



Humanidad y derecho: una lectura de la obra temprana de Schmitt*

Humanity and Law: A Reading of Schmitt's Early Works

Humanidade e direito: uma leitura da obra inicial de Schmitt

Diego Pérez Lasserre**

* Artículo financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID). Código de financiamiento: CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2019-21190052.

** <https://orcid.org/0000-0002-0665-4203>. Universidad San Sebastián, Chile. diego.perezl@uss.cl

Recibido: 27/10/2021. Envío a pares: 07/11/2021
Aprobado por pares: 07/02/2022. Aceptado: 08/03/2022

DOI: 10.5294/dika.2022.31.2.3

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Diego Pérez Lasserre, "Humanidad y derecho: una lectura de la obra temprana de Schmitt", en *Dikaion* 31, 2 (2022), e3123. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.3>

Resumen

Este trabajo tiene por finalidad justificar que en sus obras tempranas Schmitt, a partir de su análisis jurídico y político, elucida algunas estructuras ontológicas que operan en todo el conocimiento humano. En particular, se evidenciará que en estos trabajos el jurista alemán identifica y ahonda en la finitud y la historicidad (en su sentido personal y epocal). Veremos, a su vez, que esto lo lleva a cuestionar el rol de la metafísica y la decisión en la interpretación y configuración del mundo. Puesto de otro modo, argumentaremos, siguiendo lecturas como las de Ojakangas y Herrera, que la tematización del fenómeno jurídico y político llevan a Schmitt a proponer una teoría de la comprensión humana con alcances generales.

Palabras clave

Schmitt; comprensión humana; historicidad; finitud; derecho.

Abstract

This paper aims to justify that in his early works, Schmitt elucidates some ontological structures that operate in all human understanding, based on his legal and political analysis. In particular, we show that the German jurist identifies and delves into finitude and historicity (in its personal and epochal senses). We also see how he questions the role of metaphysics and decisions in interpreting and shaping the world. Put differently, following readings such as those of Ojakangas and Herrera, we argue that the thematization of legal and political phenomena causes Schmitt to propose a theory of human understanding with general implications.

Keywords

Schmitt; human understanding; historicity; finitude; law.

Resumo

A partir de uma análise jurídica e política, o objetivo deste trabalho é justificar que, em suas primeiras obras, Schmitt elucida algumas estruturas ontológicas que operam em todo o conhecimento humano. Em especial, é evidenciado que, nesses trabalhos, o jurista alemão se identifica e se aprofunda na finitude e na historicidade (em seu sentido pessoal e temporal). Além disso, vemos que isso o leva a questionar o papel da metafísica e a da decisão na interpretação e configuração do mundo. De outra forma, argumentamos, seguindo leituras como as de Ojakangas e Herrera, que a tematização do fenômeno jurídico e político levam Schmitt a propor uma teoria da compreensão humana com escopo geral.

Palavras-chave

Schmitt; compreensão humana; historicidade; finitude; Direito.

Sumario: Introducción. 1. Del derecho a la comprensión humana: el recorrido schmittiano. 2. Finitud e historicidad. 3. Ideas que fundan épocas y derecho. 4. Decisión: mediación entre abstracción y facticidad. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En varios trabajos¹ Herrera argumenta que la obra del jurista Carl Schmitt puede ser leída desde la perspectiva de una teoría de la comprensión. En particular, el pensador chileno justifica que la tematización de la tensión entre reglas y casos propia de la *praxis* jurídica llevan a Schmitt a indagar en la tensión que se genera entre conceptos y realidad en la actividad comprensiva. Es decir, postula que Schmitt, haciendo un camino inverso al de Gadamer², da un salto desde la comprensión jurídica a la elucidación del modo en el que opera la comprensión humana en general.

A su vez, en trabajos anteriores justificamos que el leer la obra schmittiana desde la perspectiva de una teoría de la comprensión con alcances generales requiere hacerse cargo, por lo menos, de tres dimensiones³: i) el polo ideal, es decir, las articulaciones normativas abstractas, sea que tomen la forma de normas jurídicas o conceptos; ii) el polo real, es decir, los casos particulares a los que dichas articulaciones conceptuales se han de aplicar; iii) las particulares características del agente de *praxis* jurídica que se ve en la necesidad de articular ambos polos. En otras palabras, la perspectiva desde la que se propone la lectura de la obra jurídica temprana de Schmitt nos lleva no solo a identificar las piezas del rompecabezas que conocemos como “comprensión humana”, sino también a intentar elucidar la dinámica que hace que el “juego comprensivo” emerja y se manifieste en tanto tal.

El presente trabajo tiene por finalidad especificar el modo a partir del cual ciertas estructuras ontológicas cosustanciales a la naturaleza humana son identificadas y desarrolladas por el jurista de Plettenberg en sus obras que van desde 1912 hasta 1922. El mapa de ruta que nos servirá de guía es el siguiente: comenzaremos explicando cómo es que Schmitt da el salto desde el derecho a una teoría de la comprensión con alcances generales. Después, argumentaremos que en las obras del periodo ya especificado Schmitt se enfrenta a la finitud y a la historicidad del ser humano. Luego veremos cómo esto lo lleva a indagar en el derecho en tanto fenómeno a partir del cual es posible esclarecer

1 Hugo Herrera, “Carl Schmitt como jurista”, en *Derecho y Humanidades* 28 (2016), pp. 55-63; “Análisis de los aspectos fundamentales de la comprensión jurídica en Carl Schmitt y exposición de sus alcances filosóficos-generales para la comprensión”, en *Kriterion: Revista de Filosofía* 60, 142 (2019), pp. 85-102; *Carl Schmitt. Between Technological Rationality and Theology*, New York, State University of New York Press, 2020.

