

ENTRE LA EXCEPCIÓN Y LA REGLA.

EL DECISIONISMO JURÍDICO FRENTE A LA ESCUELA DE FRANKFURT

*Eduardo Hernando**

1. Introducción

Durante el período de la República de Weimar¹ entre la primera y la segunda guerra mundial y en medio de una enorme crisis del Estado de Derecho se desarrolló en Alemania un importante debate entre quienes abogaban por el decisionismo jurídico y quienes aceptando la crisis del derecho positivo aún consideraban relevante los aportes del *Rechtsstaat* o Estado de Derecho. Empero, lo interesante de todo esto es que ambas tendencias coincidían en un punto: el modelo del Estado de Derecho no podía por sí solo superar las demandas planteadas por la sociedad y esto resultaba un síntoma evidente de que algo en él no marchaba bien.

Ante esta situación sin embargo las respuestas serían distintas. Así mientras que los partidarios del decisionismo entre los que destacaba con luz propia el constitucionalista y teórico político Carl Schmitt invocaban una superación total del racionalismo jurídico hasta que cesase el estado de emergencia² los representantes de la primera generación de la llamada

* Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹ Inaugurado con la Constitución de 1919 y que era una adaptación de las tesis liberales de Wilson y se orientó hacia la necesidad de construir un nuevo orden social tras la revolución de 1918. En este propósito se intentó configurar un sistema valorativo universal, pero a pesar de los intentos de Hugo Preuss (encargado de la redacción de la carta constitucional) que trató de hacer de la Constitución un simple plan orientador y de organización, primó el pensamiento del demócrata Friedrich Naumann quien decidió elaborar a profundidad estos valores universales. Esto haría bastante problemática la vigencia de tal intento dado el pluralismo político que en ese momento existía en Alemania y que ahora se veía impulsado por las ventajas que daba este desarrollo propuesto por Neumann. *Cfr.* Franz Neumann, *Behemot, pensamiento y acción en el nacional socialismo*, México, FCE, 1983, pp. 25-37.

² Entre sus obras principales traducidas al español podemos citar, *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza, 1994, *Teología política*, Buenos Aires, Struhart & Cía, 1985, *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza, 1991, *El Leviathán*

Escuela de Frankfurt o *Teoría crítica* en especial Otto Kirchheimer y Franz Neumann³ apuntaban más bien a la modificación del Estado de Derecho liberal para procurar superar las contradicciones y las desigualdades que venía produciendo y lograr así una democracia postcapitalista sustentada empero, aún por el Estado de Derecho y la razón legal.⁴

Típicamente, el Estado de Derecho y su formalismo legal se dirigían fundamentalmente a guiar la acción del gobierno, la política pública y las decisiones judiciales, reforzando así el auto gobierno de la comunidad y por supuesto la democracia. Así pues, vía la predictibilidad, regularidad, calculabilidad, publicidad, coherencia y claridad, la ley formal era capaz –al menos en teoría– de proveer la participación general en los asuntos de gobierno. Sin embargo, un hecho importante comenzaría a diezmar

en la teoría del estado de Thomas Hobbes, Buenos Aires, Struhart & Cia, 1990, *Interpretación europea de Donoso Cortés*, Madrid, Rialp, 1952, *La dictadura*, Madrid, Alianza, 1985, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, *El nomos de la tierra. El derecho de gentes del jus publicum europeo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

Es por demás conocido el interés por la obra de Carl Schmitt y para una referencia a las líneas centrales de su pensamiento se puede ver mi ensayo “Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional” en *Pensamiento Constitucional*, No. 3, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

³ De Kirchheimer se puede ver, entre otros trabajos, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1961; *Politik und Verfassung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1964; *Politics, Law and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer*, New York, Columbia University Press, 1969; *Punishment and Social Structure*, New York: Columbia University Press, 1939; *Social Democracy and the Rule of Law*, escrito con Franz Neumann, London: Allen y Unwin, 1987. De Franz Neumann, *Behemot: The Structure and Practice of National Socialism*, New York, Oxford University Press, 1944. Existe traducción al español de este libro por el Fondo de Cultura Económica, (1943). También, *The Democratic and Authoritarian State*, editado por Herbert Marcuse, New York, The Free Press, 1957; *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington: Berg, 1986.

Kirchheimer y Neumann estuvieron afiliados al neo-marxista instituto de investigación social en Frankfurt teniendo una relación más o menos cercana con Max Horkheimer, Herbert Marcuse y Theodor Adorno. Dicho Instituto se trasladaría más tarde a los Estados Unidos (New School of Social Research en New York) y sus ideas serían difundidas en las Universidades de Columbia y en la ya citada New School of Social Research. Ambos tuvieron participación dentro del Partido Socialdemócrata alemán (SPD) organizando seminarios y también apoyando al partido en cuanto a asesorías jurídicas en el área laboral.

⁴ William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception, the Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1997, p. 98. Es menester mencionar que para la elaboración de este ensayo usaremos ampliamente este monumental trabajo sobre el rol de estos pensadores al interior de la Escuela de Frankfurt, sin embargo, vale la pena mencionar también que no coincidiremos con las conclusiones del autor.

estos fines y tal evento empezaría a perfilarse justamente en el período de la República de Weimar.

Tal acontecimiento sería el nacimiento del Estado de Bienestar contemporáneo que trajo consigo una enorme expansión del aparato administrativo y esto abriría nuevos espacios en la relación público/privado lo cual contribuiría a socavar la ley formal y la calculable acción normativa estatal.⁵

Ciertamente, todas las instituciones de gobierno dentro del Estado de Bienestar han tenido y tienen enormes competencias y esto significa de facto discrecionalidad pues la naturaleza del Estado de Bienestar lo hace funcionar mediante mandatos particulares y concretos dejando fuera la universalidad o generalidad de las normas propias del modelo normativo formal.

