

Presentación

El Área de Derecho Público –ADP– y el grupo de investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, bajo la dirección de Mario Montoya Brand, entregan a la comunidad académica el Boletín del Área de Derecho Público número 3, que, continuando con el propósito de destacar la vigencia y pertinencia del pensamiento de los autores clásicos del derecho y la política, reseña en esta ocasión, en su sección temática, parte de la obra de Carl Schmitt, después de haberlo hecho, en sus números anteriores, a propósito de la de Hans Kelsen y Michel Foucault.

El Boletín se compone de cuatro secciones:

- **Temática**, en este número referida a las reflexiones de Carl Schmitt sobre el derecho y la política, elaborada por el profesor Mario Montoya Brand y la estudiante Nataly Montoya Restrepo.
- **Entrevista**, que reproduce un fragmento del texto “Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso”, de Carl Schmitt, traducido por E. Tierno Galván, y publicado en 1954 en la Revista de Estudios Políticos número 78.
- **Investigación**, que contiene una síntesis de las consideraciones hechas por la Corte Constitucional acerca de los maestros amenazados con ocasión del conflicto armado colombiano, desarrollada por María Adelaida Vélez Posada en su monografía de grado para obtener el título de abogada de la Universidad EAFIT.
- **Comentarios y Reseñas**, en esta ocasión hecha por el profesor David Suárez Tamayo, y que contiene dos reseñas: una de la Ley 1341 del 30 de Julio de 2009 y otra de la Sentencia C-614 del 2009.

El Boletín es una publicación cuatrimestral que busca: 1) dar a conocer la producción del ADP y otros asuntos relativos a las tareas que le son propias; 2) fortalecer la capacidad investigativa y de publicación del ADP, así como lograr una mayor participación de los estudiantes de pregrado y

posgrado en sus actividades; 3) fortalecer la comunidad académica de la Escuela de Derecho en lo relativo al derecho público; 4) contribuir a la acreditación institucional.

Sus temáticas están determinadas por los asuntos relativos al derecho público, ya sea en su sentido de ordenamiento jurídico del derecho del Estado y sus instituciones, del sistema político y de las relaciones entre el Derecho y la Política.

Las opiniones incluidas en las diferentes secciones del Boletín no comprometen el criterio de la Universidad EAFIT ni el de su Escuela de Derecho.

El Boletín agradece la colaboración para la sección temática de las estudiantes Paulina Mejía, María Camila Molina Sierra, Laura Rocha y María Fernanda Posada. De la misma forma, agradece especialmente a las profesoras Carolina Ariza Zapata y Clara Mira González, cuyas contribuciones hicieron posible el presente número.

Número anterior del Boletín: “La política y el derecho vistos a través de los lentes de Michel Foucault”. Septiembre-diciembre de 2009.

TABLA DE CONTENIDO

- A. Sección Temática.** Carl Schmitt: Claves para leer el presente, p. 2-16. Autores: Mario Montoya Brand y Nataly Montoya Restrepo.
- B. Sección Entrevista.** Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso, p. 17-18. Autor: Carl Schmitt.
- C. Sección Investigación.** Los maestros amenazados con ocasión del conflicto armado colombiano: perspectiva de la Corte Constitucional, p. 19-21. Autora: María Adelaida Vélez Posada.
- D. Sección Comentarios y Reseñas.** Ley 1341 del 30 de Julio de 2009 y Sentencia C-614 del 2009, p. 22-23. Autor: David Suárez Tamayo.

Presentación

ajr.rewi.hu-berlin.de/zeitung/05-1/cs.htm



Existen autores que siempre nos darán la sensación de que cuando nos aproximamos a ellos estamos transitando por “la senda del mal” que nos refiere Rafael del Águila. Schmitt –también Maquiavelo y Hobbes- es uno de ellos. Sus reflexiones profundas y complejas ocasionalmente adolecen de ambigüedad, pero aquello que lo convierte en un clásico es su decisión para construir la noción límite de la política y exigir que se actúe de acuerdo a ella. Preclaro antiliberal e irredento contra-humanista, pidió que nunca se lo tildara de romántico. Sus convicciones más profundas no se modificaron desde sus primeras publicaciones en la segunda década del siglo XX hasta su última publicación en 1981.

Aunque en sus reflexiones teóricas siempre estuvo del lado del orden, la seguridad, la estabilidad, la homogeneidad y la autoridad, sus formulaciones más provocadoras se centraron precisamente en sus reversos: el desorden, la crisis, lo anormal, la excepción, la situación límite. Con la fuerza propia del pensador que se sitúa con frecuencia a contracorriente, afirmó: “lo normal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo”. Desde luego se trata de una síntesis que evoca la extraordinaria riqueza de sus pensamientos diseminada en su amplia obra, cuyos textos más difundidos son: *El Concepto de lo Político*, *Teoría de la Constitución*, *Legalidad y Legitimidad*, *La Dictadura* y *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Menos conocidas y sumamente valiosas hay otras, algunas de las cuales se incorporan en la bibliografía al final de esta sección del Boletín.

Carl Schmitt es un clásico, y por ello nos provee de valiosos instrumentos para comprender el presente: el mercado, el liberalismo, el derecho, el orden internacional, lo normal, la obediencia, entre otros, resultan analizados en sus obras con un rigor y erudición incomparables. Como consecuencia, las nociones de política, orden y derecho son reformuladas, y el resultado es original y sorprendente: es imprescindible separar el binomio “orden jurídico”, tan familiar a los juristas, y presentarlo como el “orden” y lo “jurídico”.

Mario Montoya Brand

Director del Área de Derecho Público
y del grupo de investigación Derecho y Poder
Escuela de Derecho
Universidad EAFIT

Para Schmitt toda reflexión jurídica es simultáneamente un pensamiento del “orden concreto”, del “normativismo” y de la “decisión”, sólo que, según él, en ciertos momentos del desarrollo político de las sociedades, una de tales maneras de pensar el derecho domina sobre las otras, aunque la decisión suele sobreponerse para determinar el orden concreto y el derecho. Es por ello que se puede sostener que Schmitt es simultáneamente un pensador normativista, decisionista y del orden concreto.

Ahora bien, pensar a Schmitt no es sólo pensar nuestra época, es ante todo pensarnos a nosotros mismos. No sabemos lo schmittianos que somos: en nombre del miedo y la inseguridad que para su propio beneficio nos inoculan el mercado, la ciencia y los gobiernos, buscamos la seguridad y la estabilidad a cualquier precio, sin tomar en cuenta que la ruta para alcanzarlas pase por la construcción de enemigos, la apuesta por la guerra, la conservación o instauración de un orden sin importar sus costos, la preferencia por las respuestas de excepción, el abandono de cualquier forma de hacer la política y de construir lo político como el ejercicio libre de una actividad democrática.

Por eso no debemos equivocarnos, no sólo por algunas de sus ideas, sino por lo que de su obra en general se puede retomar para el presente, Schmitt puede resultar un autor peligroso, especialmente si sus libros sirven de orientación a quienes buscan claves para gobernar autoritariamente, pues en ellos se pueden encontrar razones, argumentos y motivaciones para considerar a las libertades como fuentes de anarquía, para extraer de la democracia su expresión plebiscitaria más funesta, hasta el punto de construir el Estado de opinión; para asumir que el orden es el resultado de la decisión de alguien, y que en situaciones críticas, o calificadas así por quien decide, todo el derecho positivo es prescindible; o también que, en la distinción amigo-enemigo se funda la política, aunque con un acento especial en la noción de enemigo.

Sin que los neoconstitucionalistas lo sospechen –supongo- es en Schmitt en donde se encuentran algunas de las aplicaciones de las fuentes últimas de su publicitado movimiento: combinación de moral y derecho, especialmente sometido éste a aquélla; objetividad de los valores; derecho justo construido a partir de principios; sustitución del relativismo y del método democrático para la definición de intereses en pugna, por la del absolutismo de los valores y el decisionismo elitista para definir entre valores “objetivamente” ponderables.

Para finalizar, un cierto racismo schmittiano se ha filtrado de tal manera en nuestras prácticas e instituciones que una recomendación suya, incluida en este Boletín, nos puede dar claridad acerca de sus orientaciones: *no se debe citar en un texto a un autor judío al lado de un autor alemán*, como lo postula cierto racismo académico hoy, para el cual no debe citarse un lego –o un simple licenciado- al lado de un doctor.

Carl Schmitt: claves para leer el presente*

Lo político

“Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de *amigo* y *enemigo*. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio. En la medida en que no deriva de otros criterios, esa distinción se corresponde en el dominio de lo político con los criterios relativamente autónomos que proporcionan distinciones como la del bien y el mal en lo moral, la de belleza y fealdad en lo estético, etc. Es desde luego una distinción autónoma, pero no en el sentido de definir por sí misma un nuevo campo de la realidad, sino en el sentido de que ni se funda en una o varias de esas otras distinciones ni se la puede reconducir a ellas.”

(*El concepto de lo político*, 1932. p. 56)

“Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone *combativamente* a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo *público*, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere *eo ipso* carácter *público*.”

(*El concepto de lo político*, 1932. p. 58-59)

“La guerra como el medio político extremo revela la posibilidad de esta distinción entre amigo y enemigo que subyace a toda forma de representarse lo político, y por esa razón sólo tiene sentido mientras esa distinción tiene realmente lugar en la humanidad, o cuando menos es realmente posible. Por el contrario, una guerra llevada a cabo por motivos ‘puramente’ religiosos, ‘puramente’

morales, ‘puramente’ jurídicos o ‘puramente’ económicos sería un contrasentido. De las distinciones específicas que configuran estos ámbitos de la vida humana no es posible derivar la agrupación según amigos y enemigos ni en consecuencia la guerra. Una guerra no necesita ser cosa piadosa, moralmente buena o rentable; probablemente hoy en día no sea ninguna de estas tres cosas.” (*El concepto de lo político*, 1932. p. 65-66)

“...ya no es posible definir lo político a partir del Estado, sino que lo que aún puede denominarse ‘Estado’ debe determinarse y comprenderse, a la inversa, a partir de lo político. No obstante, el criterio de lo político todavía no constituye, en la actualidad, una sustancia nueva, una ‘materia’ nueva ni un ámbito novedoso y autónomo. El único criterio justificable en términos científicos es el grado de intensidad de una asociación o disociación, es decir, la distinción entre amigo y enemigo.” (*Teología Política II. La leyenda de la liquidación de toda teología política*, 1969. p. 404-405)

“Hoy en día no hay nada más moderno que la lucha contra la política. Los financieros estadounidenses, los técnicos industriales, los socialistas de tendencia marxista y los revolucionarios anarcosindicalistas se unen en la exigencia de que se elimine el dominio subjetivo de la política sobre la objetividad de la vida económica. Sólo debe haber tareas técnicas y de administración, por una parte, y económicas y sociológicas, por otra, y ningún problema político.

El pensamiento económico-técnico que rige la actualidad es incapaz de percibir siquiera una idea política. El Estado moderno realmente parece haberse convertido en lo que Max Weber veía en él: una gran empresa.” (*Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*, 1933. p. 61-62)

El Derecho: lo normativo, la decisión y el orden concreto

“Todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos. Conforme a esto se determinan los tres modos del pensamiento jurídico que se van a distinguir aquí. Todo pensamiento jurídico trabaja tanto con reglas, como con decisiones, como con órdenes y configuraciones. Pero la concepción última que se posea acerca de lo jurídico, de la cual será deducible todo lo que posteriormente venga a ser considerado jurídico, es siempre sólo una: bien una norma (en el sentido de regla o ley), bien una decisión, bien un orden concreto.