2 Véase Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, London, Bloomsbury, trad. de Joel Weinsheimer y Donald G. Marshall, 1965.

3 Véase Diego Pérez Lasserre, “Carl Schmitt: entre el derecho y el conocimiento humano”, en *Kriterion* 147 (2020), pp.675-698; Diego Pérez Lasserre, “El ‘otro juez’ y la hermenéutica: el ficcionalismo como criterio legitimador de la decisión jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho* 45, 2 (2018), pp. 363-380.

el paradigma vigente en una época, así como en el rol que juega la decisión en la actividad comprensiva.

Antes de embarcarnos en esta aventura schmittiana, empero, creemos necesario agregar que habrá otros dos autores que nos acompañarán. Ellos son Martin Heidegger y Hans-Georg Gadamer. Esto responde a dos razones: por una parte, estos filósofos han profundizado de modo encomiable en las estructuras ontológicas originarias que revisaremos en las páginas que siguen, de modo que resulta natural la referencia a ellos. Por la otra, el horizonte comprensivo desde el cual quien escribe lee la obra de Schmitt se encuentra fuertemente influenciado por estos dos pensadores, de modo que el profundizar en algunas de sus ideas permitirá al lector comprender de dónde viene la perspectiva que aquí se propone. Sin perjuicio de lo anterior, se ha de tener en consideración que el texto que aquí se presenta tiene como eje central a Schmitt, de modo que las referencias a Heidegger y Gadamer son de carácter secundario. Habiendo prevenido al lector sobre esto, no nos queda sino entrar a justificar las condiciones específicas bajo las cuales nuestra hipótesis es plausible.

1. Del derecho a la comprensión humana: el recorrido schmittiano

Desde el comienzo de su carrera académica, Schmitt tematiza al fenómeno jurídico como uno que se caracteriza por una constante tensión entre dos polos: i) uno abstracto y normativo (textos normativos), y ii) otro concreto y fáctico. El polo fáctico corresponde a lo que ocurre en el mundo real, a los hechos que se verifican en la cotidianidad. Si bien se pueden identificar algunos elementos de este, pues suelen ocurrir periódicamente y, por lo tanto, gozamos del privilegio de poder predecirlos (por ejemplo, que el sol saldrá y se pondrá todos los días), una descripción total y completa de lo que compone el polo real es imposible para el ser humano. La existencia, parece indicar Schmitt, se despliega desde un contexto de excepcionalidad, de modo tal que una predictibilidad total nos está vedada.⁴ Nuestra naturaleza finita es incapaz de producir una imagen total del modo en el que se devela la existencia. Nos hemos de contentar, por lo tanto, con descripciones incompletas del mundo (que, por lo demás, nos son muy útiles). El polo abstracto corresponde justamente a las descripciones del modo en el que suelen (y deberían) operar los eventos que se despliegan en el polo real. En palabras sencillas, el polo abstracto está compuesto de normas o reglas, por naturaleza precarias e incompletas, a las cuales “el hombre, como objeto del mundo real, viene después”.⁵ El choque

4 Profundizaremos en esto en el acápite dedicado a la finitud y la historicidad (2).

5 Carl Schmitt, *El valor del Estado y el significado del individuo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Celestino Pardo, 2011, p. 28. Hemos de insistir, empero, que el hecho de que sean precarias e incompletas no las torna en inútiles. Las mismas son fundamentales para que una sociedad se desenvuelva en relativa paz y tranquilidad (p. 9).

entre la precariedad y generalidad de las normas contenidas en el polo ideal, y la volatilidad y excepcionalidad de los hechos que se manifiestan en la facticidad es justamente lo que motiva a Schmitt a profundizar en el modo a partir del cual estos dicotómicos mundos pueden congeniar: a través de una decisión humana.

Si bien el jurista de Plettenberg desarrolla extensamente las características y los problemas que dicha tensión entre polos dicotómicos genera, resulta difícil determinar por cuál de los dos extremos se inclina. En algunas obras, como sucede en el caso del *Valor del Estado y el significado del individuo* (1914), es la abstracción normativa la que parece tener el papel protagónico en el pensamiento schmittiano.⁶ En *La dictadura* (1921), en cambio, el asunto parece invertirse; la facticidad, la vida concreta de una comunidad política, nos dice el jurista alemán, en ciertos casos pone en jaque a las normas jurídicas, de modo que pasan a perder su fuerza normativa.⁷

La indecisión del jurista cuyo tema central es justamente “la decisión” se debe, nos dice Herrera, no a una falla en el pensamiento schmittiano, sino que de hecho es consecuencia de su riqueza. En palabras del filósofo chileno,