Siguiendo los clásicos postulados de Max Weber, la acción estatal moderna se sustentaba en reglas generales convincentes o también llamadas leyes formales que ponían un marco de seguridad legal para los ciudadanos frente a la discrecionalidad del poder, pero como el mismo Weber señalaba, la irrupción de esta suerte de explosión democrática, que se manifestó en el Estado de Bienestar y su dinámica de exigencias y demandas sociales que requerían de la intervención continua de la administración produjo la llamada “deformalización” o “substanciación” del aparato político.⁶ Esto ponía en peligro la autonomía y la libertad individual que supuestamente garantizaba el modelo racional del gobierno de las leyes.

La influencia del pensamiento weberiano a este respecto será importante y así tanto en el caso de Carl Schmitt⁷ y por intermedio de éste a sus alumnos Kirchheimer y Neumann⁸, reconocerán las limitaciones del Estado de Derecho que podrían explicarse con más precisión por las siguientes razones: “a) la sobrecarga de la legislatura por las demandas para

⁵ William Scheuerman, *ibid.*, p. 3.

⁶ Benjamin Gregg, comentarios a: *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*, en *Political Theory*, Vol.26. No. 2 April 1998, pp. 237-244.

⁷ La influencia de Weber en la obra de Schmitt ha sido largamente reconocida, ver por ejemplo la introducción al texto *Law as Politics, Carl Schmitt's critique of Liberalism*, editado por David Dyzenhaus, Durham, Duke University Press, 1998; y también en el mismo libro el ensayo de Robert Howse, *From Legitimacy to Dictatorship – And Back again, Leo Strauss's Critique of the Anti-Liberalism of Carl Schmitt*. También recientemente, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism, against Politics as Technology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

⁸ William E. Scheuerman, *ibid.*, p. 5. Ambos fueron alumnos de Schmitt en la década de los treinta.

regularizar una compleja sociedad moderna, b) una restricción en la interpretación por parte de la administración de justicia que se da por la vaguedad de los enunciados generales y sus múltiples interpretaciones, y c) aisladas e impermeables élites privadas corporativas ejerciendo extensivas y pobremente definidas cuotas de poder público”.⁹ Esto hará precisamente que Otto Kirchheimer señale que “la ley contemporánea se halle entre la norma y la excepción” lo que hará que los asuntos públicos se discutirán como si fueran individuales o excepcionales¹⁰ y así el auge de la decisión vía la deformalización disminuirá las posibilidades del control democrático y convertirá a la administración pública en una nueva forma de dictadura.

Para contrarrestar estos demonios del decisionismo –encarnado como veremos en el modelo de la excepción de Carl Schmitt– los miembros de la Escuela de Frankfurt intentarán mantener la eficacia del Estado de Derecho siendo conscientes de que el desarrollo de las democracias de masas, así como el monopolio del capitalismo, deforman el orden legal del Estado de Derecho,¹¹ pero que pese a esto es imprescindible que toda sociedad democrática requiera de cierto grado de predictibilidad legal para alcanzar una deliberación no coercitiva. Todas estas dimensiones novedosas en el plano político actual no deben dejar de contar entonces con una sólida base legal que sustenten así la acción política .

Sin embargo, luego del análisis de ambas perspectivas trataremos de demostrar la poca viabilidad de la Teoría Crítica para poder manejar el problema de la excepción en medio de un mundo como el actual que ha radicalizado los problemas que han venido erosionando el Estado de Derecho desde los tiempos de Weimar, a pesar de la supuesta superación del Estado de Bienestar. Tales problemas van a manifestarse en constantes demandas de reivindicaciones particulares desde distintos grupos culturales, religiosos, o ideológicos¹² al tiempo que el capitalismo especulativo –ahora camuflado bajo el paraguas de la globalización– ha seguido su ex-

⁹ Benjamin Gregg, *ibid.*, p. 238.

¹⁰ William E. Scheuerman, *ibid.*, p. 294. Nota 7.

¹¹ De hecho, ambos se orientan hacia el individuo particular y por eso no pueden trabajar bajo la base una teoría general como la del Estado de Derecho. Las demandas particulares siempre aparecerán como excepciones a la regla. Ver Benjamin Gregg, *Ibid.*, p. 239.

¹² Al respecto véase nuestro ensayo: “Patriotismo de la Constitución: ¿Más de lo mismo?”, en *Pensamiento Constitucional*, No. 5, 1998.

pansión debilitando también las bases del derecho formal,¹³ como los mismos representantes de la Teoría Crítica así lo reconocían. Por último, no podremos dejar de destacar ciertos errores manejados por la propia Teoría Crítica con respecto a las supuestas certezas que produciría el modelo formal del Estado de Derecho, un ideal que evidentemente se origina con el dogma-tismo del pensamiento científico moderno.

En cuanto al significado de la excepción para Schmitt y el modo como intenta éste resolver el problema, pensamos primero que él acierta de gran manera al destacar las debilidades del modelo formal, más aún, su análisis en el contexto de Weimar es totalmente pertinente en el momento actual. Empero, con respecto a las críticas de las que él ha sido objeto trataremos de defender una posición particular con respecto a su obra y ésta tiene relación con su decisionismo jurídico que será considerado no como un fin en sí mismo (como lo plantean sus críticos que lo han comprendido equivocadamente), sino un medio para restaurar el orden y el balance adecuado entre la excepción y la regla, perdido precisamente por el andar de un extremo hacia el otro siendo éste al final el trascendental aporte del decisionismo jurídico schmittiano.

2. La naturaleza teológica de la excepción y la regla en el pensamiento Schmittiano

Quizá, el primer interés que mostró Carl Schmitt en el campo de la teoría política fue hacia los teóricos llamados decisionistas o realistas y entre ellos los autores más relevantes fueron sin duda Maquiavelo, Hobbes y Donoso Cortés. Todos ellos tenían un factor en común, a saber, una pesimista apreciación de la naturaleza humana que consideraba que ningún hombre podría comportarse de modo solidario a menos que existiesen incentivos para él o en su defectouviésemos que recurrir a la coerción para obligarlos a comportarse como tendrían que hacerlo.