[...] Según el diferente rango que se atribuya en el pensamiento jurídico a aquellos tres distintos conceptos jurídicos y según el lugar que ocupen, por el cual uno se deduce de otro o uno es reconducido a otro, se distinguen los tres modos del pensar jurídico, el legal o normativo, el decisionista y el del orden y configuraciones concretos”

(*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, 1934. p. 5-6)

“Me parece que la pregunta sobre la normatividad o anormatividad de las situaciones concretas es de una importancia fundamental. Quien parta del hecho de que

*Los fragmentos que se transcriben a continuación han sido tomados textualmente de las ediciones referenciadas en la bibliografía. La secuencia es temática, no cronológica.

hay situaciones anormativas –ya porque ve el mundo con una radical anormalidad, ya porque considera anormal una situación particular- resolverá el problema de la política, de la moral y del derecho de un modo distinto de quien está convencido de la fundamental normatividad del mundo, ligeramente oscurecida por pequeñas molestias. La literatura teórica sobre el Estado sólo es una descripción o una particular aplicación de considerar al hombre bueno por naturaleza o malo por naturaleza. De la aceptación de las situaciones anormativas, se siguen consecuencias particulares, decisionistas, se obtiene una justificación para las violaciones, para la, dicho superficialmente, ‘irracionalidad’ –en el ámbito religioso, por ejemplo, la doctrina de la predestinación-, para el reconocimiento de la acción y el comportamiento extraordinario, como aquel de *a deo excitatus...*” (*Sobre la idea de razón de estado de Friedrich Meinecke, 1926. p. 81*)

“El tipo decisionista está particularmente extendido entre los juristas porque tanto la enseñanza del derecho como la ciencia jurídica al servicio de la práctica jurídica, tienen la tendencia a ver todas las cuestiones jurídicas tan sólo desde el punto de vista del caso conflictivo y a actuar como informadores para la decisión judicial del conflicto. Un particular método de preparación de exámenes y de realización de los mismos agrava esta actitud hasta llegar a convertirse en una ruda técnica de acertar prontamente con la decisión concreta para cada caso y con su ‘fundamentación’ normativa según el texto de una normación escrita. De ese modo se orienta el pensamiento exclusivamente al caso de conflicto o colisión. Está dominado por la idea de que un conflicto o una colisión de intereses, es decir, un desorden concreto, ha de ser superado y llevado al orden por obra de una decisión. Las normas y las reglas, con las cuales tiene que ver la fundamentación jurídica de la decisión, se convierten así en meros puntos de vista para orientar las decisiones sobre conflictos, en un material de ciencia jurídica para fundamentar una decisión judicial. Deja de haber entonces una ciencia jurídica sistemática; cada argumento jurídico no es más que un potencial fundamento para la decisión del caso conflictivo que se espera.” (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, 1934. p. 32*)

“Así, la ocupación de la tierra es, para nosotros, hacia fuera (frente a otros pueblos) y hacia adentro (para el ordenamiento de la tierra y de la propiedad en el interior de un país), el prototipo de un proceso jurídico constituyente. Ella crea el título jurídico más radical que existe, el ‘radical title’ en el sentido completo y amplio de la palabra.” (*El “Nomos” de la Tierra. El derecho como unidad de asentamiento y ordenamiento, 1950. p. 485*)

“La puerta de la legalidad quedó, pues, abierta tanto para la derecha como para la izquierda, para la Monarquía como para la República liberal, socialista o comunista. El movimiento nacionalsocialista se adelantó a esta situación del problema en todos los aspectos. Mis propios intentos jurídicos de arreglar el problema de la puerta nunca cerrada de la Constitución de Weimar, por medio de una interpretación razonable de sus disposiciones de revisión (art. 76) fracasaron por la actitud escéptica o irónica de sus intérpretes. La puerta estaba

lo suficientemente abierta para que se pudieran destruir los compromisos que formaban la base estructural de la Constitución de Weimar.

Hitler consiguió incluso convertir la puerta estrecha de la legalidad en arco de triunfo de su entrada en Potsdam y en Weimar. Desde el primer día de su nombramiento como canciller del Reich, supo aprovechar sistemáticamente y sin escrúpulos las primas políticas sobre su posesión legal del poder. [...]

En breve, Hitler supo cerrar detrás de sí la puerta de la legalidad por la cual había entrado, y empujó de manera legal a sus enemigos políticos hacia la ilegalidad. Si intentaran hacer resistencia, o incluso forzar la entrada por la puerta cerrada de la legalidad, se les podría tratar como agitadores y criminales.

Aparte de unos pocos comunistas experimentados, todo el mundo sintió la desilusión y la indignación al descubrir tan drásticamente las primas políticas sobre la posesión legal del poder.” (*La Revolución Legal Mundial. Plusvalía política como prima sobre la legalidad jurídica y superlegalidad, 1979. p. 17-18*)

“La legalidad y la legitimidad se convierten entonces en instrumentos tácticos, de los que cada cual se sirve conforme le resulte ventajoso en el momento, arrojándolos a un lado cuando se dirijan contra él mismo, y tratando cada uno constantemente de arrancárselos de la mano al otro. Ni la legalidad parlamentaria, ni la legitimidad plebiscitaria, ni ningún sistema concebible de justificación, puede sobrevivir a semejante degradación en herramienta técnico-funcionalista. También la Constitución se disuelve en sus elementos y en sus posibilidades de interpretación contradictorias, y ninguna ficción normativa de ‘unidad’ impedirá que cada uno de los grupos en pugna se apodere de aquel fragmento o palabra de la Constitución que le parezca más apropiado para derribar al partido contrario, también en nombre de la Constitución. La legalidad, la legitimidad y la Constitución, en vez de impedir la guerra civil, sólo contribuyen a exacerbarla.” (*Legalidad y legitimidad, 1932. p. 152-153*)

“En esta mi breve y sumaria ojeada a la disciplina de la Historia del Derecho no debe faltar, por último, un elemento importante. El título de un libro lo capta de manera mejor y más rápida: “La lucha por el Derecho”. El título es de Rudolf von Jhering, famoso jurista alemán del siglo XIX, que escribió una obra amplia sobre “El espíritu de Derecho romano” y, además, es el fundador de la Revista de Dogmática del Derecho civil. Él inició una tendencia evolutiva en el Derecho civil. La lucha por el Derecho es, en sentido general, una realidad histórica a través de los siglos, y no se trata de discusiones amicales entre colegas y expertos, ni de symposiums internacionales, sino, desgraciadamente, también de conflictos encarnizados que desembocan en guerras civiles abiertas. Aquí se impone una palabra del viejo Heráclito: el Derecho es pelea. Si en vez de pelea decimos “proceso”, en el sentido de un procedimiento judicial ordenado, resulta muy convincente. Pero si nos acordamos que también la guerra armada entre pueblos se puede considerar como una especie de “proceso”, y durante largas épocas incluso fue respetado como

ordalía, entonces el asunto se hace serio y amenazador.”
(*Carta a Alfonso Otero, 1981. p. 15*)

“Sin el sistema de coordenadas de un orden concreto, el positivismo jurídico no consigue distinguir entre justicia e injusticia, ni entre objetividad y arbitrariedad subjetiva.”
(*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, 1934. p. 44*)

“Porque ninguna norma, ni superior ni inferior, se interpreta y aplica, se protege o salvaguarda por sí misma; ninguna validez normativa se hace valer por sí misma; y tampoco hay –si no se quiere entrar en metáforas o alegorías– ninguna jerarquía de normas, sino tan solo una jerarquía de hombres e instancias en concreto.”

(*Legalidad y legitimidad, 1932. p. 86*)

La normalidad y la excepción

“Es soberano quien decide el estado de excepción.

Esta definición es la única que le hace justicia al concepto de la soberanía como concepto límite. Un concepto límite no es algo confuso, como suele manejarse en la terminología imprecisa de la literatura popular, sino un concepto extremo. Por consiguiente, su definición no puede basarse en el caso normal sino en el caso límite. [...] ha de entenderse por ‘estado de excepción’ un concepto general de la teoría del Estado, no un decreto de emergencia ni un estado de sitio cualquiera. El hecho de que en un sentido amplio el estado de excepción sea idóneo para la definición jurídica de la soberanía tiene un motivo lógico-jurídico sistemático. La decisión sobre la excepción es una decisión en el sentido amplio de la palabra.” (*Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía, 1933. p. 23*)

“En el soberano, especialmente, se reúnen de nuevo todos estos elementos y aspectos: el soberano es, a la vez, legislador supremo, juez supremo y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento en la legitimidad. En los Estados débiles, un gobierno legítimo se complacerá

en servirse de los efectos propios de la legalidad de las resoluciones adoptadas por el cuerpo legislativo; un Estado administrativo utilizará la justicia para sancionar sus medidas políticas. No obstante, casi siempre puede reconocerse fácilmente dónde está el centro de gravedad de la voluntad decisiva, cuál, entre las distintas posibilidades, ocupa el centro de una existencia normal y qué clase de voluntad suprema se presenta como determinante o excluyente y tipifica a la comunidad en el momento decisivo. También es, ciertamente, posible una situación indefinida, una yuxtaposición o confusión de una justicia suprema, un gobierno supremo, un legislativo supremo y una Administración suprema; quizá en épocas pasajeras de transición sea incluso posible un equilibrio de varios poderes supremos diferentes e independientes entre sí.” (*Legalidad y legitimidad, 1932. p. 8*)

“En el curso de una investigación más extensa siempre se demostrará de nuevo que el contenido de la actividad del dictador consiste en lograr un determinado éxito, algo “que poner en obra”: el enemigo debe ser vencido, el adversario político debe ser apaciguado o aplastado.

Siempre depende de la “situación de las cosas”. Puesto que hay que lograr un éxito concreto, el dictador tiene que intervenir inmediatamente con medios concretos en el trascurso causal del acontecer.

El dictador actúa; el dictador es, para anticipar una definición, comisario de acción; es ejecutivo, en contraposición a la simple deliberación o al dictamen judicial, al *deliberare* y *consultare*. Por ello, cuando se trata del caso más extremo, no puede observar normas generales.

Porque si el medio concreto para el logro de un éxito concreto (como por ejemplo lo que puede hacer la policía para mantener la seguridad pública) puede ser calculado en tiempos normales con una cierta regularidad, en caso de necesidad solamente puede decirse que el dictador puede hacer todo lo que exija la situación de las cosas. Lo que aquí importa no son ya consideraciones jurídicas, sino solamente el medio apropiado para lograr un éxito concreto en un caso concreto.” (*La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria, 1963. p. 41-42*)

5

El Estado

“El concepto del Estado supone el de lo político. De acuerdo con el uso actual del término, el Estado es el *status* político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales.” (*El concepto de lo político, 1932. p. 49*)

“La porción europea de la humanidad ha vivido hasta hace poco en una época cuyos conceptos jurídicos han estado íntegramente acuñados desde el Estado, y que lo presuponen como modelo de la unidad política. La época de la estatalidad toca ahora a su fin. No vale la pena desperdiciar más palabras en ello. Termina así toda una superestructura de conceptos

referidos al Estado, erigida a lo largo de un trabajo intelectual de cuatro siglos por una ciencia del derecho internacional y del Estado ‘europacéntrica’.

El resultado es que el Estado como modelo de la unidad política, el Estado como portador del más asombroso de todos los monopolios, el de la decisión política, esa joya de la forma europea y del racionalismo occidental, queda destronada. Si embargo, se mantienen sus conceptos que quedan incluso como conceptos *clásicos*.” (*Prólogo a El concepto de lo político, 1963. p. 40*)

"La particularidad de su ideal de Constitución [el del Estado burgués de Derecho] consiste en que con él se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado -protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado-. Los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado; se crean seguridades contra ataques estatales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder público." (*Teoría de la Constitución*, 1927. p. 62)

"...quien se toma la molestia de analizar hasta los últimos conceptos y argumentos utilizados por la literatura jurídico-estatal de la jurisprudencia positiva observa que el Estado interviene en todos los terrenos, ora decidiendo -como un *deus ex machina* en el camino de la legislación positiva- una controversia para la que el libre acto del conocimiento jurídico no supo hallar solución convincente, ora como el bueno y misericordioso que por medio de indultos y amnistías demuestra su superioridad sobre sus propias leyes: siempre la misma identidad inexplicable -como legislador, ejecutivo, policía, instancia de indultos, asistencia social-, de modo que

el observador que se preocupe por asimilar desde cierta distancia el cuadro de la jurisprudencia actual en conjunto termina presenciando una gran obra de capa y espada en la que el Estado actúa bajo muchos disfraces, pero siempre como la misma persona invisible."

(*Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*, 1933. p. 44)

"...con el concepto de soberanía ya se inicia lo que realmente importa: el Estado Soberano no sólo es el nuevo concepto de orden que pone fin a los órdenes imperial y comunitario medievales; también es, más que nada, el nuevo concepto ordenador del *espacio* y no un nuevo orden cualquiera que reemplaza las ideas ordinales precedentes. Antes bien, lo esencial es que determina las nuevas ideas de ordenación del espacio en el momento histórico en el que una gran y hasta entonces desconocida *revolución* espacial planetaria surtía sus primeros efectos en la política mundial y el derecho de gentes." (*El Estado como concepto concreto vinculado a una época histórica*, 1941. p.74-75)

"En realidad, el Estado de Derecho, pese a toda la juridicidad y normatividad, sigue siendo un *Estado*, y contiene siempre un otro elemento específicamente *político*, a más del elemento específico del Estado de Derecho. [...] Por

eso, no hay ninguna Constitución que sea, puramente y sin residuo, un sistema de normas jurídicas para la protección del individuo frente al Estado. Lo político no puede separarse del Estado -unidad política de un pueblo-; despolitizar el Derecho político (*Staatsrecht*) no es otra cosa que 'desestatizar' el Derecho político. Lo propio del Estado de Derecho es, tan sólo, una parte de toda Constitución moderna." (*Teoría de la Constitución*, 1927. p. 137)

"...se trata, esencialmente, de un Estado [el absoluto] basado en el poder ejecutivo y el gobierno. Su *ratio*, la *ratio status* o la tan frecuentemente mal interpretada razón de Estado, no radica en normas sustanciosas sino en la efectividad con la que sabe crear una situación que puede ser regida por normas, porque el Estado elimina la causa de todo desorden y guerras civiles: la lucha por lo correcto en el sentido normativo. Este Estado 'instaura la seguridad y el orden públicos'. Sólo entonces pudo ser invadido por el Estado legislativo de la Constitución jurídico-estatal burguesa. En el llamado estado de excepción se revela claramente el respectivo núcleo del Estado. El Estado judicial se sirve para ello de la ley marcial, es decir, para ser más exacto, de la justicia sumaria; el Estado como poder ejecutivo, de la imposición de éste, de ser necesario mediante la suspensión simultánea de algunos derechos fundamentales; el Estado legislativo, de los decretos de emergencia o excepcionales, es decir, de un procedimiento legislativo sumario." (*El giro hacia el Estado totalitario*, 1931. p. 84-85)