... el método jurídico adquiere para Schmitt el carácter de un modo de comprensión de la existencia como tal y no solo del aspecto específicamente jurídico de ella. La expansión de tal método jurídico se funda en el reconocimiento de que el problema de la relación y la tensión entre generalidad y excepción, implicado en el de la relación y la tensión entre regla y caso, es identificable, en último término, con el problema de la tensión entre conceptualidad y realidad. El derecho es una forma de comprensión, entonces, que se extiende a la existencia como tal, porque su problema y su aproximación metodológica al mismo coinciden con la cuestión de la relación y la tensión general entre conceptualidad y realidad, y con la tematización explícita de esa cuestión.⁸

Puesto de otro modo, Schmitt, al igual que Gadamer⁹ años después, reconoce al derecho en tanto ejemplar respecto al modo en el que opera la comprensión humana. La tensión que se produce entre reglas jurídicas y casos particulares es similar, sino idéntica, a aquella que genera entre conceptos (reglas disponibles a la mente para dilucidar la realidad) y los fenómenos a los que estos se refieren. Por lo tanto, y al igual como ocurre con el lenguaje, en el derecho hay un cierto dinamismo. Las reglas jurídicas y conceptuales pueden variar en su contenido sin que necesariamente experimenten un cambio en su continente.

6 *Idem.*

7 Véase Carl Schmitt, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, trad. de José Díaz García, 1968.

8 Herrera, “Carl Schmitt como jurista”, *op. cit.*, pp. 59-60.

9 Cf. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, London, Bloomsbury, trad. de Joel Weinsheimer y Donald G. Marshall, 1965.

La vía del ejemplo resulta sumamente útil para esclarecer lo ya señalado. Piénsese en el cambio que ha experimentado la palabra “pila” en la sociedad chilena. Clásicamente, este concepto tiene por objeto identificar un “conjunto de cosas puestas una sobre la otra”.¹⁰ Sin embargo, lo más probable es que un chileno mayor de 30 años utilice este concepto para referirse a aquellos pequeños dispositivos que proveen energía eléctrica a aparatos. Para generaciones más jóvenes, empero, esta palabra puede adquirir un significado que es difícil de comprender para quienes nos ganamos la vida gracias al lenguaje escrito o hablado: para ellos la palabra pila se refiere, por lo menos en algunos casos, a cierto tipo de droga que tiene un efecto energizante. Este ejemplo hace evidente que el lenguaje, para bien o para mal, es dinámico. Si bien el continente de un concepto, las letras que reunidas forman una palabra que asociamos algún fenómeno del mundo, suelen no variar, el contenido de estas, el sentido que se les da, puede cambiar radicalmente de una generación a otra. Gadamer, hermeneuta que dedicó buena parte de su producción intelectual al asunto del lenguaje, explica este fenómeno de un modo sorprendentemente claro al señalar que

... el sentido de un texto no se compara con un punto de vista inamovible y obstinadamente fijo que sugiere una sola pregunta al que intenta comprenderlo [...]. Más bien, uno tiene la intención de comprender el texto en sí. Pero esto significa que los propios pensamientos del intérprete también se han pasado a formar parte del proceso de despertar el significado del texto. El horizonte del intérprete, entonces, es decisivo en esto.¹¹

Schmitt, entonces, reconoce que en el derecho ocurre algo bastante similar a lo recién indicado. Si bien las palabras contenidas en un texto legal pueden no variar, el sentido que estas adquieren (o más bien pueden adquirir) a lo largo de la vigencia del texto son innumerables.¹² En el siguiente apartado volveremos a este asunto y explicaremos un poco más a qué se refiere el jurista alemán con la mutabilidad del sentido de la letra de una ley.¹³

Al tematizar el fenómeno jurídico, por lo tanto, Schmitt no solo está “haciendo” filosofía del derecho, sino que también se está enfrentando al dilema central de la filosofía práctica: cómo, cuándo y dónde se articulan conceptualidad y facticidad para indicarnos cómo debemos actuar. Esto porque, como bien explica Herrera,

10 Ver definición de la Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/pila>

11 Gadamer, *Truth and Method*, *op. cit.*, p. 406.

12 Cf. Carl Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, en Montserrat Herrera (ed. y trad.), *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.

13 Herrera lo explica del siguiente modo: “en toda comprensión humana intervienen ciertas reglas y conceptos según los cuales se trata de elucidar la realidad. Esa realidad responde en parte y en parte no a las reglas y los conceptos. Lo excepcional, lo singular, lo peculiar de la realidad, las situaciones, los individuos en ellas, se encuentran en tensión con las reglas y los conceptos y determinan, como indica Schmitt, que entre lo concreto y lo abstracto exista un ‘abismo insalvable’. [...] La elucidación de la relación entre la regla y el caso es el problema fundamental de la comprensión (y de una teoría de la comprensión)” (Herrera, “Carl Schmitt como jurista”, *op. cit.*, p. 60).