También, tales autores resultaban interesantes en la medida en que introducían un elemento determinante en el debate político y jurídico y que tenía que ver con la relatividad que acompañaba a cualquier definición de verdad dentro de un orden imperfecto y mutable que según las tendencias

¹³ Esto se demuestra también en el auge del análisis económico del derecho, ver nuestro artículo, "¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del derecho?", en *Themis*, Lima, N°. 37, 1998.

teológicas de un Hobbes o un Donoso se podían deber a los efectos devastadores del pecado original y la caída de la naturaleza humana todo lo que hacía frágil cualquier fundamento de certeza.

En este sentido, Schmitt sólo continuará con esta tendencia, misma que se apreciará por ejemplo en su famosa definición del concepto de lo político “la distinción entre amigos y enemigos”¹⁴ y donde este enemigo tiene, o mejor dicho, asume dimensiones metafísicas en la medida que la propia guerra (el contexto de la relación amigo / enemigo) está basada en oposiciones metafísicas y la metafísica es inevitable.¹⁵ “Carl Schmitt encierra el centro de su pensamiento en la oscuridad porque el centro de su pensamiento es la fe. El centro es la fe en Dios convertido en hombre en un evento histórico de una magnitud infinita y única”¹⁶ y, por lo tanto, dentro de este esquema de aceptación de la revelación y la fe, el enemigo adoptará características trascendentales ya que su existencia garantizará la seriedad de la vida y “pobre de aquél que no tenga enemigos pues el mismo Dios será su enemigo en el Juicio Final”.¹⁷

Desde esta perspectiva que asume Schmitt y que se sustenta en la fe en la revelación, se entiende entonces que el hombre sea por naturaleza malo porque él mismo se ha liberado de la tutela divina y esto implica desdeñar la soberanía divina. El pecado original se da entonces porque el hombre decide vivir por su cuenta usando su razón independientemente, es decir, desobedecer.¹⁸ Al hacer esto estará obviando los mandamientos de Dios y la propia revelación pues como decía Schmitt –siguiendo las máximas esgrimidas por el jurista y teólogo Tertuliano–, nosotros estamos obligados a algo no porque sea bueno sino porque Dios lo ordena.¹⁹

¹⁴ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, *ibid.*

¹⁵ Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss, the hidden dialogue*, Chicago, Chicago University Press, 1995, p. 62.

¹⁶ *Ibid.*, p. 68.

¹⁷ Carl Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, (Colonia, 1950) p.90. Citado por Heinrich Meier, *Ibid.*, p. 71.

¹⁸ Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt Four Chapters on the Distinction between Political Theology and Political Philosophy*, (Chicago: Chicago University Press, 1998) pp.84-85.

¹⁹ *Ibid.*, p. 92. Esta es la naturaleza de la llamada teología política que surge de alguna manera por la existencia de un quiebre en la naturaleza que elimina o reduce las posibilidades de la razón. En este sentido, esta posición que desarrolla Schmitt es fruto natural de un estado de necesidad que se ha generado precisamente por desobedecer la ley de Dios y la consecuencia más clara de asumir este esquema es que debemos contar siempre con la presencia de la Voluntad en medio de la naturaleza y, por ende, si asumimos que existen en el orden de la naturaleza leyes que la regulan, la voluntad –que está al margen de las leyes– podrá romper el orden natural de tales leyes y será

Así pues, la figura de Dios –y *mutatis mutandis* la del soberano y la del juez²⁰– estará dotado de omnipotencia ya que ninguna ley lo podrá obligar ni nada podrá ir contra su voluntad la cual evidentemente podrá ejercer en cualquier momento llamando a esta intervención como una excepción a la regla.²¹ Por consiguiente, “lo que caracteriza a una excepción es principalmente su ilimitada autoridad, que significa la suspensión de todo el orden existente.”²²

Dentro de todo orden legal el concepto de la excepción estará asociado con el concepto de lo político y así como Dios es un actor permanente en la vida humana del mismo modo el soberano y la política vivirán también siempre al lado de lo legal:

La excepción aparece en su forma absoluta en una situación en la que las prescripciones legales que pueden ser válidas se manifiestan. Cada norma general demanda una estructura normal de vida para que pueda ésta aplicarse. La norma requiere un medio homogéneo. Esta efectiva situación normal no es una mera ‘presuposición superficial’ que un jurista puede prescindir; esta situación pertenece a lo inmanente.²³

Esta es la base del decisionismo schmittiano que deriva su significado de su polémica con el puro normativismo de Hans Kelsen, “Schmitt argüirá que la norma en si misma es insuficiente y sólo deviene en actual por una decisión y una interpretación. La decisión no es sólo una pura emanación y aplicación de la norma, sino contiene su propia función específica. Como tal la validez jurídica de una decisión no depende en una manera absoluta sobre la corrección normativa de la decisión. Hay falsas decisiones que a pesar de su falsedad, devienen jurídicamente válidas.”²⁴

Este decisionismo estaría relacionado fundamentalmente con la capacidad de un soberano para mantener la paz y el orden en medio de un es-

vista como una excepción a la regla. En otras palabras y como veremos más adelante, el problema de la excepción el orden legal –y el que fuere– siempre tendrá orígenes teológicos.

²⁰ John McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism, against Politics as Technology*, *ibid.*, p. 212.

²¹ “Soberano es aquel que decide la excepción” *Cfr.* Carl Schmitt, *Political Theology*, Cambridge, Mass., The MIT press, 1988, p. 5 .

²² Carl Schmitt, *ibid.*, p. 12.

²³ *Ibid.*, p. 13.