"Un Estado pluralista de partidos no se hace 'totalitario' en virtud de su fuerza ni de su energía, sino por debilidad; interviene en todos los dominios de la vida, porque tiene que dar satisfacción a las reivindicaciones de todos los intereses. Tiene que intervenir especialmente en el dominio de la economía, que hasta ahora permanecía libre de la injerencia estatal, aun cuando renuncie a toda dirección e influencia política en este dominio. [...] No obstante, ningún Estado, por débil que sea, renunciará jamás, mientras exista como Estado, a dominar mediante la negación y la anulación de todo derecho de resistencia. Por el contrario, incluso podría confirmarse, como ha dicho B. Constant, que la debilidad y la mediocridad utilizan el poder que les cae en suerte de una manera más convulsiva y virulenta que una fuerza auténtica, aunque se dejen arrastrar por sus pasiones. De ahí que Estado débil busque indiscriminadamente las legalizaciones, las legitimaciones y las sanciones, y que se sirva de ellas tal como las encuentra." (*Legalidad y legitimidad*, 1932. p. 150-151)

La estabilidad y la seguridad

"Todos los nuevos y grandes impulsos, toda revolución y toda reforma, toda nueva élite nace de la ascésis y de una carencia deliberada o involuntaria, y aquí carencia significa sobre todo renuncia a la seguridad del status quo." (*La era de las neutralizaciones y las despolitizaciones*. p. 120)

"... el temor humano ante lo desconocido es, a la vez, tan grande como su horror ante el vacío, aunque lo nuevo sea superación de ese vacío. Por eso, muchos ven sólo insensato caos donde en realidad alientan un orden y un sentido nuevo." (*Tierra y mar. Consideraciones sobre la historia universal*, 1952. p. 114)

"Nomos, en cambio, procede de *nemein*, una palabra que significa tanto 'dividir' como también 'apacentar'. El nomos es, por tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella; en las palabra de Kant: 'La ley divisoria de lo mío y lo tuyo del suelo', o en la fórmula inglesa, que es una puntualización adecuada: el 'radical title'." (*El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del "Jus publicum europeum"*. p. 483)

Hobbes

“Hobbes no es un mitólogo ni es él mismo un mito. Sólo por su imagen del Leviathan se acercó al mito. Pero se agotó el mismo con su mito, y su intento de restablecer la unidad natural fracasó. La imagen no sirvió para poner al descubierto de manera segura y cierta al enemigo, y, en cambio, sí contribuyó a que la idea de la unidad política indivisible fuese derrocada por la obra de destrucción de los poderes indirectos, que socavaron esa unidad hasta aniquilarla. Rica como es en conocimientos políticos y en formulaciones exactas la obra de Hobbes, de tal manera predomina en ella el pensamiento sistemático, que mal podía servir de instrumento seguro de lucha y de arma para una decisión sencilla y concreta. La actitud científica de Hobbes, como todo racionalismo que se perfecciona en la técnica, tiene carácter activista y exige un cosmos fundado enteramente sobre el trabajo consciente del hombre. Pero no todo activismo filosófico, ni toda doctrina de la acción, son ya por sí pensamiento político. Hobbes vio certeramente que los conceptos y distinciones eran armas de la lucha política. Lo que Hans Freyer dice de Hegel, que había “ignorado el carácter de encrucijada que

tiene la acción política”, puede aplicarse, todavía mejor, al sistema filosófico de Hobbes.

Desde el punto de vista histórico, la situación de la teoría política de Hobbes, en la Inglaterra del siglo XVII era completamente desesperada, porque sus conceptos contradecían la realidad política concreta de aquel país, como las serenas máximas objetivas de Maquiavelo contradecían las de Italia. Las armas espirituales creadas por Hobbes no sirvieron a su propia causa. Y las armas son, como certeramente dice Hegel, la esencia misma de los luchadores.

Pero hasta en su fracaso sigue siendo Hobbes incomparable maestro político. No hay filósofo alguno cuyos conceptos hayan influido tanto, aunque, de rechazo, hayan repercutido también, para su daño, en sus propios pensamientos. Su obra, perennemente fructífera, se dibuja hoy ante nuestros ojos en toda su perfección; es la obra del gran maestro en lucha contra toda clase de poderes indirectos.” (*El Leviathán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes, 1938. p. 77-78*)

El liberalismo y la democracia

“...la burguesía liberal quiere un Dios, pero no debe permitírsele actuar; quiere un monarca, pero debe ser impotente; exige libertad e igualdad y no obstante limita el sufragio para las clases propietarias, a fin de asegurarles a la educación y la propiedad la influencia necesaria en la legislación, como si la educación y la propiedad dieran derecho a oprimir a las personas pobres e incultas; suprime la aristocracia de la sangre y la familia, y sin embargo admite el descarado dominio de la aristocracia financiera, la forma más estúpida y ordinaria de aristocracia; no quiere admitir la soberanía del rey ni la del pueblo. Entonces ¿qué quiere en realidad?” (*Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía, 1933. p. 58*)

“El liberalismo consecuente está arraigado tanto en el ámbito económico como en el ético y constituye, por lo demás, un sistema de métodos hábilmente diseñados para debilitar el Estado. Desde su posición ética y económica disuelve todo elemento de carácter específicamente político y estatal. La democracia, por el contrario, es un concepto que de manera igualmente específica pertenece a la esfera de lo político. [...] Hasta la democracia más radical y directa no es capaz de superar el hecho de que el pueblo

sólo se encuentra en situación de aclamar o de decir ‘sí’ o ‘no’; en vista de que es inevitable depender de preguntas y listas de candidatos, constituye un planteamiento político y por ende también democrático hacer que estas preguntas y listas de candidatos sean producidas por el gobierno, en lugar de entregar esta función a anónimas camarillas y grupos de interés, quienes las fabrican en el más profundo secreto, en una oscuridad impenetrable e irresponsable, para presentárselas a una masa de individuos que votan en secreto, en parte organizada por los partidos y en parte sujeta a fluctuaciones sin rumbo.” (*El ser y el devenir del Estado fascista, 1929. p. 76-77*)

“...el ideal constitucional inglés erigió en principio ideológico la subordinación del soldado al paisano, misma que impuso en el continente europeo en el curso del siglo XIX liberal. De acuerdo con este ideal constitucional, la civilización es el dominio de los ideales civiles y burgueses, en esencia no militares; según esta concepción, la Constitución siempre es sólo un sistema burgués civil, en el cual el soldado tiene derecho a existir, de acuerdo con las conocidas palabras de Clemenceau, sólo porque

defiende a la sociedad burguesa civil y está sujeto fundamentalmente a la dirección de paisanos.” (*Enemigo total, guerra total, Estado total, 1937. p. 145*)

“Si se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo sin objeto ni contenido, resultante de la verificación puramente aritmética de la mayoría, excluirá toda neutralidad y toda objetividad; será tan solo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por tanto, subyugada.

Entonces se acaba la identidad democrática entre gobernantes y gobernados, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer. Incluso dejará de existir la aditividad aritmética, porque razonablemente solo puede sumarse lo homogéneo.” (*Legalidad y legitimidad, 1932. p. 43*)

“Las dificultades que se ponen a la formación de la mayoría, puramente cuantitativas, sólo se manifiestan negativamente en la práctica, como un freno; no contienen ningún principio general positivo de justicia o de razón, ni un punto de vista específicamente constitucional, ni

son por esencia algo democrático. Sería, en suma, una clase especial de 'justicia' el declarar que una mayoría es tanto mejor y más justa cuanto más aplastante sea, y afirmar en abstracto que el que noventa y ocho hombres maltraten a dos hombres no es, ni con mucho, tan injusto como el que cincuenta y un hombres maltraten a cuarenta y nueve. La matemática pura se convierte aquí

en inhumanidad pura. Pero tampoco sería en modo alguno especialmente democrático decir que la calidad y la justicia de una ley dependen de la magnitud cuantitativa de la mayoría con que fuera aprobada y que, por tanto, sin necesidad de atender al contenido, una resolución adoptada por el 67 por 100 de los votos es una norma superior en 16 grados a una resolución que sólo ha obtenido

el 51 por 100. La distinción entre leyes ordinarias y leyes de rango superior descansa, en los casos que aquí interesan, no en el principio del *quorum*, sino en la voluntad de la Constitución; pero, según los principios democráticos generales, la misma Constitución puede aprobarse por mayoría simple." (*Legalidad y legitimidad*, 1932. p. 62-63)

La opinión pública

"La forma natural de la manifestación inmediata de voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la *aclamación*. En los grandes Estados modernos, la aclamación, que es una manifestación natural y necesaria de vida de todo pueblo, ha cambiado su forma. Se manifiesta como 'opinión pública'. Pero siempre puede el pueblo decir *sí* o *no*, asentir o rechazar; y su *sí* o *no* será tanto más sencillo y elemental cuanto más se trate de una decisión fundamental sobre la propia existencia común. En tiempos de orden y paz, semejantes manifestaciones son raras e innecesarias. El que no se dé a conocer ninguna manifiesta y especial voluntad, significa precisamente asentimiento para que subsista la Constitución presente. En tiempos críticos, el *no* que se dirige contra una Constitución existente será claro y decisivo sólo como negación, en tanto que la voluntad

positiva no es tan segura. Sin embargo, suele residir en ese *no*, por sí mismo, la afirmación de una forma de existencia que se ofrece como contrapuesta." (*Teoría de la Constitución*, 1927. p. 100)

"Toda propaganda de masas busca su evidencia en la demostración de que se encuentra del lado de los acontecimientos venideros. Toda la fe de las masas no es sino la creencia de hallarse situadas acertadamente, en tanto que el adversario se encuentra en una posición errónea, porque el tiempo, el futuro y la evolución trabajan en contra suya. Y hasta la desesperación encuentra su postor grito sólo en la amenaza de que la historia universal ha perdido su sentido" (*Tres posibilidades de una visión cristiana de la historia*, 1951. p. 237)

Los valores y su absolutización - los principios y las cláusulas abiertas

"Si algo *tiene* valor y cuánto, si algo *es* valor y en qué grado se puede determinar solamente desde un punto de vista o criterio particular. La filosofía de valores es una filosofía de puntos; la ética de valores, una ética de puntos. No es casualidad que palabras como punto de vista, punto de partida, punto visual y punto de mira aparezcan continuamente en su vocabulario. No son ni ideas ni categorías, ni tampoco principios o premisas. Son simplemente puntos. Forman parte de un sistema de puro perspectivismo, de un sistema de referencias. Por consiguiente, *cada valor es punto de valor*. Incluso el valor supremo -ya sea el hombre individual en su particular existencia terrestre, ya sea la humanidad como una 'gran ser', ya sea la libertad o la sociedad sin clases, ya sea la vida misma o el nivel de vida, ya sea lo sagrado o ya sea Dios- tiene, precisamente como tal valor supremo, nada más que un punto de valor en el sistema de valores. Así se puede hablar, con toda la desenvoltura, de la 'revalorización de los valores'. La 'revalorización' no tiene dificultad porque se puede realizar con un simple cambio de marcha. Puntos de vista, puntos de partida y puntos visuales no tienen consistencia por sí mismos. Su función y su sentido, por el contrario, implican que se cambien según cambia la situación. Salta a la vista el puntillismo

del pensamiento de valores, y, precisamente aquí, se manifiesta la honradez intelectual de Max Weber.

[...] La palabra *punto de ataque* revela la agresividad potencial inmanente a cualquier fijación de valores. Palabras como punto de vista o punto visual desvían la atención y dan la impresión de un relativismo, relacionismo y perspectivismo aparentemente sin límite y, por consiguiente, de una tolerancia igualmente ilimitada, junto a una neutralidad principal y benévola.

Pero en el momento en que nos demos cuenta que se trata también de puntos de ataque se difuminan las ilusiones neutralistas. Se puede hacer un intento de amansar la palabra 'punto de ataque' interpretándola como mero 'punto de partida'. Esto podría suavizar la impresión desagradable, pero, sin embargo, no afectaría la agresividad inmanente como tal. He aquí 'el reverso fatal de los valores'. Esta agresividad es la consecuencia lógica de la estructura tética y subjetiva del valor, y se produce continuamente por la realización concreta del valor. La distinción de derecho de valores y derecho constituyente tampoco puede superarla; más bien la agudiza. Gracias a la ambivalencia de los valores, su agresividad no deja nunca de ser virulenta, en cuanto hay

hombres concretos que hacen valer unos valores frente a otros hombres igualmente concretos." (*La tiranía de los valores*, 1961. p. 71-73)

"Nadie puede valorizar sin desvalorizar, revalorizar o explotar. Quien establece valores se distancia automáticamente de otras actitudes que suponen falta de valores." (*La tiranía de los valores*, 1961. p. 74)

"¿Cómo podría terminar la lucha de los valores subjetivos, e incluso la lucha de los valores objetivos, sino de esta manera? El valor mayor tiene el derecho y hasta el deber de someter al valor inferior, y el valor, como tal, tiene toda la razón de aniquilar el sinvalor como tal.