... una disciplina es práctica [...] cuando su finalidad consiste en salvar el hiato entre lo universal y lo particular. Una ciencia práctica no puede prescindir de la regulación de los casos particulares, en otro caso sería una simple teoría. Tampoco sería propiamente “ciencia” práctica si renunciara a la universal, pues vendría a reducirse a una mera enumeración de casos particulares sin orden ni concierto. Se trata, por tanto, de concebir lo particular vinculado a lo universal.¹⁴

Es decir, Schmitt reconoce que la articulación que deben hacer los jueces entre reglas y casos está lejos de ser un problema técnico (o de técnica jurídica). Se trata de un asunto en el que el modo particular a través del cual los seres humanos elucidamos lo que conocemos como existencia se devela con especial claridad.

La inclusión del juez, en tanto elemento humano que se ubica entre la normatividad y la facticidad, no es algo menor en el pensamiento schmittiano. El polo abstracto, aquel en el que se contienen las prescripciones normativas, no contiene siquiera una pizca de facticidad.¹⁵ Llega a agregar Schmitt que, de hecho, si por casualidad el derecho “descendiera” a los problemas particulares y contingentes de la realidad concreta, esa transición implicaría un monstruoso defecto de este. En ese sentido, el argumento clásico que afirma que la diferencia entre obligaciones morales y legales es la posibilidad de coacción de las segundas contradice la propia naturaleza de la normatividad jurídica.¹⁶ Por otra parte, nada normativo pertenece al polo concreto o fáctico. Ese es el lugar en el que las cosas simplemente son (el lugar del *Sein*). Por tanto, cualquier referencia a conceptos normativos, como bueno o malo, justo o injusto, permitido o prohibido, se encuentra fuera de lugar.¹⁷ El problema, como señala el propio Schmitt, es que, aunque por naturaleza es abstracta, la ley está destinada a producir efectos en la realidad concreta. Por tanto, la cuestión principal que debe afrontar este fenómeno es cómo vincular ambos reinos, cómo llevar la abstracción a la facticidad.¹⁸ El ser humano, nos dice Schmitt, en tanto ser que despliega su existencia en el polo fáctico y concreto, pero que al mismo tiempo tiene la capacidad de elevarse a las abstracciones propias del reino normativo, es el único que puede vincular ambos reinos.¹⁹

14 Montserrat Herrero, “Estudio preliminar”, en Carl Schmitt, *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012, p. XLVI.

15 Cf. Carl Schmitt, *El valor del Estado y el significado del individuo*, op. cit., p. 12.

16 En palabras de Schmitt, “un complejo normativo, a cuyo ser pertenezca una ‘tendencia a la coacción’ sería una mezcla de cosas heterogéneas, ya que la norma independientemente de la realidad, y por ello de su realización y la coacción, conserva su validez y su valor” (Schmitt, *El valor del Estado y el significado del individuo*, op. cit., pp. 27-28).

17 Una posible objeción a esta clara yuxtaposición entre ambos mundos podría ser que la ley se refiere constantemente a “supuestos fácticos” en su regulación (por ejemplo, si matas a un inocente, serás castigado con...), por lo que hay una clara referencia a lo empírico en eso. Schmitt, sin embargo, sostiene que estos supuestos fácticos no son en realidad eventos que suceden en la vida real, sino meras tipificaciones contenidas en prescripciones legales. Es decir, son situaciones hipotéticas a las que la ley asigna consecuencias legales, pero no son reales (Schmitt, *El valor del Estado y el significado del individuo*, op. cit., p. 28).

18 Volker Neumann, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 23.

19 Carl Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, op. cit.; Schmitt, *El valor del Estado y el significado del individuo*, op. cit.; Schmitt, *Teología política*, Barcelona, Trotta, trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, 2009.

Es en este contexto que la decisión humana, ya sea del juez o el soberano, pasa a tomar protagonismo en el pensamiento de Schmitt.²⁰ Ella se constituye como una instancia de síntesis de ambos polos, fáctico e ideal, a través de la cual la justicia emana.²¹ El problema es que, como bien argumentamos extensamente en otro trabajo,²² la inclusión de un ser humano de carne y hueso en tanto sujeto a cargo de la síntesis de los diversos elementos que entran en juego en el derecho tiene un precio: la humanización del derecho. Desde el siguiente apartado comenzaremos a profundizar en lo que esto significa.

2. Finitud e historicidad

Los trabajos de Carl Schmitt parecen tener un objetivo común. A través de ellos el filósofo y jurista alemán busca comprender este ser tan extraño que solemos llamar “humano”. La sabiduría de este pensador radica, en parte, en que él se da cuenta de que hay muchas vías que permiten elucidar la naturaleza humana; dada su formación y proclividades naturales, Schmitt suele utilizar al derecho como puerta de entrada para indagar en ella. El argumento de Schmitt, como bien indicamos en el apartado anterior,²³ es más o menos el que sigue: el derecho, en tanto fenómeno abstracto y normativo, requiere utilizar al ser humano como medio para manifestarse en la vida concreta. Esto implica que dicho fenómeno inevitablemente adquiere características humanas. Por lo tanto, reconoce Schmitt, si queremos conocer al ser humano, el derecho es un candidato ideal para comenzar dicha empresa.