²⁴ George Schwab, *The Challenge of the Exception, an Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 y 1936*: (Wesport, Connecticut: Greenwood Press, 1989) p. 45.

pacio caótico²⁵, pues como decía Schmitt, no existía norma aplicable al caos.²⁶ Esto era sin dudas un desafío al positivismo kelseniano quien consideraba que el derecho era en esencia un sistema de normas,²⁷ pero de acuerdo a Schmitt cada norma presuponia una situación normal donde esta norma devenía inútil en una situación en la que ya no existe normalidad, por ende se podía colegir que el orden legal no descansaba en una norma sino en una decisión.²⁸

De hecho, la excepción no podía incluirse en la norma ni ser codificada previamente en una ley a pesar de que se refiriera a algo concreto como un caso de extremo peligro, de allí que fuese la excepción la que hiciese relevante la figura del soberano (para precisar con detalle cuando nos encontrábamos en este estado) y que, además, el propio concepto de soberanía existiese mientras la figura de la excepción perdurase.²⁹

Esta posición decisionista se debía fundamentalmente al talante teológico de las tesis schmittianas y el rol que jugaba Dios como soberano del mundo y su acción directa y constante sobre su creación. El mundo no podía convertirse en una máquina perfecta que marchaba por su cuenta y se autoregulaba³⁰ lo cual ciertamente perfilaba la figura de un Dios despreocupado de su creación, sino que requería constantemente de su presencia ora a través del milagro en el plano propiamente teológico, ora por la excepción en el plano político o en el plano legal. Tal excepción era así mismo fundamental para confirmar la existencia de la regla pues: “la excepción es más importante que la regla, ya que la regla no prueba nada y la excepción lo prueba todo: no sólo confirma la regla sino también su existencia, que deriva sólo de la excepción. En la excepción el poder de la vida real irrumpe tras la corteza de un mecanismo que ha devenido entorpecido por su repetición”.³¹

Este decisionismo político o judicial por cierto no tenía nada que ver con el decisionismo que estaba presente en las Monarquías absolutistas

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Carl Schmitt, *Political Theology*, *ibid.*, p. 13.

²⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUBA, 1960.

²⁸ Carl Schmitt, *ibid.*, p. 10.

²⁹ Carl Schmitt, *ibid.*, pp. 6-7.

³⁰ Como lo pensaban los deístas y los racionalistas del siglo XVIII cuyos herederos ahora los tenemos como defensores del mercado y la globalización y que defienden este orden espontáneo que trae armonía y felicidad y que recusa cualquier forma de decisionismo.

³¹ Carl Schmitt, *ibid.*, p. 15.

sino que era simplemente la realidad legal que significaba que las normas debían de ser expresadas y ejecutadas. Precisamente este elemento personal del derecho era el que quedaba soslayado dentro de las perspectivas positivistas que habían considerado que la jurisprudencia no tenía nada que ver ni con la política, ni tampoco con la sociología.³²

Por eso, el mismo Schmitt se sorprendía de que el positivismo actuara de esa manera teniendo en cuenta que estaba negando su propia naturaleza³³, es decir, estaba rechazando los “hechos” y la realidad, ya que en este caso “el hecho es que siempre e inevitablemente, existirá un acontecimiento inevitable e impredecible para el cual no existirá ningún plan: la excepción no puede ser circunscrita fácticamente y ni se puede hacerla coincidir con una norma previa... de hecho, reta una codificación general.”³⁴

Ahora bien, el hecho de que Schmitt consideraba como sumamente relevante a la realidad convertía paradójicamente a su tesis en mucho más racional que la propuesta positivista; esto en el sentido de que Schmitt si bien le asignaba un rol preponderante a la excepción dentro de su propuesta, tampoco quería prescindir de la regla y de encontrar de algún modo resultados científicos,³⁵ en otras palabras, Schmitt reconocía que un sistema basado exclusivamente en mandatos concretos debía de contar con ciertas reglas generales (razón) que se manifestaran en tiempos de paz pero lamentablemente el proyecto de la ilustración había eliminado de raíz todo aquello que pudiese ser imprevisible y al hacer esto había creado un falso escenario en el cual supuestamente ya se había abolido lo excepcional (mandato) y se restauraba el reino de la felicidad y el progreso.³⁶ Los he-

³² John McCormick, *ibid.*, pp. 214-215.

³³ El positivismo como método científico se genera con las corrientes filosóficas empiristas y por lo tanto considera como verdadero aquello que puede ser constatado por nuestros sentidos, es decir, que sólo se puede tener certezas sobre hechos mas no por ejemplo sobre valores que no pueden ser corroborados de manera fáctica u objetiva.

³⁴ John McCormick, *ibid.*, 224.

³⁵ *Ibid.* Para Schmitt entre la regla y el hecho concreto había una brecha que era mediada por la decisión del juez. *Ibid.*, p. 209.

³⁶ Evidentemente esta perspectiva schmittiana la hereda de las concepciones críticas a la racionalidad moderna que alimenta el pensamiento de la Revolución Conservadora en Weimar (ver de Armin Mohler, *Die Konservative Revolution in Deutschland, 1918-1932*, Darmstadt, 1972) y que también tendrá gran influencia como veremos en la Teoría Crítica. *Cfr.*, al respecto de Max Horkheimer y Theodor W. Adorno, *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1994. Como veremos en la segunda parte de este ensayo Max Weber será influenciado por la crítica a la racionalidad instrumental de la Revolución Conservadora y ésta a su vez repercutirá en Schmitt, Neumann, y Kirchheimer.

chos futuros le darían la razón a Schmitt y su inquietud por reivindicar el elemento teológico de la política y el derecho.

3. Los fundamentos sociopolíticos de la excepción Weberiana.

Como habíamos adelantado uno de los primeros en abrir la crítica al formalismo fue el sociólogo alemán Max Weber quien había empezado a desarrollarla gracias a un pormenorizada descripción del mundo moderno, el mismo que se caracterizaba precisamente por la sistematización legal:

Un derecho puede ser ‘racional’ en muy diversos sentidos, de acuerdo con las diferentes direcciones de racionalización seguidas por el desenvolvimiento del pensamiento jurídico. Primeramente, en el sentido del proceso mental más simple en apariencia: *la generalización*, que en este caso significa reducción de las razones determinantes de la solución del caso especial a uno o varios ‘principios’, los ‘preceptos jurídicos’ (...) De acuerdo con nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto en principio, de lagunas, exigencias que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles pueden ser subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, éste carecería de su garantía esencial (...) un derecho es ‘formal’ cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, ‘unívocas’, de los hechos.³⁷

El formalismo jurídico entonces en base a las generalizaciones de las reglas abstractas absorbería a los hechos concretos y esto permitía al sistema legal moderno funcionar como una máquina racional³⁸ y de hecho, tal sería su principal característica que lo distinguiría de sistemas legales arcaicos como los que acompañaban a la denominada Justicia de Cádiz³⁹

³⁷ Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, FCE., 1964, pp. 510-511.