Esto es claro y sencillo y tiene su fundamento en la esencia de valorizar. Esta es, precisamente, la 'tiranía de los valores', que entra poco a poco en nuestra conciencia." (*La tiranía de los valores*, 1961. p. 75)

"En el momento en que conceptos como 'lealtad y buena fe', 'buenas costumbres', etc., se aplican no a una sociedad civil de tráfico individualista, sino al interés de la totalidad del pueblo, cambia de hecho todo el derecho sin que sea preciso que cambie una sola ley. Yo estoy, por tanto, convencido de que con estas cláusulas generales puede introducirse un nuevo modo de pensamiento jurídico. Ahora bien, no pueden ser utilizadas como mero correctivo del positivismo actual, sino que deben ser utilizadas como medios específicos de un nuevo tipo de pensar jurídico." (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, 1934. p. 68)

"Lo importante de dichos conceptos políticos decisivos es, justamente, quién los interpreta, define y aplica; quién puntualiza, por medio de la decisión concreta, qué es la paz, el desarme, la intervención, la seguridad y el orden públicos. Uno de los fenómenos más significativos en la vida jurídica

de intelectual de la humanidad en general es que el dueño del auténtico poder también está en situación de establecer por sí mismo la definición de los conceptos y los términos. *Caesar dominus et supra grammaticam*: el emperador también reina sobre la gramática. El imperialismo crea sus propios conceptos, y el único resultado de un normativismo y formalismo equivocado es que al final nadie sabe qué es guerra y qué es paz. Quiero advertir una vez más sobre la mala interpretación de que se trata de cuestiones que puedan hacerse a discreción. Constituye una expresión de poder político genuino el que un gran pueblo sea capaz de determinar por sí mismo la manera de hablar e incluso de pesar de otros pueblos, el vocabulario, la terminología y los conceptos. [...] No obstante, si para concluir se nos permite pensar en nuestro propio sino alemán, debemos atender a un argumento extraído de nuestro conocimiento del carácter de los métodos imperialistas. Un elemento fundamental para que un imperialismo sea históricamente significativo no es sólo el armamento militar y marítimo ni la riqueza económica y financiera, sino también esta capacidad de determinar por sí mismo el significado de los conceptos políticos y jurídicos. Este aspecto del imperialismo –no me refiero exclusivamente al estadounidense– resulta muy peligroso para un pueblo que se halla a la defensiva, como el alemán, quizá más peligroso aún que el sometimiento militar y la explotación económica.

Un pueblo no está vencido hasta que acata el vocabulario ajeno, la concepción ajena de lo que debe ser el derecho, particularmente el derecho internacional. Entonces se agrega a la entrega de las armas la del propio derecho [...] Esta clase de conciencia, esta sensibilidad para el hecho de que también los conceptos y las maneras de pensar pueden estar sujetos a una decisión política, es necesaria y debe permanecer siempre despierta. "

(*El imperialismo moderno en el derecho internacional público*, 1932. p. 112-113)

El Führer y el Nacionalsocialismo

"La fuerza para actuar y para el gran heroísmo, es más, toda actividad histórica trascendente, radica en la disposición para el mito. Algunos ejemplos de tales mitos son, según Sorel: la idea griega de la fama y del renombre o la expectativa del juicio final en la antigua cristiandad; la fe en la *vertu* y la libertad revolucionaria durante la gran Revolución francesa; la exaltación patriótica de la guerra de independencia alemana de 1813. La fuerza para crear un mito constituye el criterio que permite discernir si un pueblo u otro tipo de grupo social posee una misión histórica y si ha llegado su momento histórico. El gran entusiasmo, la gran decisión moral y el gran mito brotan de la profundidad de los auténticos instintos vitales, no de

un razonamiento ni de una evaluación de utilidad. A partir de la intuición directa, la masa exaltada produce la imagen mítica que impulsa su energía y le confiere fuerza para el martirio, al igual que valor para la violencia. Sólo de esta manera un pueblo o una clase social se convierte en motor de la historia mundial. Ningún poder político y social puede sostenerse si eso le falta, y ningún aparato mecánico puede construir un dique capaz de resistir un nuevo torrente de vida histórica. Por consiguiente, todo depende del lugar en el que realmente radique, en la actualidad, esta capacidad para crear el mito y esta fuerza vital. Con toda seguridad no se hallan en la burguesía moderna, una clase social degenerada a causa del miedo por su

dinero y propiedades, y moralmente corrompida por obra del escepticismo, el relativismo y el parlamentarismo." (*La teoría política del mito*, 1923. p. 67-68)

"El nuevo derecho político y administrativo ha impuesto el principio fundamental del Führer y, con él, conceptos como lealtad, adhesión, disciplina y honor, los cuales solamente pueden ser entendidos desde el punto de vista de una comunidad y un orden concretos. La unidad política está constituida por los tres órdenes de Estado, Movimiento y Pueblo." (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, 1934. p. 73)

"El Führer está defendiendo el ámbito del derecho de los peores abusos al

hacer justicia de manera directa en el momento del peligro, como el juez supremo en virtud de su capacidad de líder. 'En ese momento yo era el responsable del destino de la nación alemana y por ende el juez supremo del pueblo alemán'.

El autentico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez en líder opositor o en instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la justicia.

Se trata de un método aplicado con frecuencia no sólo para destruir el Estado sino también el derecho. [...] En realidad el acto del *Führer* correspondió a una jurisdicción auténtica. No está sometido a la justicia sino que constituyó en sí la más alta justicia. No fue la acción de un dictador republicano que produce hechos consumados en un espacio sin derecho mientras la ley cierra los ojos por un instante, para que a continuación, sobre el suelo así creado de los nuevos hechos, las ficciones de la legalidad sin resquicios puedan arraigarse de nuevo. La judicatura del *Führer* deriva de la misma fuente jurídica de la que surge el derecho de cualquier pueblo. En un caso

de extrema necesidad, el derecho supremo debe probarse y se alcanza el más alto grado de realización judicial vengadora de este derecho. Toda expresión de derecho procede del derecho vital del pueblo. Cada ley estatal y cada fallo judicial sólo contienen el derecho que les llega de esta fuente. Lo demás no es derecho sino una 'malla positiva de normas obligatorias' de las que el criminal hábil se burla." (*El "führer" defiende el derecho. El discurso de Hitler ante el Reichstag del 13 de julio de 1934*, 1934. p. 88-90)

"Hoy el pueblo alemán vuelve a ser el pueblo alemán también en el ámbito del Derecho. Tras las leyes del 15 de septiembre, la sangre y el honor alemanes son de nuevo conceptos fundamentales de nuestro Derecho. El Estado, ahora, es un instrumento de la fuerza y de la unidad populares. El Imperio alemán tiene una sola bandera, la bandera del movimiento nacionalsocialista, y ésta se compone no sólo de colores, sino también de un símbolo grande y verdadero, un símbolo que conjura al pueblo: la cruz gamada." (*La constitución de la libertad*, 1935. p. 63)

"En primer lugar: el derecho nacionalsocialista no es un derecho con vocación universalista y dirigido a toda la humanidad, y no quiere

serlo. Esta es una diferencia capital respecto al derecho bolchevique. *No es universal, no es internacional, no es imperialista y no es agresivo.* No es el derecho de una clase revolucionaria. No afirma ser la etapa más avanzada del derecho de la humanidad entera que, en caso necesario a través de la violencia, debiera imponerse a los demás Estados. Nuestro derecho es un derecho *popular*. Precisamente por ello, porque muestra el carácter *popular* del ordenamiento jurídico propio, así como del de cualquier otro, vuelve al único fundamento posible de cualquier derecho internacional imaginable y, así mismo, de cualquier derecho privado imaginable, esto es, al *principio de la mutua consideración y del respeto mutuo hacia la idiosincrasia (Eigenart) de los pueblos.*

Por tanto, el derecho nacionalsocialista no se arroga determinar quién es inglés, quién francés o quién japonés; sí insiste, sin embargo, en que la determinación de aquello que es alemán, de aquello que es substancia alemana, de aquello que es necesario para la defensa de la sangre alemana, mientras entren en consideración súbditos alemanes, es y sigue siendo *asunto particular del pueblo alemán.*" (*La legislación nacionalsocialista y la reserva del "ordre public" en el derecho privado internacional*, 1935. p. 72)

El imperialismo

"La *humanidad* como tal no puede hacer una guerra, pues carece de enemigo, al menos sobre este planeta. El concepto de la humanidad excluye el del enemigo, pues ni siquiera el enemigo deja de ser hombre, de modo que no hay aquí ninguna distinción específica. El que se hagan guerras en nombre de la humanidad no refuta esta verdad elemental, sino que posee meramente un sentido político particularmente intenso. Cuando un Estado combate a su enemigo político en nombre de la humanidad, no se trata de una guerra de la humanidad sino de una guerra en la que un determinado Estado pretende apropiarse un concepto universal frente a su adversario, con el fin de identificarse con él (a costa del adversario), del mismo modo que se puede hacer un mal uso de la paz, del progreso, de la civilización con el fin de reivindicarlos para uno mismo negándoselos al enemigo.

La 'humanidad' resulta ser un instrumento de lo más útil para las expansiones imperialistas, y en su forma ético-humanitaria constituye un vehículo específico del imperialismo económico."

(*El concepto de lo político*, 1932. p. 83)

"En cuanto al imperialismo de los Estados Unidos, lo que importa aquí es que éstos ya rebasaran dicha etapa [la del imperialismo de las naciones europeas del siglo XIX] hace mucho. Desde luego también poseen colonias como las Filipinas y de ninguna manera se niegan a utilizar el vocabulario de la 'civilización' ni sus métodos, pero además y por encima de ello han surgido conceptos y métodos muy diferentes para ejercer la supremacía jurídica internacional. Para concluir rápidamente esta síntesis que empezó con la distinción entre pueblos cristianos y no cristianos y condujo a la establecida entre pueblos civilizados e incivilizados, cabe señalar que la nueva diferenciación y base para la variante estadounidense se refiere a la separación entre acreedores y deudores. Es cuestión aparte si esta nueva clasificación de los pueblos y los estados resulta más pacífica que la de los siglos pasados. En todo caso, la evolución de los argumentos imperialistas apunta al enfrentamiento entre pueblos acreedores y deudores." (*El imperialismo moderno en el derecho internacional público*, 1932. p. 97)

"...entre la pura aquiescencia conservadora a la vieja idea interestatal y la desviación hacia un derecho mundial

universalista, que desconoce el Estado y el Pueblo, propugnado por las democracias occidentales, es misión de la ciencia alemana del Derecho internacional acertar con el concepto de un orden espacial concreto de gran amplitud: un concepto que eluda ambos peligros y a la vez haga justicia a las proporciones espaciales de la imagen que actualmente tenemos de la tierra, así como a los nuevos conceptos de Estado y Pueblo. Sólo el concepto

jurídico internacional del Imperio puede, a nuestros ojos, cumplir tal cometido, como un concepto impregnado por una determinada concepción del mundo y, en el orden del espacio, por los principios de un ámbito espacial de gran amplitud que excluye la intervención de potencias extrañas y del cual es garante y guardián un pueblo que demuestra estar a la altura de esta empresa." (*El concepto de Imperio en el Derecho Internacional*, 1941. p. 99)

El pacifismo y las nuevas guerras

"El imperialismo no sostiene guerras nacionales, las cuales se proscriben; sus guerras a lo sumo se encuentran al servicio de la política internacional; no hace guerras injustas sino sólo justas; es más, veremos después que ni siquiera hace guerras, aún cuando manda sus tropas, armas, tanques y acorazados a realizar acciones que en el caso de otro desde luego serían acciones de guerra. Desde el punto de vista de un alemán sería posible plantear otra pregunta: ¿qué clase de guerra es en realidad más justa, la imperialista-internacional o la nacional? Sin embargo, tal como el texto del Pacto Kellogg lo indica claramente, sería un error pensar que este documento comporta, al menos *pro forma*, la proscripción de todas las guerras concebibles.

Las experiencias de la posguerra nos obligan, antes bien, a hacer otro cuestionamiento: si la guerra, aunque sólo sea en la 'guerra que sirve como instrumento de la política nacional', en efecto ha sido proscrita y condenada, entonces ¿qué es una guerra en realidad?