Schmitt parece reconocer que la realidad está dotada de un inherente dinamismo. Esto es, que aquello que es perceptible por los sentidos aparece y desaparece a lo largo del tiempo. Dicho argumento lo lleva, a diferencia de la mayoría de los juristas de su época, a desechar la posibilidad de un criterio que provea estabilidad al derecho de manera definitiva. Muy por el contrario, el reconocimiento del dinamismo de la realidad lo lleva a tematizar al derecho tomando en consideración esta característica. Esto es, a examinar el derecho a la luz de

20 Schmitt reconoce, en el prólogo que agrega en 1968 a *Ley y juicio* (1912), que hay unidad en la tematización de “la decisión” a lo largo de sus obras académicas. En sus palabras: “la consecuente reflexión sobre el significado propio de la decisión como tal, me ha llevado más tarde en otros trabajos (*La dictadura*, 1921, *Teología política*, 1922, *El defensor de la Constitución*, 1931, *Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica*, 1934), a la idea general de que la esfera total del derecho no se estructura solo en normas, sino también en decisiones e instituciones (órdenes concretos)” (Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, *op. cit.*, p. 9).

21 El carácter justo o recto (*Richtigkeit*) de una decisión judicial es un tema complejo en el pensamiento schmittiano. Esto debido a que el jurista alemán busca un equilibrio entre la predictibilidad y calculabilidad de las normas jurídicas positivas, y la volatilidad y excepcionalidad de los casos concretos. Eso lo lleva a proponer, en *Ley y juicio*, un criterio hipotético que tiene por objeto incorporar dinamismo en las normas positivas. En sus palabras, “una decisión judicial se tiene hoy por recta, si se puede esperar que otro juez (como un tipo empírico) hubiera decidido del mismo modo” (Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, *op. cit.*, p. 65). Para un análisis más profundo de esta aseveración, véase Pérez Lasserre, “El ‘otro juez’ y la hermenéutica”, *op. cit.*, pp. 363-380.

22 Véase Pérez Lasserre, “Carl Schmitt: entre el derecho y el conocimiento humano”, *op. cit.*, pp. 675-698.

23 Un análisis más profundo de este asunto en: Diego Pérez Lasserre, “Determining and reflective judgments: Two approaches to understanding legal decisions”, en *Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum* 7, 3 (2019), pp. 23-41.

los constantes cambios que experimenta este fenómeno con el fin de proponer un criterio que permita a los jueces y operadores jurídicos determinar si las decisiones jurídicas que toman son correctas o no. Puesto de otro modo, Schmitt rechaza la posibilidad de una certeza apodíctica en el derecho, pero, al mismo tiempo, busca evitar su polo antinómico: un relativismo que lleve a un decisionismo caprichoso. En sus palabras,

... lo que generalmente se persigue en las formulaciones metodológicas es la seguridad teórica, es decir, una posición inequívoca que pueda hacer frente a todos los problemas que pertenecen al entramado de la cuestión, una respuesta que esté abierta a todas las dificultades; no se pretende obtener la seguridad propia de una tabla de logaritmos o de un mapa de carretera que frecuentemente se citan como lo ideal.²⁴

Es decir, Schmitt no está *proponiendo* que el derecho es dinámico. Más bien él reconoce esto en tanto *factum* y luego pretende proporcionar criterios de corrección que sean útiles a la *praxis* jurídica.

Este dinamismo de la realidad, nos dice Schmitt, se manifiesta en el terreno jurídico de manera muy clara. En clara sintonía con Aristóteles,²⁵ el jurista alemán argumenta que la ley positiva, si bien necesaria y útil, es incapaz de hacerse cargo, por sí sola, de los excepcionales y singulares casos que surgen en la siempre cambiante realidad. En Aristóteles, es a partir de esta situación que surge el problema de la equidad (*epieikeia*), el cual es sintetizado por el estagirita al señalar que

... lo equitativo es justo, pero no [lo justo] según la ley, sino una corrección de lo justo legal. La causa es que toda ley es general, y hay cosas de las que no es posible expresarse correctamente en forma general. Entonces, en los casos en que es necesario expresarse en términos generales, pero no es posible hacerlo correctamente, la ley considera lo que se da las más de las veces, sin ignorar el error.

Y no es [por eso] menos correcta, pues el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es, sencillamente, la materia de las [cuestiones] concernientes a la acción. Por tanto, cada vez que la ley habla en términos generales, pero de hecho se da, en lo que atañe a ella, algo [que está] al margen de lo general, entonces es acertado, allí donde el legislador no atendió a algo y cometió un error por hablar en sentido absoluto, corregir la omisión; eso diría el propio legislador de estar ahí presente; y si hubiese previsto [el caso particular en cuestión], [lo] habría incluido en la ley. Por eso [lo equitativo] es justo, y mejor que cierta forma de lo justo, pero no mejor que lo justo en sentido absoluto, sí [es] mejor que el error causado por [el hecho de expresarse] en sentido absoluto. Y esa es la naturaleza de lo equitativo: ser corrección de la ley en tanto esta incurre en omisiones a causa de su índole general.²⁶

24 Schmitt, "Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial", *op. cit.*, p. 156.

25 Para más detalle sobre identidades entre el pensamiento aristotélico y el schmittiano, véase Joaquín García-Huidobro y Diego Pérez Lasserre, "Acoger la excepción. La prudencia del juez como punto de conexión entre las ideas schmittianas y aristotélicas", en *Daimon* 83 (2021), pp. 185-99.

26 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V 10, 1137b11-27.