³⁸ John McCormick, *ibid.*, p. 208.

³⁹ Max Weber, *ibid.*, p. 732. “Este tipo de procedimientos tiene sus antecedentes directos en los procesos judiciales, donde las partes en conflicto se someten al juicio de una autoridad tradicional, que sustenta su fallo en los principios de la tradición o en preceptos religiosos o en su propio entendimiento (“Justicia de Cádiz”). Sin embargo, una de las peculiaridades de los procedimientos

que no obtenía resultados en función a juicios lógicos sino con base en tradiciones arcaicas, ritos, etc. Esto nos llevaba entonces a plantear un modelo de validez que se derivaba de los normas abstractas que estaban vaciadas de contenido y de allí podíamos derivar en un modelo de “tecnología legal” en el cual la validez se daba porque las proposiciones eran semánticamente lógicas mientras que se presumía que tales normas serían obedecidas por las personas.⁴⁰

Una vez presentadas las características del derecho moderno, Weber se lanzaba a describir lo que tipificaba al occidente moderno y esto era la racionalidad instrumental y el progreso. Empero, si bien “Weber reconoce que existen progresos, entendidos como un perfeccionamiento del aspecto técnico, en diversos campos de la práctica social. Sin embargo, esto no implica que la humanidad avance hacia una situación de armonía y reciprocidad universales. Por el contrario, Weber destaca que el desarrollo técnico presupone que los riesgos a los que se enfrentan los hombres son mayores. Conforme la técnica avanza, no solo crece la posibilidad de superar problemas sociales tradicionales, también aumenta la capacidad de dominación y destrucción de los hombres”.⁴¹ En este sentido, la Teoría Crítica asumiría también esta posición bastante pesimista frente a lo conseguido por la modernidad y su razón calculadora debido a que ésta objetivaba todo y al hacer esto construía relaciones de dominación entre el sujeto que tenía el poder de objetivar y el objeto que sufría la dominación de quien lo había sometido a ese estado.⁴²

Este talante negativo del proceso de modernización que describía Weber aparecía nítidamente en el conocido texto, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*⁴³ en donde la reforma protestante revelaba lo que a sus ojos era el excesivo formalismo del catolicismo que exageraba en

que se desarrollan junto al Estado moderno es que el tribunal basa sus juicios en un sistema de normas jurídicas generales. Las decisiones jurídicas aparecen como la ‘aplicación’ de un precepto general a un hecho particular; para ellos se requiere de una sistematización del derecho”. Cfr. Enrique Serrano Gómez, *Legitimización y racionalización, Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Barcelona, Anthropos, 1994, p. 57. Para un desarrollo de la sociología del derecho y sus implicancias para la filosofía del derecho y la teoría política, ver Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge, 1985.

⁴⁰ John McCormick, *ibid.*, p. 209.

⁴¹ Enrique Serrano Gómez, *Legitimización y racionalización, Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado, ibid.*, p. 66.

⁴² Max Horkheimer y Theodor Adorno, *Dialéctica de la Ilustración, ibid.*, p. 131.

⁴³ Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Orbis, 1985.

los ritos y dogmas extrasubjetivos, reivindicando más bien el criterio interno, mismo que paradójicamente estructurara una sociedad formalista y totalitaria que estará configurada por el capitalismo, la ciencia, la técnica y por supuesto la burocracia.⁴⁴

“La más dinámica concepción del cristiano dentro del protestantismo como una ‘herramienta’ de la voluntad divina suplanta la estática concepción católica de los cristianos como meros recipientes de la gracia divina”⁴⁵. Esto llevará también al protestantismo a una actividad frenética para confirmar materialmente su salvación la que podrá percibirse en la acumulación de riqueza como signo inequívoco de la predestinación. Lo que va a acontecer entonces es que se va a dar un rechazo de todo aquello que pueda estar vinculado a la metafísica y “supersticiones” católicas y esto no hará sino consolidar un modelo ascético que estará más bien destinado a legitimar un orden técnico, que será explicado también en términos empíricos.⁴⁶

Tal orden técnico afirmará entonces un sistema altamente racionalizado que Weber definirá como moderno,⁴⁷ el mismo que iniciado con la reforma protestante llegará a desarrollar toda su capacidad durante la ilustración que culminará así este “desencantamiento del mundo”⁴⁸—que será precisamente esta objetivación del mundo y la naturaleza— y que también será asumida por la propia escuela de Frankfurt.⁴⁹ La técnica y la razón formal estarán detrás del Estado moderno. Esto será apoyado por el desarrollo del capitalismo, aunque al prescindir de la racionalidad material (aquella que trabaja en base a valores colectivos y que de alguna manera sería el elemento de incertidumbre o de excepcionalidad) sería algo altamente peligroso—inclusive contrario al propio desarrollo económico⁵⁰— en

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ John McCormick, *ibid.*, p. 38.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁷ Max Weber, Introducción a sus *Ensayos sobre la Sociología de la Religión*, Vol. I, Madrid, 1973.

⁴⁸ Producido por la racionalidad formal que es la razón que acomoda los medios a los fines que el sujeto libremente elija. Cfr. Max Weber, *Economía y Sociedad*, *ibid.*

⁴⁹ Max Horkheimer y Theodor Adorno, *ibid.*, p. 59.