(*El imperialismo moderno en el derecho internacional público*, 1932. p. 110)

"Por lo tanto, sólo se trata de una ocupación pacífica, no de una guerra. ¿Cómo es posible una jurisprudencia que ante cruentas luchas y decenas de miles de muertos ose hablar todavía de 'ocupación pacífica', entregando así la palabra y el término de 'paz' al escarnio y la burla más crueles? El razonamiento es el siguiente: una situación es guerra o es paz. ¿Cuándo es guerra? Cuando no se trata de un instrumento pacífico. ¿Qué es un instrumento pacífico? Lo que no es guerra. No hay término medio. Ahora bien, una ocupación pacífica, aunque la acompañan batallas de menor y mayor magnitud, no es una guerra, *ergo* constituye un instrumento pacífico, *ergo*

el asunto no tiene nada que ver con el Pacto Kellogg. Por lo visto, la Sociedad de Naciones de Ginebra identifica su labor con la 'juridificación' de las relaciones internacionales, es decir, con promover la formación de este tipo de conceptos. Para ella el asunto se encuentra en perfecto orden jurídico y lo estará siempre. De esta manera se permiten represalias violentas, bombardeos criminales, incluso luchas y batallas sangrientas: nada de ello corresponde a una guerra en el sentido jurídico, y la paz que la atormentada humanidad aguarda, anhelante, le ha sido concedida hace tiempo; simplemente no se ha dado cuenta de ello, a falta de sagacidad jurídica. Que tomen nota, pues, los objetos de tales medidas pacíficas: en primer lugar, la guerra sólo está proscrita en cuanto instrumento de la política nacional; en segundo lugar, queda demostrado que es errónea la idea corriente de que las 'batallas de mayor o menor magnitud' estén relacionadas con la guerra." (*El imperialismo moderno en el derecho internacional público*, 1932. p. 111)

"El problema decisivo, que sobrepasa todos lo demás, es el siguiente: ¿en que sentido se solucionará la contradicción entre el dualismo de la Guerra Fría y el pluralismo de los grandes espacios que acabamos de explicar? ¿Se agudizará el dualismo de la Guerra Fría, o se formará una serie de grandes espacios autónomos que produzcan un equilibrio en el mundo y, de esta manera, la condición previa para un orden estable de la paz? Las dos posibilidades están abiertas. Aquí tenemos, por consiguiente, un campo para libre decisión política y para la responsabilidad histórica. Las naciones del mundo y sus líderes tienen que decidirse aquí. No es mi misión anticiparme a su juicio. Mi misión es el diagnóstico objetivo de la situación actual. Se lo hice a ustedes según mis posibilidades. [...] Los nuevos grandes espacios que están formándose

encontrarán su medida a tenor de las dimensiones de una planificación y administración humanas, y, con más precisión, según una planificación y administración que se organice por hombres frente a hombres, con el objeto de garantizar a las masas de población de las regiones industrializadas una seguridad racional de existencia, con pleno empleo, moneda estable y amplia libertad de consumo. Solamente cuando los nuevos espacios hayan encontrado la medida inmanente que corresponde a aquellas exigencias, el equilibrio de los nuevos grandes espacios podrá funcionar. Entonces se verá qué naciones y qué pueblos tuvieron la fuerza suficiente para mantenerse en el desarrollo industrial y quedarse fieles a sí mismos, y, por otra parte, qué naciones y pueblos perdieron su faz, porque sacrificaron su individualidad humana al ídolo de una tierra tecnificada. Entonces quedará manifiesto que los nuevos espacios reciben su medida y contenido no solamente por la técnica, sino también por la sustancia espiritual de los hombres que colaboraron en su desarrollo, por su religión y su raza, su cultura e idioma y por la fuerza viviente de su herencia nacional." (*El orden del mundo después de la segunda guerra mundial* (1962). p. 35-36)

"En el sistema de pactos de la política de posguerra de Ginebra se define como *enemigo al agresor*. Agresor y agresión son explicados por la vía de los hechos: el que declara la guerra, el que traspasa una frontera, el que no se atiene a un determinado procedimiento o a unos determinados plazos, etc. Es el agresor y el que rompe la paz. Aquí los conceptos de derecho internacional se constituyen desde una óptica visiblemente criminalista y penalista. En el derecho internacional el agresor viene a ser lo que en el actual derecho penal es el delincuente, el 'autor', que en realidad más que 'autor' debería llamarse 'no-

autor', ya que su presunta acción es en verdad un 'crimen'. Los juristas de la política ginebrina de post guerra entendieron esta criminalización del agresor y esta reducción de la agresión a un supuesto de hecho, un *Tatbestand*, como un progreso jurídico del derecho internacional. Ahora bien, el sentido más profundo de todos estos esfuerzos por definir al 'agresor', así como por precisar el hecho de la 'agresión', estriba en construir un *enemigo* y otorgar así un sentido a una guerra que de otro modo carecería de él. Cuanto más automática y mecánica se vuelve la

guerra, más automáticas y mecánicas se tornan también tales definiciones." *(Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo, 1938. p. 132-133)*

"Y es típico del pacifismo ginebrino el estar haciendo de la paz una ficción jurídica: paz es todo lo que no es guerra, pero sólo se reconoce como guerra la vieja guerra militar con su *animus belligerandi*. ¡Qué paz tan mezquina!

Para quienes están en condiciones de imponer su voluntad y quebrar la de

los demás con medios extramilitares, por ejemplo mediante posibilidades de influencia y coacción económicas, resulta un juego de niños evitar la guerra militar al viejo estilo, y si proceden militarmente, no tienen más que afirmar con suficiente firmeza que les falta toda voluntad guerrera, todo *animus belligerandi*. [...] El concepto de la neutralidad para el derecho internacional está en función del de la guerra. Por eso la neutralidad se modifica cuando lo hace la guerra." *(Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo, 1938. p. 138-139)*

El problema de la técnica y de la neutralidad

"Grandes masas de pueblos industrializados siguen hoy apegados a una roma religión de la tecnicidad porque, como todas las masas, buscan la consecuencia radical y creen inconscientemente haber hallado aquí la despolitización absoluta que se estaba buscando desde hacía siglos, y con la cual cesa la guerra y empieza la paz universal. Sin embargo la técnica no puede hacer otra cosa que incrementar la paz o la guerra; está dispuesta a ambas cosas por igual, y el que una y otra vez se nombre y se conjure la paz no cambiará nada. Hoy día vemos a través de la niebla de los nombres y las palabras con la que trabaja la maquinaria psicotécnica de la sugestión de las masas.

Conocemos incluso la ley secreta de ese vocabulario, y sabemos que hoy día la guerra más aterradora sólo se realiza en nombre de la paz, la opresión más terrible sólo en nombre de la libertad, y la inhumanidad más atroz sólo en nombre de la humanidad. Comprendemos, en fin, también el sentimiento de aquella generación que sólo vio en la era de la tecnicidad la muerte del espíritu o una mecánica sin alma. Reconocemos el pluralismo de la vida espiritual y sabemos que el centro de gravedad de la existencia humana no puede ser un dominio neutral, y que es incorrecto querer resolver un problema político mediante la antítesis entre mecánico y orgánico, entre muerte y vida. Una vida que no tenga frente a sí más que la muerte ya no es vida, no es sino impotencia e inanidad. Quien no conoce ya otro enemigo que la muerte, ni contempla en su enemigo otra cosa que una mecánica vacía, está más cerca de la muerte que de la vida, y la cómoda antítesis de orgánico y mecánico es en sí misma crudo mecanicismo. Una agrupación que vea de su lado sólo espíritu y vida, y del otro sólo muerte y mecánica, no significa ni más ni menos que la renuncia a la lucha, y

no posee otro valor que el de una queja romántica. Pues la vida no lucha con la muerte, ni el espíritu con la falta de él. El espíritu lucha contra el espíritu, la vida contra la vida, y es de la fuerza de un saber íntegro de donde nace el orden de las cosas humanas. *Ab integro nascitur ordo.*" *(La era de las neutralizaciones y las despolitizaciones. p. 121-122)*

"Ante estas armaduras técnicamente perfectas se estrella el problema de la justicia y de la injusticia. Alguien ha dicho que hay guerras justas, mas no ejércitos justos. Lo mismo podría decirse del Estado como mecanismo. Hablar de Estados justos o injustos cuando se tienen puestos los ojos en los Leviathanes como magnos mecanismos de mando, sería tanto como pretender discriminar entre máquinas justas e injustas."

(El Leviathán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes, 1938. p. 45)

"La fe en el progreso y en la infinita perfectibilidad -fe antigua, robustecida por la técnica moderna- tuvo su origen en la Ilustración. Entonces, en el siglo dieciocho no fue más que la convicción filosófica de unos cuantos intelectuales. En el siglo diecinueve fue el credo del positivismo. Sus primeros profetas son Saint Simon y Augusto Comte; su misionero más eficaz en el mundo anglosajón, Herbert Spencer. Hoy, en el siglo veinte, hace ya tiempo que los intelectuales *dudan* que el progreso técnico y moral vayan unidos. Están sobrecogidos por la experiencia aterradora que los nuevos medios técnicos han hecho más poderosos a los hombres, pero no mejores. Es la verdad que expresó Goethe diciendo que nada es más pernicioso para el hombre que un acrecentamiento de su poder sin aumento de su bondad." *(La unidad del mundo, 1951. p. 27-28)*

La amnistía

"No es fácil terminar una guerra civil. En la actualidad parece casi imposible. Los hombres apenas son capaces de terminar sus guerras interestatales y de encontrar un camino hacia la paz interestatal. Entonces, ¿cómo van a encontrar un camino hacia la paz en el interior del Estado,

que termine la guerra civil? Forma parte de la guerra civil que cada bando trate al otro como criminal asesino y saboteador. En la guerra civil el vencedor de turno está sentado encima de su derecho como encima de un botín. Se venga en nombre del Derecho. ¿Cómo es posible

romper el círculo vicioso de este mortífero tener razón? ¿Cómo puede terminar la guerra civil?" (*Amnistía es la fuerza de olvidar*, 1977. p. 1)

"La respuesta está en nuestra capacidad para la amnistía. Mejor dicho, en nuestra fuerza para una auténtica amnistía. Si no entendemos por amnistía nada más que una limosna miserable, que permite el desposeído de sus derechos un paseo por el patio de la prisión, sería mejor no seguir hablando, para no falsificar un gran concepto. No es tan fácil terminar una guerra civil. Después de falsificar tantas palabras, ideas e instituciones, debíamos por lo menos tener cuidado de no envenenar la palabra

clave de la paz. La amnistía es un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna.

Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe. Si nos falta la fuerza y la gracia del olvidar mutuo, debíamos conservar, por lo menos, el recuerdo de un resto de derecho sagrado, para que el último remedio, la capacidad de olvidar mutua, no se pierda por completo. ¿Quién nos dará la fuerza y quién nos enseñará el arte del buen olvidar?"

(*Amnistía es la fuerza de olvidar*, 1977. p. 2)

La historia

"Que todo conocimiento histórico es conocimiento del presente, que no obtiene su luz e intensidad más que de éste y que en un sentido profundo no está sino a su servicio, porque todo espíritu no es sino espíritu presente, es algo que sabemos a partir de Hegel, y quizá sobre todo de Benedetto Croce." (*La era de las neutralizaciones y las despolitizaciones*. p. 107)

"La Historia no es un discurso de reglas y normas científico-naturales, biológicas o de cualquier otra índole. Su contenido esencial y específico es el acontecer que sólo una vez sucede y no se repite. Aquí no valen los experimentos ni los funcionalismos, ni las oraciones condicionales irreales que se entretienen en combinaciones sobre lo que habría ocurrido si tal o tal hecho no hubiera sucedido; por ejemplo, si los moros no hubieran perdido la batalla de Poitiers, o si Colón no hubiera descubierto América; si Napoleón hubiera ganado la batalla de Waterloo u otras ucronías. Todo esto

carece de sentido frente a la irrepitibilidad del acontecer histórico. El acontecimiento histórico sucede sólo una vez, y su singularidad es destruida por la filosofía de la Historia del racionalismo. También la doctrina del eterno retorno suprime esta irrepitibilidad y con ella la Historia misma, convirtiéndola en una mera rotación. La singularidad de las acciones humanas sólo se hace inteligente en cuanto se la refiere a la singularidad infinita de los sucesos centrales de la historia cristiana. [...] Pero la Historia misma es siempre más grande y más fuerte que toda filosofía de la Historia y las posibilidades de una visión cristiana de la Historia misma. [...] Nos atrevemos a hablar de una historia que es más que una filosofía de la Historia, más que una naturaleza que gira encerrada en sí misma en el eterno retorno. Esto es, un encuadramiento de lo eterno en el transcurso de los tiempos, agitando en grandes testimonios, creciendo en poderosa creatividad por trabajos y peligros la esperanza y el honor de nuestra existencia." (*La unidad del mundo*, 1951. p. 35-36)

El racismo académico

"Decisivo es además el problema de las citas. Después de un congreso como éste ya no es posible citar a un autor judío como a otro autor. Sería prácticamente una irresponsabilidad citar a un autor judío como referente principal o incluso como una especie de autoridad en un campo. Un autor judío no tiene autoridad para nosotros, tampoco una autoridad 'puramente científica'. Esta constatación es el punto de partida para el tratamiento de la cuestión de las citas. Un autor judío es para nosotros, en el caso de que se le cite, un autor judío. Añadir la palabra y la denominación 'judío' no es una cuestión de apariencia, sino algo esencial, pues al fin y al cabo no podemos evitar que el autor judío se valga de la lengua alemana. De otro modo no es posible la limpieza de nuestra literatura jurídica. Quien hoy en día escribe 'Stahl- Jolson' ha

conseguido con ello de una manera clara y auténticamente científica más que con grandes declaraciones contra los judíos que se mueven entre expresiones generales y abstractas y por las que ningún judío se siente *in concreto* afectado. Sólo cuando hayamos solucionado la cuestión de las citas en este sentido tendremos una literatura jurídica alemana, no contaminada por los judíos. El problema de las citas es, por lo tanto, no sólo un problema práctico, sino también un problema absolutamente fundamental. Se puede reconocer a cada escritor por su modo de citar. Sólo quiero recordar con cuánta descarada naturalidad los miembros de la escuela de Viena del judío Kelsen sólo se citaban unos a otros, y con cuánta crueldad y desfachatez, incomprensibles para nosotros los alemanes, se despreciaban otras

opiniones. El problema de las citas no es, por lo tanto, un asunto secundario. En lo referente a la cuestión judía, hoy en día ya no hay asuntos secundarios en absoluto. En cuanto ha comenzado una verdadera lucha de cosmovisiones, todo está interconectado del modo más estrecho e íntimo." (*La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío*, 1936. p. 97-98)

"Lo más importante, empero, que hemos comprobado en estos días es, sin duda, la clara y definitiva certeza de que opiniones judías en cuanto a su contenido mental no pueden ser puestas en el mismo nivel que las opiniones de autores alemanes o de otros autores no judíos."