No se trata aquí, propiamente, de un problema o insuficiencia de la ley. Meramente sucede que, por su naturaleza finita, ella no puede ponerse en todos los casos y por eso dispone respecto de lo que sucede en general, es decir, la mayoría de las veces. Al igual que Aristóteles, Schmitt argumenta que el juez o soberano, en su caso, debe articular la generalidad y abstracción de los textos legales con las particulares características de los casos jurídicos y políticos que claman por justicia. Puesto de otro modo, Schmitt hace un radical reconocimiento de la finitud de los textos legales que luego lo llevará a indagar en la finitud de la comprensión humana en general.²⁷

¿En qué sentido el derecho y la comprensión humana son finitos? Si bien esta pregunta admite una miríada de respuestas, tanto desde dentro como fuera del pensamiento schmittiano, en lo que sigue nos centraremos en solo una de ellas: el derecho y el ser humano son finitos debido a su historicidad. Al hablar de historicidad no nos referimos meramente a que estos fenómenos ocurren en la historia y pueden ser registrados para un estudio o uso posterior.²⁸ El concepto hace referencia más bien a que lo que podríamos llamar “historia viva”, que se manifiesta a través del derecho y la comprensión humana. Con el fin de aclarar a qué nos referimos con esto, haremos un breve desvío al pensamiento de Heidegger.

La historicidad, sostiene Heidegger, es una característica ontológica del *Dasein* a través de la cual la historia, y por tanto la tradición, se actualizan en el momento presente.²⁹ Es decir, solemos considerar que la historia está preocupada por hechos que ocurrieron en el pasado y, por lo tanto, que no hay nada real y presente en ese campo de estudio (aparte de quizás algún objeto o material que se conservó de algún tiempo pasado). Heidegger sostiene que la descripción que se acaba de dar es reduccionista. La historia vive a través de nosotros (seres humanos o *Daseins*) en cada acto, pensamiento e interpretación que hacemos. Por ejemplo, si me despierto y voy a la cocina a prepararme una taza de café para mí y mi esposa, en esa interacción mundana la historia cobra vida a través de mí. Conceptos como café, taza, cocina y matrimonio están operando y guiando inconscientemente mis acciones. ¿Y de dónde saqué estos conceptos? Bueno, debe haber habido un momento en el que se descubrió que el café era consumible para los humanos después de tratarlo, cuando se estableció el uso de beber café en una taza y cuando se institucionalizó el matrimonio. Luego estos conceptos e ideas se transmitieron de generación en generación hasta que llegaron a mí. En ese sentido, si bien es cierto que podemos identificar el

27 En *La dictadura* Schmitt hace un radical reconocimiento de la finitud de los textos legales al justificar que, en casos extremos, incluso es preferible suspender el marco legal positivo vigente en una comunidad política con el fin de salvar la misma legalidad que se suspende. En *Teología política* argumenta algo similar, pues el texto gira en torno a la idea de que la excepción, por su propia naturaleza, no puede ser regulada (véase Schmitt, *La dictadura*, op. cit.; *Teología política*, op. cit.).

28 Heidegger llama a esto último historiografía, y asevera que en caso alguno es sinónimo de historicidad (Martin Heidegger, *Ser y Tiempo*, Santiago, Editorial Universitaria, trad. de Jorge Eduardo Rivera, 2005, pp. 35-36; Nietzsche, Barcelona, Ariel, trad. de Juan Luis Vermal, 2013, p. 541).

29 Heidegger, *Ser y Tiempo*, op. cit., pp. 394-395.

tiempo y el lugar donde surgieron estos conceptos e ideas (y eso es lo que hacen los historiadores), también es correcto argumentar que los mismos cobran vida a través de nosotros en el día a día. Ese “cobrar vida” de la historia es lo que Heidegger quiere decir con el concepto de historicidad.

El derecho, en tanto creación humana, también se ve afectado por la historicidad. Es decir, y como bien explica Husserl, las normas jurídicas “una vez creadas no solo están ‘en la Historia’, ellas ‘*mismas* son Historia; tienen la estructura temporal de la historicidad”.³⁰ La gracia del pensamiento schmittiano en este asunto es que, a diferencia de la tematización meramente filosófica de la historicidad, el jurista alemán explica cómo esta característica ontológica se manifiesta en la *praxis* jurídica. Lo que nos dice al respecto en *Ley y juicio* (1912) es lo siguiente:

... los elementos que influyen en la vigencia de las ‘leyes’ son: las continuas revisiones del texto de la ley, las modificaciones impuestas por la irrupción de infinidad de nuevos conceptos científicos, su conversión en un sistema, las montañas de libros que con frecuencia han llegado a ser publicados respecto de un solo artículo de la ley, las bibliotecas de precedentes.³¹

Puesto de otro modo, si bien es relevante que un texto normativo cumpla con los requisitos y procedimientos para ser considerado vinculante para los miembros de una comunidad jurídica, su mera legalidad no basta para que este mantenga su vigencia desde una perspectiva práctica. Lo que permite que los textos legales cobren vida en la *praxis* jurídica son una infinidad de elementos que los operadores jurídicos van paulatinamente aportando a lo largo de la vida de un texto legal. Un artículo académico, un comentario de un abogado reflexivo en algún medio de comunicación, una interesante y novedosa interpretación de un juez o funcionario público, entre muchas otras opciones, nutren la letra de la ley y producen que ella nazca y renazca una y otra vez para hacerse cargo de los singulares y excepcionales casos que la siempre cambiante realidad proporciona. Aquel contenido que la comunidad jurídica va aportando generación tras generación, y que surge cada vez que la letra de la ley es invocada, no es otra cosa que la manifestación de la historicidad del derecho.