⁵⁰ Max Weber señalaba que el sistema capitalista requería de la racionalidad formal y también material para mantener el desarrollo económico, y que una racionalidad material pura no podría hacer avanzar la economía, sin embargo, Franz Neumann, en *Behemot, Pensamiento y Acción en el Nacional-Socialismo*, procura demostrar que no sería imposible, como lo aseguraba Weber, el desarrollo capitalista en medio de un sistema legal que solo, fuese racional material y sustentaría tal afirmación en la supuesta relación entre el capitalismo y el nacional-socialismo en Alemania que representaría, según Neumann, un modelo completamente alejado de la racionalidad formal.

la medida en que el Estado formal requerirá de una legitimación que no podrá venir de la formalidad (validez formal abstracta), sino que tendrá que provenir desde los valores reales de las personas.⁵¹ Es decir, tendrá que alejarse en cierto modo del sustento racional pues ello nos conduciría de regreso al poder y la dominación (como se ve en el caso de la administración y la burocracia) trascendidos, a su vez, por el proyecto ilustrado de la modernidad⁵². Empero, esto no significaría para Weber que entonces sería dable retornar a criterios racionales tradicionales o materiales pues la realidad no permitiría legitimar tales sistemas lo que hará que finalmente Max Weber situó su empeño teórico en un punto intermedio entre la Excepción (donde se introducirá la legitimidad) y la Regla (razón formal) que se conseguiría con la aparición del líder carismático y su capacidad de decisión.

4. La respuesta de la teoría crítica y los intentos por superar el problema de la excepción

Si hay algo relevante en los aportes de la primera oleada de la Escuela de Frankfurt esto son sus argumentos en favor de que el capitalismo excesivo podría ser frenado por el Estado de Derecho y esto serviría también para defender de cierto modo al Estado de Bienestar vía lo que podría llamarse un Estado Social de Derecho⁵³. Tal Estado estaría destinado como

⁵¹ Aquí es donde se incluye el tipo de legitimidad carismática que se sustenta en la figura del líder que puede aglutinar a todas las voluntades individuales y de este modo evitar la dominación burocrática que estaría acechando tras este proceso de racionalización formal. *Cfr.*, Enrique Serrano Gómez, *ibid.*, pp.87-88. Recientemente se ha mencionado que esta respuesta del líder carismático que propone Weber fue asumida también por Schmitt y eso significó de algún modo una variante entre su tesis de *La dictadura* y la tesis que sostiene en *Teología política*. Ver de John McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship, Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", en *Law as Politics, Carl Schmitt's Critique of Liberalism, ibid.*, p. 225.

⁵² Lo que significa *au fond* esta crítica es que la legalidad formal no puede eliminar las sombras del poder y la dominación pues la razón que lo crea finalmente se encuentra también dentro de la historia y no en una esfera trascendente, que justificaría la existencia de normas universales.

"La teoría weberiana de la racionalización trata, precisamente, de demostrar que la razón no es una instancia ajena al devenir histórico, sino una entidad inmersa en éste, que adquiere una pluralidad de contenidos en los distintos contextos sociales, culturales e históricos. Por tanto, la legitimidad de la legalidad reside en el consenso sobre la validez del contenido de esta última; pero, ya que dicho contenido es variable, el único criterio racional que nos permite sustentar la crítica racional a las diversas creencias en la legitimidad ("fe en la legalidad") es la propia noción de consenso y los procedimientos ligados a ella". Enrique Serrano Gómez, *ibid.*, p. 110.

⁵³ Franz Neumann, *Behemoth, Pensamiento y Acción en el Nacional Socialismo, ibid.*, p. 66.

mencionaba por ejemplo Neumann a buscar una positiva igualdad social y económica que sería esencial a toda democracia y en este sentido tal Estado estaría destinado a una fusión entre los derechos clásicos con el socialismo reformista⁵⁴. Esto significaba entonces que tanto Kirchheimer como Neumann buscaban ir más allá de la supuesta (o no tan supuesta) contradicción entre la legislación social y la ley formal⁵⁵ a fin de establecer un orden político que fuese capaz de respetar a los seres humanos como fines en sí mismos.

Sin embargo, tanto Neumann como Kirchheimer van a entender la importancia que tiene la excepción y el proceso de “deformalización” que ésta ha generado dentro del ordenamiento legal moderno, pero al mismo tiempo también serán conscientes de los peligros que estarían detrás de la pura excepción y que no serían otros que las facultades discrecionales que se estarían entregando al magistrado o soberano según fuese el caso. Así pues, Neumann en su conocido trabajo sobre el Nacional-Socialismo resaltaba las relaciones de este movimiento ideológico con la excepción pura y más claramente con quien para él era el principal artífice del decisionismo jurídico, Carl Schmitt:

El decisionismo se basa en una doctrina de la naturaleza de la política, extraña aunque extraordinariamente atractiva, y se parece mucho al sindicalismo revolucionario de Georges Sorel. La política afirmaba Schmitt, es la relación existente entre amigo y enemigo es alguien a quien hay que acabar por exterminar físicamente. En este sentido toda relación humana puede convertirse en política ya que todo adversario puede convertirse en enemigo susceptible de exterminación física.⁵⁶

La tesis schmittiana prescindía según Neumann de cualquier fórmula dialogante o deliberativa y de hecho reconocía así que la voluntad democrática era siempre dialogante. “Una comunidad genuinamente democrá-

⁵⁴ William E Scheuerman, *Between the Norma and the Exception*, *ibid.*, pp. 58-59.

⁵⁵ Esto podría ser el caso por ejemplo de la legislación social del *New Deal* que combatió la depresión económica en los Estados Unidos.