(*La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío*, 1936. p. 99)

Bibliografía

1. SCHMITT, Carl. **La visibilidad de la Iglesia. Una reflexión escolástica** (1917). Traducción de Román García Pastor. En: Daimon. Revista de Filosofía. Julio-diciembre de 1996. No. 13, pp. 11-18.
2. _____. **Romanticismo Político** (1919). Traducción de Luis A. Rossi y Silvia Schwarzböck y revisión de Jorge E. Dotti. Buenos Aires: Duncker & Humblot y Universidad Nacional de Quilmes, 2005. 250p.
3. _____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **La teoría política del mito** (1923). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 65-74.
4. _____. **Catolicismo y forma política** (1923). Traducción de Carlos Ruíz Miguel. Madrid: Tecnos, 2001. 50 p.
5. _____. **Rudolf Kjellén, Der Staat als Lebensform** (1925). En: Empresas Políticas (Murcia). 2004. Vol. 03, no. 04, p. 183-184.
6. _____. **Sobre la idea de razón de estado de Friedrich Meinecke** (1926). Traducción de Miguel Saralegui. En: Revista Empresas Políticas (Murcia). Segundo semestre de 2007. Vol. VI, no. 9, pp. 79-85.
7. _____. **La Dictadura** (1926). En: Empresas Políticas (Murcia). 2007. Vol. 06, no. 08, p. 103-106.
8. _____. **Teoría de la Constitución** (1927). Presentación de Francisco Ayala, epílogo de Manuel García-Pelayo y versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996. 377 p.
9. _____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **El ser y devenir del Estado fascista** (1929). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 75-81.
10. _____. **Resumen de los diversos significados y funciones del concepto de la neutralidad política interna del Estado** (1931). En: *El concepto de lo político*. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1998. p. 125-130.
11. _____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **El giro hacia el Estado totalitario** (1931). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 82-94.
12. _____. **Hacia el Estado total** (1931). En: Revista de Occidente. 1931. Vol. 00, no. 95, p. 140-156.
13. _____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **El imperialismo moderno en el derecho internacional público** (1932). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 95-113.
14. _____. **El concepto de lo político** (1932). Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1998. 153 p.
15. _____. **Legalidad y legitimidad** (1932). Traducción de Jose Diaz García. Madrid: Aguilar, 1971. 177 p.
16. _____. **Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía** (1933). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 21-62.
17. _____. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica** (1934). Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996. 77 p.
18. _____. **El "führer" defiende el derecho. El discurso de Hitler ante el Reichstag del 13 de julio de 1934** (1934). Traducción de Angelika Scherp. En: ZARKA, Yves-Charles. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935*. Barcelona: Anthropos, 2007. p. 87-94.
19. _____. **La constitución de la libertad** (1935). Traducción de Juan Pablo Larreta Zulategui. En: ZARKA, Yves-Charles. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935*. Barcelona: Anthropos, 2007. p. 61-64.
20. _____. **La legislación nacionalsocialista y la reserva del "ordre public" en el derecho privado internacional** (1935). Traducción de Victor Manuel Borrero Zapata. En: ZARKA, Yves-Charles. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935*. Barcelona: Anthropos, 2007. p. 65-86.
21. _____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **Resumen comparativo del desarrollo más reciente del problema de las "delegaciones legislativas"** (1936). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 119-134.
22. _____. **La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío** (1936). Traducción de Esteban Bache Bernal. En: ZARKA, Yves-Charles. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935*. Barcelona: Anthropos, 2007. p. 95-102.
23. _____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **Las nuevas tareas de la historia constitucional** (1936). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 119-134.

- de la política. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p.135-140.
- 24._____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **Enemigo total, guerra total, Estado total** (1937). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p.141-146.
- 25._____. **El Leviathan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes** (1938). Traducción de Francisco Javier Conde. Edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004. 94 p.
- 26._____. **Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo** (1938). En: *El concepto de lo político*. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1998. p. 131-140.
- 27._____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: **Los dos grandes "dualismos" del sistema jurídico actual. Colaboración para la miscelánea dedicada a Georgios Streit (Atenas)** (1939). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p.155-166.
- 28._____. **Prólogo a la edición española de Estudios Políticos** (1939). En: Empresas Políticas (Murcia). 2004. Vol. 03, no. 04, p. 184.
- 29._____. **El concepto de Imperio en el Derecho Internacional** (1941). Traducción de Javier Conde. En: Revista de Estudios Políticos. Enero de 1941. No. 1, pp. 83-101.
- 30._____. **El Estado como concepto concreto vinculado a una época histórica** (1941). Traducción de Francisco A. Caballero y Austerlitz. En: Veintiuno. Otoño de 1998. No. 39, pp. 67-82.
- 31._____. **Cambio de estructura del Derecho Internacional** (1943). Traducción de Javier Conde. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1943. 36 p.
- 32._____. **Donoso Cortés y las revoluciones de 1848** (1949). En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires. Noviembre-diciembre de 1949. Vol. IV, no. 17, pp. 1549-1566.
- 33._____. **La justificación de la ocupación de un nuevo mundo** (Francisco de Vitoria) (1949). En: Revista Española de Derecho Internacional. 1949. Vol. 00, no. 02, p. 13-46.
- 34._____. **El "Nomos" de la Tierra. El derecho como unidad de asentamiento y ordenamiento** (1950). Traducción de José Caamaño. En: Arbor. Abril de 1950. No. 52, pp. 479-488.
- 35._____. **El concepto de lo político** (1950). En: Hechos e Ideas, Buenos Aires. Mayo-junio de 1950. Vol. XI, no. 74-75, pp. 43-90.
- 36._____. **La tensión planetaria entre Oriente y Occidente y la oposición entre Tierra y Mar** (1950). En: Revista de Estudios Políticos. Mayo-junio de 1955. No. 82, pp. 3-28.
- 37._____. **La unidad del mundo** (1951). Prólogo general a la colección por Florentino Pérez Embid. Segunda edición. Madrid: Ateneo, 1956. 39 p.
- 38._____. **La unidad del mundo** (1951). En: Empresas Políticas (Murcia). 2004. Vol. 03, no. 04, p. 173-181
- 39._____. **Tierra y mar, elementos de política mundial** (1951). En: Empresas Políticas (Murcia). 2004. Vol. 03, no. 04, p. 181-183.
- 40._____. **Tres posibilidades de una visión cristiana de la historia** (1951). Traducción de Francisco de Asís Caballero. En: Arbor. Febrero de 1951. No. 62, pp. 237-241.
- 41._____. **Tierra y mar. Consideraciones sobre la historia universal** (1952). Traducción de Rafael Fernández Quintanilla. Madrid: Colección Civitas. Instituto de Estudios Políticos, 1952. 114 p.
- 42._____. **Situación de la Ciencia Jurídica Europea** (1953). En: Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Mayo-junio de 1953. Vol. XI, fasc. 2, pp. 283-295.
- 43._____. **Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso** (1954). Traducción de E. Tierno Galván. En: Revista de Estudios Políticos. Noviembre-diciembre de 1954. No. 78, pp. 3-20.
- 44._____. **Hamlet y Jacobo I de Inglaterra. Política y literatura** (1956). En: Revista de Estudios Políticos. Enero-febrero de 1956. No. 85, pp. 59-91.
- 45._____. **La tiranía de los valores** (1961). Traducción de Anima Schmitt de Otero. En: Revista de Estudios Políticos. Enero-febrero de 1961. No. 15, pp. 75-80.
- 46._____. **El orden del mundo después de la segunda guerra mundial** (1962). En: Revista de Estudios Políticos, Madrid. Marzo-abril de 1962. No. 122, pp. 19-37.
- 47._____. **Prólogo a El concepto de lo político** (1963). En: *El concepto de lo político*. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1998. p. 41-42.
- 48._____. **Clausewitz como pensador político o el honor de Prusia** (1966). Traducción de Javier Conde. En: Revista de Estudios Políticos. Enero-febrero de 1969. No. 163, pp. 5-27.
- 49._____. **Teoría del Partisano** (1966). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966. 132 p.
- 50._____. **La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria** (1963). Traducción del alemán por José Díaz García. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente. Biblioteca de Política y Sociología, 1968. 338 p.

- 51._____. *Teología Política II. La leyenda de la liquidación de toda teología política* (1969). En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 395-460.
- 52._____. *Amnistía es la fuerza de olvidar* (1977). Artículo publicado el 21 de enero de 1977 en el diario El País de España. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/Amnistia/fuerza/olvidar/elpepiopi/19770121elpepiopi_7/Tes/ Consultado el 15 de febrero de 2010.
- 53._____. *La Revolución Legal Mundial. Plusvalía política como prima sobre la legalidad jurídica y superlegalidad* (1979). En: Revista de Estudios Políticos. Julio-agosto de 1979. No. 10, pp. 5-24.
- 54._____. *Carta a Alfonso Otero* (1981). En: Homenaje al profesor Alfonso Otero. Santiago de Compostela: Secretariado de publicaciones de la Universidad, 1981. pp. 11-17
- 55._____. *La interpretación europea de Donoso Cortés*. En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. pp. 227-243
- 56._____. *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del "Jus publicum europeum"*. En: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. pp. 463-500.
- 57._____. *La era de las neutralizaciones y las despolitizaciones*. En: El concepto de lo político. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1998. p. 107-122.
- 58._____. *Sobre las posibilidades y elementos no estatales del derecho internacional*. En: El concepto de lo político. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1998. p. 141-144.
- 59._____. *Alexis de Tocqueville: una historiografía existencial. Traducción de Jose Antonio Hernández*. En: Casa del Tiempo. Julio-agosto de 2004. pp. 103-104
- 60._____. *Teología política*. En: Gaceta del Fondo de Cultura Económica, México. 2001. No. 362, pp. 18-24.
- 61._____. *La definición de soberanía*. En: Gaceta del Fondo de Cultura Económica, México. 2001. No. 362, pp. 24-27.
- 62._____. *El pensamiento político de Bodino. Traducción de Francisco J. Conde*. En: Empresas Políticas (Murcia). 2003. Vol. 00, no. 02, p. 124-125.

B Sección Entrevista

Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso*

*¿Sois felices?
Somos poderosos
Lord Byron*

Intervienen en el coloquio:

E. (Estudiantes de un curso, preguntando).

C.S. (Carl Schmitt, respondiendo)

E. Si el poder no procede ni de la naturaleza ni de Dios, ¿de dónde proviene entonces?

C.S. Entonces sólo nos queda una cosa: el poder que un hombre ejerce sobre otros hombres procede del hombre mismo.

E. ¡Pues sí que estamos bien! Hombres lo somos todos. También Stalin fué un hombre; también Roosevelt u otro que pudiéramos citar aquí.

C.S. ¡Palabras realmente tranquilizadoras! Si el poder que ejerce un hombre sobre los demás procede de la naturaleza, es o el poder del progenitor sobre su descendencia o la supremacía de los colmillos, de los cuernos, de las garras, de las pezuñas, de las vejigas ponzoñosas y de otras armas naturales. Bien podemos prescindir aquí del poder del progenitor sobre su descendencia. Entonces nos queda el poder del lobo sobre el cordero. Un hombre que tiene poder sería un lobo frente al hombre que no tiene poder. Quien no tiene poder se siente como cordero hasta que consiga, por su parte, alcanzar la situación del poderoso y desempeñar el papel del lobo. Esto lo confirma el adagio latino: *Homo homini lupus*. Traducido quiere decir: el hombre es para el hombre un lobo.

E. ¡Qué asco! ¿Y si el poder procede de Dios?

C.S. Entonces, el que lo ejerce, es portador de una propiedad divina; recibe, con su poder, algo divino y habría que honrar, si no a él mismo, sí un poder de Dios que le es inherente. Esto lo confirma el adagio latino: *Homo homini Deus*. Traducido quiere decir: *El hombre es para el hombre un Dios*.

E. ¡Esto es demasiado!

C.S. Pero si el poder no procede ni de la naturaleza ni de Dios, entonces todo lo que se refiere al poder y a su ejercicio ocurre solamente entre hombres. Entonces estamos los hombres entre nosotros mismos. Los poderosos están frente a los que no tienen poder, los pudientes frente a los impotentes, simplemente de hombre a hombre.

E. Es decir: El hombre es para el hombre un hombre.

C.S. Lo confirma el adagio latino: *Homo homini homo*.