En definitiva, las reflexiones schmittianas sobre el dinamismo de realidad humana, así como de las condiciones bajo las cuales el derecho puede hacerse cargo de esta, arrojan luces respecto de características ontológicas que ser humano y derecho parecemos compartir. Sobre todo, las mismas nos permiten adquirir consciencia de la historicidad del fenómeno jurídico, cuestión que de por sí ya supone un avance.³²

30 Gerhart Husserl, *Recht und Zeit*, Frankfurt, V. Klostermann, 1955, pp. 21 y ss.

31 Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la *praxis* judicial”, *op. cit.*, pp. 23-24.

32 Se logra, como diría Gadamer, consciencia del efecto de la historia en la comprensión humana y jurídica (Gadamer, *Truth and Method*, *op. cit.*, pp. 312-313).

3. Ideas que fundan épocas y derecho

Schmitt no solo reflexiona sobre la historicidad en un sentido particular (de una ley o solo del derecho), sino que también vierte algunas ideas sobre lo que suele llamarse historicidad en un sentido epocal.³³ Si bien el concepto tiene tintes ominosos, como suele ocurrir en filosofía, su significado es bastante sencillo: hay ciertas ideas que forman un paradigma, una visión de mundo (*Weltanschauung* dirían los germanoparlantes) desde la cual se interpretan los fenómenos. A modo de ejemplo, es probable que un monje medieval al contemplar un árbol lo interpretase en tanto regalo divino. Es la trascendencia, pensaría este individuo, la que nos proporciona a los seres humanos el árbol, ya sea para contemplarlo, para obtener de él leña y así generar calor o para construir viviendas u objetos hermosos. En el caso del hombre moderno, en cambio, hay más probabilidades de que el mismo árbol fuese interpretado meramente en tanto ente del que es posible obtener ganancia económica. En ese caso, el árbol se devela solamente como posible celulosa, mueble, resma de papel, etc. En ambos casos el árbol es el mismo; sin embargo, el sentido que el mismo adquiere es radicalmente diferente. ¿Qué es, entonces, lo que cambia? El paradigma, la cosmovisión desde la que el sujeto que aprehende el objeto. El contenido ideal (las ideas) del paradigma desde el que se comprende la realidad es a lo que nos referimos al hablar de la historicidad en sentido epocal.

Schmitt, siguiendo su usual línea de pensamiento, nos dice que el derecho, en tanto fenómeno que se despliega a lo largo de la historia, nos sirve para determinar, dentro de los límites de lo posible, el contenido del paradigma desde el cual una época interpreta a los fenómenos. Un mecanismo útil que el jurista alemán provee para lograr esto es lo que él llama “sociología de los conceptos”. Se trata de un procedimiento de deconstrucción de los conceptos que fundan una época que “obliga a rebasar el plano de la conceptualidad jurídica, atenta solo a los intereses prácticos inmediatos de la vida jurídica, y a explorar la última estructura radical sistemática y comparar esa estructura conceptual con la articulación conceptual de la estructura social de una época determinada”.³⁴ Es decir, se trata de un instrumento que permite hacer explícita la cosmovisión desde la que se interpreta el mundo. Si bien la especificidad del mecanismo resulta de sumo interés, en lo que sigue nos centraremos en su utilidad para los juristas. En particular, veremos cómo a través del derecho es posible dar cuenta de la *Weltanschauung* de una época.

Ya en 1912 Schmitt nos dice:

Por otra parte, el problema se encuadra en la praxis actual, y de ahí se deriva ya una concreción histórica. No debe buscarse una respuesta absoluta e intemporal a

33 En ese sentido: Martin Heidegger, *Nietzsche*, Barcelona, Ariel, trad. de Juan Luis Verma, 2013.

34 Carl Schmitt, *Teología política*, Barcelona, Trotta, trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, 2009, p. 43.

la cuestión de la rectitud de una decisión, que, por ejemplo, se deduzca de la 'idea' de la decisión judicial; esto, además no tendría tampoco ningún valor práctico. El método de la aplicación del derecho debe descubrir la idea rectora de la praxis actual, y utilizarla de manera que sirva a modo de una suerte de autorreflexión sobre sus fines y medio. Que la praxis se haga consciente de su sentido supone un progreso científico.³⁵