⁵⁶ Franz Neumann, *ibid.*, p. 65. Ciertamente hay que comprender que Neumann al escribir esto defiende una posición política y Schmitt se encuentra precisamente en la orilla opuesta, en este sentido se entiende que Neumann exagere y distorsione el significado del concepto de lo político de Schmitt mismo que no se basa en el aniquilamiento sino en la disuasión o neutralización del enemigo, esto en tanto se trata de un enemigo público (*hostis*) y no privado (*inimicus*)

tica descansa obviamente sobre elecciones o decisiones, pero en contraste al existencialismo normativo schmittiano, el ideal normativo democrático está basado en una acción reflexiva y auto restringida”.⁵⁷

La crítica de la primera generación de la Escuela de Frankfurt al pensamiento schmittiano radicaba en que él –y de alguna manera Weber también– había rechazado categóricamente al derecho formal para dar espacio a un soberano o legislador decisionista y esto podía significar una renuncia a los conceptos de igualdad y neutralidad que había alimentado al pensamiento ilustrado y al Estado de Derecho.⁵⁸ Sin embargo, como habíamos mencionado, tanto Neumann como Kirchheimer consideraban que era factible salvar al Estado de Derecho (y su neutralidad y predictibilidad) sin eliminar tampoco al Estado de Bienestar (asociado a la igualdad pero también al decisionismo que mencionaba Schmitt) y los beneficios que éste podía producir para la comunidad y la democracia.

Si el derecho formal había nacido para asegurar la igualdad real de las personas y esta igualdad comenzaba a ser socavada por el avance del capitalismo⁵⁹ y las crecientes injusticias que éste producía, entonces era inevitable la aparición del Estado de Bienestar si es que queríamos seguir aspirando a la igualdad. Tal Estado de Bienestar, empero como ya lo habían anunciado Weber y Schmitt tenía que estar del lado de lo excepcional y discrecional y esto rompía el esquema formal. Parecía entonces que se llegaba a una paradoja en la que la naturaleza del derecho formal se deshacía (deformalizaba) con la arbitrariedad de las políticas públicas pero al mismo tiempo el derecho formal asociado al capitalismo y la burocracia

⁵⁷ William E. Schuerman, *ibid.*, p. 204.

⁵⁸ Ciertamente, no solo Schmitt y Weber vieron con temor los peligros de la deformalización del derecho (y por eso invocaron respuestas decisionistas) sino también teóricos como el mismo Friedrich Hayek quien pensaba que los resultados de la deformalización eran peligrosos pero peor eran las soluciones que se planteaban y por eso rechazaba de plano cualquier intento por establecer un Estado de Bienestar –que era como él decía el camino a la servidumbre– el creía más bien que estas contradicciones se resolverían a través de la utopía del mercado. *Cfr.* Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, London, Routledge and Kegan, 1976; *Law, Legislation and Liberty*, vols. 1-3 London, Routledge and Kegan, 1973; *The Road to Selfdom*, London, Routledge and Kegan, 1976.

⁵⁹ Como lo mencionaba Max Weber el derecho formal nacerá de la oposición al legalismo particular que podía estar representado, por ejemplo, por los estamentos medievales y en ese sentido estará asociado al capitalismo burgués orientado hacia el mercado y la estructuración de la burocracia administrativa. *Cfr.*, al respecto de David Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, y Sally Ewing, “Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber Sociology of Law”, en *Law and Society Review*, Vol. 2, No. 3, 1987.

cia neutral desnaturalizaba los fines del Estado de Derecho, en especial el del principio de la igualdad, esto en la medida en que ni los oficiales ni los burócratas eran elegidos públicamente ni podían ser materia de emplazamiento para que justificaran sus decisiones.⁶⁰

Pero la Escuela de Teoría Crítica no estaba de acuerdo en pensar que siempre que se hablaba del Estado de Bienestar y las políticas sociales tenían que asociárselas con la creación constante de normas personalizadas y con grandes burocracias. Un Estado de Bienestar podría estar entonces basado en reglas transparentes y en normas legales formales y calculables y esta tendencia empezaba a ser compartida inclusive por distintos teóricos no necesariamente provenientes de la cantera de la Teoría Crítica.⁶¹

Se podría decir, por ejemplo, que una ley que dijera que cada ciudadano debería de recibir cada fin de mes determinada cantidad de dinero poseería más coherencia que una norma que dijese que el Presidente tiene la facultad de intervenir para regular los precios y los salarios y que tal potestad podría ser derivada a cualquier agencia u organismo de gobierno.⁶² Así pues, en este nuevo universo político, habría soluciones no sólo para los inconvenientes del Estado de Bienestar, sino también para los problemas que causaría la administración pública que no debería llevarnos a un orden que multiplica las demandas legales y que posee también un conjunto de expertos destinados a solucionar tales exigencias sino más bien como diría Kirchheimer, habría que revitalizar el gobierno de la ley por intermedio de una base participatoria popular y que al mismo tiempo sirviese para legitimar el propio Estado de Bienestar.⁶³

La propuesta de Neumann y Kirchheimer se concentraba entonces en la formación de un Estado Social de Derecho, y como vimos, ellos podrían estar pensando en un tipo de modelo que en base a normas generales pudiese llevar a cabo determinadas políticas sociales sin que se tratasen tampoco de reglas demasiado generales que hiciesen entonces inútiles a estas normas o dejasen distintas áreas sociales y económicas desreguladas contribuyendo así al fracaso de las políticas sociales. No había pues necesidad de renunciar al Estado de Derecho para habilitar un Estado de

⁶⁰ Benjamin Gregg, comentarios a *Between the Norm and the Exception*, *Ibid.*, p. 238.

⁶¹ William E. Scheuerman, *ibid.*, p. 213. Por ejemplo un programa de políticas sociales basado en reglas generales que garanticen digamos un ingreso mínimo podía minar las fuerzas de la burocracia y su discrecionalidad.

⁶² *Ibid.*, p. 214.

⁶³ *Ibid.*, p. 222.