2

E. Está claro. El hombre es para el hombre un hombre. Sólo porque se encuentran hombres que obedecen a otro hombre, le proporcionan a éste el poder. Si dejan de obedecerle, el poder se acaba por sí solo.

C.S. Muy cierto. Pero ¿por qué obedece usted? La obediencia no es ni mucho menos arbitraria, sino que está motivada por algo y en alguna medida. ¿Por qué entonces dan los hombres su consenso al poder? En algunos casos lo hacen por confianza, en otros por miedo, a veces por esperanza, a veces por desesperación. Pero lo que necesitan siempre es protección y esta protección la buscan en el poder. Desde el punto de vista del hombre no queda más explicación para el poder que la relación entre protección y obediencia. Quien no tiene el poder de proteger a alguien no tiene tampoco derecho a exigirle obediencia. Y a la inversa: Quien busca y acepta protección no tiene derecho a negar la obediencia.

E. Pero, ¿y si el poderoso ordena una cosa injusta? ¿No habría que negar entonces la obediencia?

C.S. ¡Naturalmente! Pero no hablo de órdenes injustas y aisladas, sino de una situación en conjunto, en la que el poderoso y los que están sometidos a él están coordinados en una unidad política. Aquí se trata de que el que tiene el poder puede crear sin interrupción motivos eficientes, y de ningún modo siempre inmorales, para la obediencia: mediante el otorgamiento de la protección y de una existencia segura, mediante educación e intereses solidarios frente a otros. En resumen: el consenso determina el poder, es cierto, pero el poder determina también el consenso y en modo alguno se trata, en todos los casos, de un consenso irracional o inmoral.

E. ¿Qué es lo que quiere usted decir con esto?

C.S. Quiero decir con esto que el poder, también allí donde es ejercido con plena conformidad de todos los sometidos al poder, sigue teniendo aún una significación bastante peculiar y, por así decirlo, una plusvalía. Es más que la suma de todos los consensos que contiene, y aún más que su producto. ¡Reflexione, por favor, lo estrechamente ligado que está el hombre, en esta sociedad sumida en el trabajo, a la estructura social! Vimos antes como retrocede la barrera de la naturaleza, pero ahora vemos cómo avanza, y con qué fuerza y proximidad, la barrera social. Por ello

*SCHMITT, Carl. *Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso* (1954). Traducción de E. Tierno Galván. En: Revista de Estudios Políticos. Noviembre-diciembre de 1954. No. 78, pp. 3-20.

Algunos apartes del texto sugieren que se basa en un coloquio supuesto por el propio Carl Schmitt.

se hace también cada vez más fuerte la motivación para el consenso del poder. Un hombre moderno con poder tiene infinitamente más medios para promover el consenso de su poder que Carlomagno o Barbarroja.

3

E. ¿Quiere usted decir con esto que el poderoso hoy en día puede hacer lo que se le antoje?

C.S. Al contrario. Sólo quiero decir con esto que el poder es una magnitud propia y autónoma, incluso frente al consenso que él mismo ha creado, y ahora quisiera mostrarle que lo es también frente al propio poderoso. El poder es una magnitud objetiva, con leyes propias, frente al individuo humano que, en un momento preciso, pueda tener en su mano el poder.

E. ¿Qué es lo que quiere decir aquí eso de magnitud objetiva, con leyes propias?

C.S. Esto significa algo muy concreto. Comprenda usted con claridad que también el poderoso más terrible está sujeto a los límites de la naturaleza humana, a la deficiencia del cerebro humano y a la flaqueza del alma humana. También el hombre más poderoso tiene que comer y beber como todos nosotros. También él enferma y envejece.

[...] **E.** Yo sólo veo siempre esplendor y miseria del hombre; usted habla siempre de dialéctica interna. Por eso quisiera hacer una pregunta completamente sencilla: Si el poder, ejercido por hombres, no viene de Dios ni de la naturaleza, sino que es una estructura humana interna, ¿es entonces bueno o malo, o qué es lo que es?

C.S. Esta pregunta es más peligrosa de lo que usted quizás sospeche. Porque la mayoría de los hombres contestará con la mayor naturalidad: El poder es bueno, si lo tengo yo, y es malo si lo tiene mi enemigo.

E. Digamos mejor así: El poder en sí no es bueno ni malo; es en sí neutral; es lo que el hombre hace de él; en manos de un hombre bueno, es bueno, y en manos de un hombre malo, es malo.

C.S. ¿Y quién decide, en un caso concreto, sobre si un hombre es bueno o malo? ¿El poderoso o algún otro? El hecho de que uno tenga el poder, significa, ante todo, que él mismo decide sobre ello. Esto es lo que pertenece a su poder. Si es otro el que decide, entonces resulta que este otro es quien tiene el poder o que al menos lo reclama.

[...] **C.S.** Yo creo que en el siglo pasado se nos ha descubierto de manera muy peculiar la esencia del poder humano. Porque resulta efectivamente raro que la tesis del poder malo se difundiera precisamente a partir del siglo XIX. Habíamos pensado que el problema del poder se había resuelto o al menos suavizado, si el poder no procede de Dios ni de la naturaleza, sino que es algo que los hombres convienen entre sí. ¿Qué es lo que va a temer el hombre, si Dios ha muerto y el lobo ni siquiera asusta ya a un niño? Pero precisamente desde esa época en que parece verificarse esta humanización del poder -desde la Revolución Francesa-, se extiende inconteniblemente la convicción de

que el poder es en sí malo. La afirmación *Dios ha muerto* y la otra afirmación *El poder es en sí malo* proceden de la misma época y de la misma situación. En el fondo, ambas afirmaciones confirman lo mismo.

[...] **C.S.** ¿Que qué es lo que debemos hacer? ¿Recuerda usted el principio de nuestra conversación? Usted me hizo la pregunta siguiente: '¿Tengo yo mismo poder?' Pues ahora volvamos la oración por pasiva, y yo le pregunto a usted: ¿Tiene usted mismo poder o no lo tiene?

E. Al parecer quiere usted aprovechar mi pregunta para no ocuparse de cualquier aplicación útil.

C.S. Al contrario. Sólo quería crearle una posibilidad de dar una respuesta sensata a su pregunta. Si alguien, con relación al poder, pregunta por una aplicación práctica, debe de haber una diferencia entre tener poder y no tenerlo.

E. Evidente. Pero usted no deja de decir que el poder es algo objetivo y más fuerte que cualquier hombre que lo maneja. Para ello tiene que haber algunos ejemplos de aplicación práctica.

C.S. Hay infinitos, tanto para el que tiene el poder como para el que no lo tiene. Sería ya realmente un gran éxito el conseguir que el auténtico poder apareciese pública y visiblemente en el escenario político. Al poderoso le recomendaría, por ejemplo, no presentarse nunca en público sin el uniforme ministerial o las galas correspondientes. A un no-poderoso le diría: No creas que eres bueno por el mero hecho de que no tienes poder. Y si sufre con ello, con la falta de poder, le recordaría que la voluntad de poder es tan auto-destructora como la voluntad de placer o de otras cosas que saben a poco. A los miembros de una asamblea constituyente o consultiva les inculcaría bien el problema del acceso a la cima, para que no creyeran que podían organizar el gobierno de su país según un esquema cualquiera, como una especulación de sobra conocida. En resumen, ya ve usted que hay muchas aplicaciones prácticas.

E. Pero, ¿y el hombre? ¿Dónde queda el hombre?

C.S. Todo lo que un hombre -con o sin poder- piensa o hace, pasa por el pasillo de la conciencia humana y de otras potencias humanas individuales.

E. Entonces el hombre es para el hombre un hombre.

C.S. También lo es. Ciertamente que siempre de manera muy concreta. Esto significa, por ejemplo: El hombre Stalin es para el hombre Trotsky un Stalin, y el hombre Trotsky es para el hombre Stalin un Trotsky.

E. ¿Es ésta su última palabra?

C.S. No. Con ello sólo quería decirle que la bella fórmula, 'El hombre es para el hombre un hombre' -*homo homini homo*-, no es ninguna solución, sino solamente el principio de nuestra problemática. Me refiero a ello desde un punto de vista crítico, afirmativo a ultranza, y en el sentido del grandioso verso: *Ser hombre sigue siendo, sin embargo, una decisión. Esta sí será mi última palabra.*"

C Sección Investigación

Los maestros amenazados con ocasión del conflicto armado colombiano: perspectiva de la Corte Constitucional

Autora: María Adelaida Vélez Posada. Abogada de la Universidad EAFIT.

Origen de la investigación

El tema del conflicto armado colombiano ha sido de interés personal desde hace ya algún tiempo y coincidió con una de las áreas de estudio más importantes del grupo de investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. La investigación aquí presentada se desarrolló como monografía, con el objetivo de obtener el título de abogada en la mencionada universidad. En este trabajo investigativo se optó por abordar el estudio del conflicto armado interno a partir de un conjunto de pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el problema específico de los maestros amenazados por los distintos actores armados.

Objetivo principal y objetivos específicos

El objetivo principal de esta monografía consistió en dar cuenta de cómo percibe la Corte Constitucional el conflicto armado colombiano, a partir del problema específico de la amenaza y vulneración de los derechos constitucionales de los maestros por parte de los actores combatientes. Adicional a este, otros objetivos que guiaron el presente estudio y ampliaron las dimensiones de análisis sobre la problemática en cuestión fueron: 1) describir el contexto en que se desarrolla el problema de los maestros amenazados por el conflicto armado; 2) determinar si existe o no una línea jurisprudencial construida por la Corte Constitucional para abordar el asunto de los maestros amenazados por causa del conflicto armado, y si la hay, establecer cuáles son sus características principales; y 3) comparar las percepciones de la Corte Constitucional con las de otras ramas del poder público acerca del conflicto y de la situación de los maestros amenazados por los grupos armados.

Enfoque teórico: aproximación al conflicto armado colombiano

Con el fin de lograr una claridad conceptual adecuada sobre las características de la guerra en Colombia, los cuales permiten entender por qué los maestros son sujetos especialmente vulnerables frente a los grupos combatientes, se hizo un rastreo de las principales ideas y acuerdos existentes en la academia sobre la naturaleza y los rasgos del conflicto armado interno, partiendo del

escenario internacional y culminando con las propuestas formuladas por teóricos en el ámbito doméstico. Las principales ideas se formulan a continuación:

- En el ámbito internacional actual es posible identificar dos grandes tendencias teóricas de los conflictos internos: una que afirma que hay una diferencia sustancial entre las “nuevas” y las “viejas guerras”, enfatizando en las causas económicas, los modos de lucha y el papel de la población civil como elementos distintivos de los conflictos contemporáneos -Mary Kaldor¹ y Paul Collier², entre otros-; y otra que, aunque reconoce la presencia de elementos nuevos, insiste en la importancia de las motivaciones políticas y no ve una diferencia radical entre las guerras actuales y las antiguas -Stathis Kalyvas³ ejemplifica esta línea de pensamiento-.

- La tipificación del conflicto colombiano es muy difícil, sin embargo, pueden establecerse unas características más o menos aceptadas: 1) se trata de un conflicto interno en tránsito hacia un conflicto regional complejo, es decir, con repercusiones internacionales; 2) reviste la modalidad de una guerra no convencional o irregular; 3) se originó por motivaciones ideológicas; 4) ha tenido una duración prolongada; 5) puede ser ubicado en un punto medio entre un conflicto de pequeña escala y un conflicto de escala intermedia; 6) tiene un carácter “multipolar”; 7) ha sufrido un notable proceso de degradación; 8) el narcotráfico ha cumplido un rol fundamental en la transformación de las dinámicas de los actores armados; 9) los guerreros no estatales han incorporado prácticas de terrorismo; y, 10) la población ha sido involucrada y victimizada por todos los bandos enfrentados⁴.

Contexto fáctico: situación de los maestros amenazados en el conflicto armado

Luego de reconocer que los maestros son sujetos de la población civil, especialmente vulnerables frente a las actuaciones de los grupos armados, y antes de adentrarse en el estudio de la respuesta de la Corte Constitucional a este problema, se buscó establecer un panorama del perfil, riesgo y situación general que viven los maestros en Colombia con ocasión de las dinámicas del conflicto interno.

En este punto se evidenció que los educadores más vulnerables en medio del conflicto armado son los

¹KALDOR, Mary. (2001); *Las Nuevas Guerras: Violencia Organizada en la Era Global*; Barcelona; Tusquets Editores; pp. 242.

²COLLIER, Paul, (mayo-junio de 2001), Causas económicas de las guerras civiles y sus implicaciones para el diseño de políticas. Traducido por Carlos José Restrepo, *El Malpensante* Lecturas paradójicas. Vol. 00, No. 30. (Versión electrónica.) pp. 1-26

³KALYVAS, Stathis. (2005), ‘Nuevas’ y ‘viejas’ guerras civiles. ¿Una distinción válida?, *Zona Abierta*. Vol. 00, No. 112, pp. 21-47

⁴Ver. PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. (2004), *Una Democracia Asediada. Balance y Perspectivas del Conflicto Armado en Colombia*; Bogotá; Norma; pp. 370

docentes que laboran en zonas de intensa conflictividad y que, por ello, se ven inmersos en las dinámicas generales de los ataques en contra de la población civil. La gran mayoría son personas que han tenido pocas oportunidades de capacitarse y cuyos ingresos son muy reducidos. Además, son más propensos a sufrir afectaciones por actores del conflicto en virtud del papel que cumplen, o que se percibe que cumplen, en la comunidad.

