecho común de la Nación. El Führer de la empresa debe procurar el bienestar de los dependientes, y éstos deben guardarle fidelidad, fundada sobre el principio de la comunidad de la empresa. Concluye Sampay expresando que el "decisionismo" comentado reside en que el bien de la comunidad política, para cuya consecución deben actuar las comunidades de trabajo, es impuesto soberanamente por el Führer. (Ob. cit., p. 40, Nota 32).

15 Sampay, E. A. Ob. cit., p. 42.

16 Schmitt, Carl. "El problema de la legalidad" artículo publicado en su obra "Legalidad y legitimidad". Ed. Aguilar, traducción de José Díaz García, Madrid, 1971, ps. 157 y ss. El autor aclara que se trata de una respuesta escrita entregada al Doctor Robert W. Kempner el 13 de mayo de 1947 en la Sala de un tribunal, ante la pregunta de por qué siguieron a Hitler los secretarios de Estado.

(incluyendo la alta burocracia ministerial que había alcanzado gran poder en los últimos años de la Constitución de Weimar) no veía en Hitler ningún peligro, ni para sus derechos adquiridos ni para la situación de poder de la burocracia alemana en su conjunto, porque "... muchos creían en las reiteradas seguridades que les daba Hitler, e incluso le consideraban como el salvador de los principios fundamentales de la burocracia alemana existente... Pero lo decisivo fueron las solemnes declaraciones de legalidad, especialmente el célebre juramento de legalidad prestado en el proceso de Scheringer en 1930. El problema de la legalidad aparecía ya entonces como la clave del problema del poder estatal en Alemania. *De ahí que en el problema de la legalidad se encontrara respuesta adecuada a nuestra pregunta de por qué la burocracia alemana siguió a Hitler.*" (El subrayado no es del texto original)¹⁷.

Para Schmitt, la transformación del Derecho en legalidad es una consecuencia del positivismo y así lo recrimina: "Por todas partes domina el positivismo jurídico, lo cual significa el desconocimiento de la tesis de que el Derecho lo pone quien impone de hecho. El positivismo jurídico no quiere decir otra cosa, sino la transformación del Derecho en una imposición arbitraria. Es al propio tiempo el reconocimiento de la *fuerza normativa de lo fáctico...*" (Lo subrayado no es del texto original)¹⁸.

La nueva fase del pensamiento de Schmitt centra su principal objetivo en la denominada ciencia jurídica,¹⁹ sustentando que la crisis del derecho en nuestro tiempo se debe a la crisis coyuntural y temporánea de aquella (la ciencia jurídica), la cual a su vez origina por la adopción del normativismo como método jurídico y del positivismo jurídico como filosofía del derecho positivo.

17 Schmitt, C. Ob. cit., p. 160.

18 Schmitt, C. "El problema de la legalidad", ob. cit., p. 168.

19 Schmitt entiende por *ciencia jurídica* el saber sistematizado de los juristas sobre el derecho positivo vigente, librado de la teonomía innata en la naturaleza humana que es el derecho natural, al que, junto con Savigny, denomina Teología. Para mayor información sobre este aspecto, consultar de Sampay, su ob. cit. en ps. 46-47 y 48. Asimismo Cfr. de Schmitt "Legalidad y Legitimidad" (ob. cit.) en ps. XI y ss.

La anterior posición —contradictoria con los postulados del decisionismo que su autor había desarrollado hasta aquel momento— es objeto de la crítica de Sampay cuando, sintetizando su pensamiento expresa lo siguiente: "La crisis jurídica que los occidentales soportamos se debe a lo que él (Schmitt) llamó antes *decisionismo*, esto es, la creación del derecho positivo por parte del Estado sin aceptar los condicionamientos objetivos de ningún derecho supra-positivo. Ahora dice que la causa que desató el *decisionismo* fue el abandono de la ciencia jurídica como condicionante de la creación del derecho positivo; en su ensayo anterior, en cambio, Schmitt indicaba que el *decisionismo* nacía de la condición natural del hombre, en su estado pre-estatal. Visiblemente, esto implica un cambio, pero un cambio progresivo hacia la verdad . . .".

Al acabarse el decisionismo en Carl Schmitt, lógicamente también se derrumban las doctrinas que de él dependían, como lo son: (señaladas por Sampay) que el poder constituyente del pueblo, fundamento de la Constitución jurídico-positiva del Estado, es un proceso de voluntad absolutamente incondicionado; que el estado como Leviatán es creador de lo bueno, de lo justo y de lo verdadero; que en las relaciones internacionales rige el estado de la naturaleza de Hobbes, o sea el canibalismo de la nuda lucha de todos contra todos; y que lo político se conceptúa con la dicotomía amigo-enemigo, renunciando en Schmitt el reconocimiento de "principios de derecho" que son indispensables para una normal y racional coexistencia humana.

DERECHO Y ENAJENACION

La teoría del derecho natural contractual y su crítica
en Hegel y en Marx

Lic. José Miguel Rodríguez Zamora

Profesor de la Escuela de Ciencias Políticas