Bienestar ya que “si los servicios sociales podían producirse para satisfacer el consumo de la masa, los procedimientos legales que los acompañarían también podrían ser producidos”.⁶⁴

Detrás de este intento para superar el problema planteado al legalismo formal por la democracia de masas y el capitalismo, quedaba sin embargo flotando en el ambiente, un sabor extraño, a saber, la supuesta perfección del derecho formal y su capacidad por resolver conflictos y constituir así una sociedad bien ordenada. La Teoría Crítica en este punto era fiel a la tradición ilustrada y consideraba que las reglas formales no requerían de mayores aspavientos ni cavilaciones para demostrar su eficacia *per se*. Es decir, que sólo se necesitarían reglas determinadas para sortear todos los problemas planteados –léase conflictos– y así los jueces tendrían ante ellos reglas claras, sin ambigüedades, y fácilmente interpretables. Definitivamente, la Teoría Crítica estaba segura de que la vaguedad nos llevaba al despotismo: “El derecho es el lenguaje del poder estatal, y si el uso de este lenguaje es confuso o poco claro, lo más probable es que sea utilizado por cuerpos subordinados o cuasi públicos del Estado (administradores, jueces, unidades corporativas dominadas por momentos por grupos privados bien organizados).”⁶⁵

Pero, ¿qué tan cierta podía ser esta afirmación que señalaba que el derecho formal impedía la indeterminación legal? En realidad, la idea de la superación de la excepción por parte del Estado de Derecho era ciertamente un resabio del pensamiento moderno y más específicamente de la ciencia jurídica ya que es sabido que el propio Hans Kelsen había dejado de lado la soberanía (el elemento de excepcionalidad) dentro de lo que significaba el derecho como sistema normativo.⁶⁶

Más, aún lo que resultaba verdadero también era el hecho de que la indeterminación existía en cualquier sistema legal⁶⁷ y esto podía verse a través de tres ejemplo concretos:

Normalmente surgen casos para los cuales no existen reglas precisas ni tampoco existen precedentes para su solución, el juez aquí no tendrá

⁶⁴ Otto Kirchheimer, “The Rechtsstaat as Magic Wall”, en *The Critical Spirit: Essays in Honor of Herbert Marcuse*, editado por Barrington Moore, Boston, Beacon, 1967, p. 435.

⁶⁵ William E. Scheuerman, *ibid.*, p. 144.

⁶⁶ Carl Schmitt, *Political Theology*, *ibid.*, pp. 14 y 18.

⁶⁷ Esta reflexión la he tomado del comentario de texto de Benjamin Gregg al libro de William Scheuerman, *ibid.*, p. 240.

ninguna alternativa más que la discrecionalidad⁶⁸ a pesar de que se pueda decir que él podría recurrir a la analogía o la lógica pero esto en todo caso no garantiza la validez de la resolución.⁶⁹

Se pueden detectar formas de inconsistencia en los sistemas legales sustentados en principios. Es decir, que podría haber una colisión entre los principios y esto solo podría resolverse con una Metateoría que, sin embargo, estaría establecida sobre la base de un principio indeterminado.

Las normas pueden tener diversos propósitos y si tenemos una situación empírica nueva para la cual la norma podría servir, también entonces podemos sembrar una indeterminación en caso de que los propósitos sean contradictorios.

Evidentemente estos son sólo algunos de los muchos puntos que podrían mencionarse en relación a la indeterminación del derecho formal y de hecho dentro de la filosofía del derecho y la sociología del derecho contemporáneos ya nadie puede sostener que el derecho formal constituye un conjunto de reglas sólidas y definidas. En este sentido, parecería un exceso el sugerir que las reglas formales estarán en una posición de superioridad frente al decisionismo que por lo menos reconoce que no es neutral y que adicionalmente tendría la ventaja de que no lleva sobre sus ojos la “Venta” que sí porta el derecho formal para poder actuar de manera impersonal y abolir así la arbitrariedad.

Sabemos, sin embargo, que esa venta no representa otra cosa que el estado de abstracción y generalidad sobre el que descansa el derecho formal y que no es capaz de tomar en serio a las personas y sus valores. La Teoría Crítica en un primer momento reconoció la importancia de las personas y sus valores (lo indeterminado, esto es, lo excepcional) y buscó responder a ellas pero a través de la venta del Estado de Derecho, al hacer esto, pensaron poder mantener a las instituciones del Estado de Derecho Distribuidor con todos sus personajes, como los burócratas, los jueces, etc., etc., pero controlados por la ley formal. Empero, siempre quedaba flotando en el ambiente la idea que un Estado Social de Derecho

⁶⁸ Quien sostiene de cierto modo la existencia de estas zonas de penumbra y de alguna manera reivindica la capacidad discrecional de los magistrados es H.L.A Hart en *El concepto del derecho* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, dicha tesis va a ser refutada por Ronald Dworkin en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

⁶⁹ Un reciente trabajo que intenta recuperar el valor de la analogía es el texto de Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

no podía funcionar con una venda en los ojos pues en el mismo ejemplo citado en el que bastaba una sola norma general que determinase un ingreso mínimo, no podía satisfacer la realidad política plagada de individuos distintos y con necesidades también variadas. Dándose el caso, por ejemplo, de que no se hiciesen distinciones entre el jubilado enfermo, el policía en actividad o el empleado soltero que podía recibir inclusive hasta compensaciones por gastos de escolaridad. Todos estos casos deberían ser tomados de manera separada y eso implicaba un acto de voluntad (decisión) desprovista de cualquier venda que ocultase tal realidad y que produjese resultados injustos. En otras palabras, quedaba sembrada la duda en torno a la posibilidad de crear un Estado de Bienestar dependiente de las reglas formales.

Finalmente, pensamos entonces que el modelo de Schmitt (aquel que prescindiría de la venda) estaría en mejores condiciones de superar los problemas contemporáneos que cada vez más demuestran encontrarse en un contexto excepcional y explosivo, en tal situación lo más recomendable sería resolver de manera concreta y particular.⁷⁰ Si la regla formal se ha excedido “comiéndose” literalmente a la excepción, entonces el decisionismo jurídico deberá restablecer el equilibrio entra la excepción y la regla.

⁷⁰ Inclusive un filósofo del derecho liberal como Cass Sunstein sostiene que ya es hora de que el derecho abandone las abstracciones y se dedique a resolver sobre casos concretos, reconociendo así que los magistrados no pueden actuar como filósofos, *ibid.*, p. 4.