En razón de la masiva vulneración de derechos de los docentes en Colombia se expidió una normatividad dirigida a adoptar medidas para brindar protección a este sector vulnerable -el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 y su reglamentación mediante el Decreto-Ley 3222 de 2003- pero ésta ha sido ineficaz, y a pesar de que ha habido una disminución paulatina del número de maestros asesinados, la situación continúa siendo crítica y las respuestas del Estado, insuficientes.

Reseña: percepción de la Corte Constitucional sobre el problema de los maestros amenazados por parte de los actores combatientes en el conflicto armado colombiano

Para adelantar el análisis propuesto se hizo un rastreo inicial en la jurisprudencia del tribunal constitucional, tomando como punto de partida las 325 sentencias analizadas en la investigación doctoral del profesor Mario Montoya⁵, a las cuales se aplicaron criterios de búsqueda que permitieron individualizar los pronunciamientos del tribunal en relación con los docentes. El resultado final fue la identificación de 21 sentencias de tutela, proferidas entre 1994 y 2008, las cuales abordan el tema específico de los maestros sometidos a altos niveles de riesgo por parte de los distintos actores armados.

Conclusiones/Resultados

• Las acciones de tutela, en conjunto, muestran una tendencia acorde con la cartografía de la situación de los maestros en el conflicto armado colombiano realizada en otros ámbitos.

• La Corte ha seguido una tendencia coherente al abordar el tema de los maestros amenazados por grupos armados, como un caso particular de la amenaza al derecho a la vida de los funcionarios públicos por causa del conflicto.

El asunto es definido como una tensión, por un lado, entre el derecho a la vida y la integridad de los maestros y, por el otro, entre el principio de solidaridad social y el de la continuidad en la prestación del servicio público de educación. Adicional a esto, se identificó una subregla constitucional que guía las decisiones del tribunal, la cual establece que por regla general y ante la necesidad de prestar el servicio público de educación, los docentes

están obligados a soportar el riesgo potencial al que son sometidos por causa del conflicto; salvo, en eventos en que el docente está frente a una amenaza grave e inminente, caso en que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar su integridad.

• Acerca de la percepción de la Corte Constitucional sobre el conflicto armado colombiano, subyacente a las sentencias estudiadas, se evidenció que sólo en 10 de las 21 sentencias se menciona de forma directa el fenómeno de la guerra, en las 11 restantes se sobreentiende la existencia de una situación de conflicto y el tribunal no hace consideraciones al respecto.

• En las sentencias estudiadas hay una gran diversidad de calificaciones del conflicto por parte de la Corte, no obstante, es posible identificar algunos elementos comunes: la clasificación de los maestros como miembros de la población civil y el carácter innegable de la realidad conflictiva y violenta que vive Colombia.

• La distintas denominaciones del conflicto se expresan en referencias del tribunal relacionadas con: 1) la victimización de la población civil; 2) la larga duración del conflicto y sus distintos grados de intensidad; 3) la variedad de actores; 5) la degradación del conflicto en el tiempo; y, 6) el terrorismo como calificativo de las nuevas formas de actuar de los guerreros.

• Finalmente, del análisis del lenguaje utilizado por la Corte para referirse al conflicto armado, se concluyó: 1) mientras que en algunas ocasiones la Corte reconoce explícitamente la existencia de un conflicto armado complejo, en otras, el tribunal opta por describir la realidad como una violencia generalizada, lo que demuestra que en la Corte también existe la percepción de que en Colombia lo que se vive es un fenómeno de violencia crónica más que un conflicto armado definido; 2) los parámetros de decisión utilizados por la Corporación no fueron distintos por tratarse de un grupo armado en particular -ejército, paramilitares, guerrilla-; y, 3)

sí hay una diferencia en el tratamiento dado por la Corte dependiendo del actor señalado, en relación con la percepción general del tribunal sobre las dinámicas de la guerra, pues en aquellos casos en que se identifica a un grupo armado ilegal como responsable de la amenaza, la victimización de la población civil es atribuida casi exclusivamente a los actores combatientes no estatales, mientras que si es el ejército el ente señalado como vulnerador de los derechos de las personas, la Corte lo reconoce como uno más entre un número plural de actores que operan en contra de la población civil.

⁵ MONTROYA BRAND Mario, (2009); Control Constitucional, Guerra y Paz en Colombia: 1992-2006; Tesis Doctoral; Universidad Autónoma de Barcelona; pp. 668 (texto inédito).

Bibliografía

1. COLLIER, Paul, (mayo-junio de 2001), Causas económicas de las guerras civiles y sus implicaciones para el diseño de políticas. Traducido por Carlos José Restrepo, El Malpensante Lecturas paradójicas. Vol. 00, No. 30. (Versión electrónica.) pp. 1-26
2. KALDOR, Mary. (2001); Las Nuevas Guerras: Violencia Organizada en la Era Global; Barcelona; Tusquets Editores; pp. 242.
3. KALYVAS, Stathis. (2005), 'Nuevas' y 'viejas' guerras civiles. ¿Una distinción válida?, Zona Abierta. Vol. 00, No. 112, pp. 21-47
4. MONTOYA BRAND Mario, (2009); Control Constitucional, Guerra y Paz en Colombia: 1992-2006; Tesis Doctoral; Universidad Autónoma de Barcelona; pp. 668 (texto inédito).
5. PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. (2004), Una Democracia Asediada. Balance y Perspectivas del Conflicto Armado en Colombia; Bogotá; Norma; pp. 370
6. Sentencias de la Corte Constitucional: T-160 de 1994, T-673 de 1996, T-362 de 1997, T-733 de 1998, T-212 de 1999, T-1131 de 2000, T-448 de 2000, T-028 de 2000, T-258 de 2001, T-383 de 2001, T-1026 de 2002, T-377 de 2003, T-787 de 2003, T-795 de 2003, T-539 de 2004, T-852 de 2004, T-976 de 2004, T-1132 de 2004, T-305 de 2007, T-731 de 2007, T-184 de 2008.

Ley 1341 del 30 de julio de 2009 y Sentencia C-614 del 2009

Autor: David Suárez Tamayo. Abogado y Magíster de la Universidad de Antioquia, profesor de tiempo completo de Derecho Administrativo y Coordinador Académico de la Especialización de Derecho Público de la Universidad EAFIT. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Poder.

Por su relevancia y actualidad presentamos la reseña de una ley y de una sentencia de la Corte Constitucional, ambas del año 2009.

1. Ley 1341 del 30 de julio de 2009. “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones –Tic-, se crea la agencia nacional del espectro y se dictan otras disposiciones”.

De la ley 1341 de 2009, conocida como la ley de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), destacamos los siguientes aspectos:

- La ley busca establecer el marco general para la fijación de políticas públicas en materia de las tecnologías de la información y las comunicaciones, el régimen de competencia, la defensa y protección de los usuarios, la calidad y cobertura de los servicios, entre otros.

- **La Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL) deja de considerarse como servicio público domiciliario, como lo tenía establecido la ley 142 de 1994, pero se mantiene como servicio público de carácter esencial bajo la titularidad del Estado.**

- Al perder el carácter de domiciliario, uno de los efectos inmediatos sería la desaparición de los subsidios para el estrato 1 (hasta el 50 %), estrato 2 (hasta el 40 %) y estrato 3 (hasta el 15 %), pero la ley estableció una transición según la cual, se mantendrán los subsidios para los estratos 1 y 2 por un período de cinco (5) años. Lo que sí desapareció con la nueva ley fueron las contribuciones (hasta del 20 %) que pagaban los estratos 5, 6, y sector comercial e industrial. En el futuro entonces, los subsidios serán cubiertos con cargo a las contraprestaciones que pagarán las empresas al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

- Ya no se habla de Empresas, sino de prestadores de redes y servicios de Telecomunicaciones; se le cambia el nombre al Ministerio de Comunicaciones por el de Ministerio de las TIC; se le cambia el nombre a la CRT (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones), por el de CRC (Comisión de Regulación de Comunicaciones); se crea la ANE (Agencia Nacional del Espectro) la cual brindará el soporte técnico para la gestión, planeación, control y vigilancia del espectro radioeléctrico.

- Desaparece el régimen de tarifas reguladas, y se establece en su lugar la libertad de precios, pero la CRC podrá intervenir dichos precios en tres situaciones: cuando no exista competencia, cuando no exista calidad en el servicio, cuando existan imperfecciones en el mercado.

- El régimen jurídico de actos, contratos y laboral de los proveedores de redes y servicios será el del derecho privado; pero los usuarios podrán ejercer la vía gubernativa frente a los mismos proveedores en primera instancia y ante la Superintendencia de Industria y Comercio en segunda instancia; sigue existiendo el derecho de petición, reclamaciones, quejas, recursos, el silencio administrativo positivo.

- Las respuestas y decisiones de los proveedores de redes y servicios frente a la negación del servicio, la suspensión, el corte, la terminación y las respuestas a reclamos en facturación, son típicos actos administrativos.

- Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que sean entidades estatales en materia de contratación deberán someterse, en todo caso, por mandato del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, a los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.), a los principios de la gestión fiscal (art. 267 C.P.) y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80 de 1993.

2. Sentencia C-614 del dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Esta sentencia proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Referencia: expediente D-7615, Actor: María Fernanda Orozco Tous, decidió la Demanda de inconstitucionalidad en contra el inciso final del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968; que señala lo siguiente: *“Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.*

La actora consideraba que la parte de la norma demandada vulneraba los artículos 2, 25 y 53 de la Constitución Política, por constituir una barrera para acceder al trabajo con el Estado.

Del pronunciamiento de la Corte se destacan las siguientes consideraciones:

i) No toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral; ii) el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales,

pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales; iii) desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública; iv) hay una diferencia entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, pues en este último no hay subordinación, sino autonomía e independencia técnica del contratista, no se recibe salario sino honorarios, no hay lugar al pago de prestaciones sociales, debe ser temporal y sólo procede en casos excepcionales por requerir conocimientos especializados o por insuficiencia de las plantas de personal; v) se reiteró por parte de la Corte la primacía de la realidad sobre la forma en materia de relaciones laborales, apoyándose además para ello en pronunciamientos tanto de la Sección Segunda del Consejo de Estado como de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; vi) si las labores requeridas hacen parte de las funciones propias y habituales de la entidad y se requieren de manera permanente no hay lugar a la celebración de contratos de prestación de servicios, sino que la entidad debe ampliar la planta de personal creando los cargos requeridos.

La Corte por unanimidad declaró la exequibilidad de la norma demandada por considerar que la misma lo que hace es brindar una protección especial a las relaciones laborales, impide que se disfracen relaciones laborales, defiende el concepto de empleo público como forma natural para acceder y desempeñar la función pública, evita el mal uso y la desviación de poder en la contratación estatal, garantiza de mejor manera el acceso al empleo público a través de sistemas de mérito y concurso.

Pero lo realmente valioso de esta providencia es que la Corte Constitucional determina que el control de constitucionalidad no se limita simplemente a verificar la validez abstracta de las normas, sino que además debe velar también por su “*eficacia social*”; y en el caso en estudio advierte que es claro que existe una gran brecha entre lo dispuesto por la norma y la realidad de las administraciones públicas, donde lo que impera pese a la prohibición son las llamadas “*nóminas paralelas*”, a través del uso y abuso de los contratos de prestación de servicios o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados *out sourcing*.

Por lo anterior, la Corte reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los “*procesos de deslaborización*” de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo, y hace un llamado a la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y al Ministerio de la Protección Social para que adelanten estudios para evitar la aplicación abusiva de una figura que sí bien es constitucionalmente válida, no por ello puede excederse en su uso. Desafortunadamente, no sabemos si por olvido o por qué, este tema quedó solo en la parte considerativa pero no en la parte resolutive de la sentencia, lo que permitirá que muchos, acudiendo a la perversa y dañina clasificación de *obiter dicta* y *ratio decidendi*, concluyan que dicha advertencia de la Corte no es obligatoria, ni vinculante. Por eso es que defendemos la tesis según la cual, todo lo que se dice en una sentencia de constitucionalidad debe respetarse y acatarse sin distinción alguna.

Juan Luis Mejía Arango
Rector

Félix Londoño González
Director Investigación y Docencia

Hugo Alberto Castaño Zapata
Decano Escuela de Derecho

Mario Montoya Brand
*Director Área de Derecho Público
y del grupo de investigación Derecho y Poder
Editor Boletín del Área de Derecho Público*

Carlos Alberto Mejía Walker
Director Boletín del Área de Derecho Público

Claudia Giraldo Ramírez
Diagramación y diseño

Carrera 49 N° 7 Sur - 50 | Medellín – Colombia – Suramérica
Teléfono (57) (4) 2619520
Escuela de Derecho Bloque 27, 5º piso

Contacto principal: areaderechopublico@eafit.edu.co



UNIVERSIDAD
EAFIT
Abierta al mundo



1960•2010