En palabras sencillas, uno de los problemas que Schmitt identifica en el positivismo es que apunta hacia un ideal de justicia que no es alcanzable para el ser humano. Esto, a su vez, causa que dicho modo de comprender el derecho se torne inútil para la *praxis* jurídica. ¿En qué sentido el ideal de justicia absoluta sería inalcanzable? Al respecto Schmitt nos dice que el ensalzamiento de la razón que se engendró en la época moderna produjo, por lo menos en algunas líneas de pensamiento, un olvido del carácter fáctico y cotidiano del ser humano. Esto es, pasamos a definirnos únicamente en tanto seres racionales y olvidamos que la abstracción propia de la idealidad se ha de conjugar, lo queramos o no, con la concreción de la vida cotidiana. Esta definición reduccionista de la humanidad llevó, a su vez, a una comprensión inadecuada de la realidad. En particular, Schmitt argumenta que el positivismo jurídico olvidó un elemento no menor para el derecho: la excepción. Como explica McCormick al comentar el pensamiento schmittiano,

... qué tan 'positivo' puede ser el positivismo si ignora lo que supuestamente le preocupa, a saber, el 'hecho'. [...]. ¿Cuán racional o científica puede ser la racionalidad de la Ilustración si ignora tal faceta de la realidad concreta, si tiene demasiado miedo, por así decirlo, de enfrentarse a los hechos de la vida?³⁶

¿Y cuál es el *factum* que el positivismo jurídico elige ignorar? Que "siempre, e inevitablemente, habrá un suceso imprevisto o inesperado que nunca podrá predecirse o para el cual nunca se podrán hacer planes".³⁷ Es decir, el positivismo jurídico no tiene en cuenta que la realidad nunca es constante y uniforme como en las matemáticas, sino que lo inesperado, lo imprevisible, siempre romperá el esquema de lo que se considera "normal". Sin importar la cantidad y complejidad de los textos legales, estos, por su propia naturaleza finita, jamás podrán regular todos los aspectos de la existencia humana. Lo "excepcional" es parte de la realidad humana y, según Schmitt, una teoría del derecho que quiere estar a la altura del desafío de conceptualizar adecuadamente al fenómeno jurídico, y que quiere ser útil para la *praxis* jurídica, debe tener en cuenta y configurarse a partir de la excepción.³⁸

35 Carl Schmitt, "Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial", en Montserrat Herrero (editora y traductora), *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 2012, p.14.

36 John P. McCormick, *Carl Schmitt's critique of liberalism: against politics as technology*, Modern European Philosophy, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 224.

37 John P. McCormick, *Carl Schmitt's critique of liberalism: against politics as technology*, Modern European philosophy, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 224.

38 Se ha de tener en consideración que ya en *La dictadura*, Schmitt distingue entre la excepción política o pura y la excepción jurídica en sentido estricto. Esta última supone cierta subordinación a normas jurídicas previas.

Este olvido del carácter fáctico, concreto y excepcional de la existencia, propio de la *Weltanschauung* moderna, es lo que hace que la ambición del positivismo jurídico, esto es, una justicia que se eleve por sobre las características particulares de los casos a los que los textos legales se enfrentan, se vea frustrada. El derecho, argumenta Schmitt, se ve impregnado de las características de su autor, de modo que inevitablemente ha de empaparse de facticidad para ser útil a los ciudadanos. Una decisión jurídica que hace caso omiso del polo concreto de la realidad, comenta el jurista alemán, en caso alguno podría catalogarse de recta o correcta.³⁹ En palabras sencillas, el voraz apetito de certezas apodícticas propio de la época moderna se manifiesta claramente en el positivismo jurídico, pues este modo de comprender el derecho apunta a un fin inalcanzable para el ser humano: una justicia que se eleve por sobre la temporalidad e historicidad humana.

4. Decisión: mediación entre abstracción y facticidad

Hasta ahora nos hemos dedicado a revisar la crítica schmittiana al desapego excesivo entre idealidad y concreción propio de la modernidad. No ha de pensarse, empero, que el jurista de Plettenberg es entonces partidario de una concepción del derecho y la vida humana que reduce todo a la mera facticidad. Muy por el contrario, y cómo bien lo manifiesta en *El valor del Estado y el significado del individuo* (1914), una posición que reduce lo jurídico y lo existencial al polo concreto de la realidad no hace sino cometer el mismo error que el positivismo, pero en este caso haciendo oídos sordos a la normatividad abstracta que juega un rol fundamental en la existencia humana. Si redujésemos el derecho a pura facticidad, dice Schmitt, entonces “no sería otra cosa que un poder violento, brutal e irracional, del que cabría decir que consiste en una ‘voluntad’, un terrorismo, al que nos hemos acostumbrado –y que algunos saben aprovechar–”.⁴⁰ Puesto de otro modo, el comprender al derecho exclusivamente desde la concreción no resulta más sano que hacerlo desde la pura abstracción, pues quedaríamos con un fenómeno que se constituye desde la violencia y luego se legitima por el mero pasar del tiempo. De más está decir que Schmitt no aboga por una comprensión del derecho con estas características. El derecho emerge, según Schmitt, no de la mera abstracción o de la facticidad bruta, sino más bien de una tensión entre ambos polos. Es decir, el juez o soberano se enfrentan a una realidad jurídica o política siempre cambiante (polo real) para hacerse cargo desde la normatividad jurídica (polo ideal) de la situación que clama justicia. La síntesis de estos dos mundos, y el surgimiento del derecho vivo y eficaz, la hace la autoridad por medio de una decisión, sea esta política o jurídica.

Es decir, Schmitt incorpora la excepción a un contexto en el que un orden político y legal se encuentra vigente (véase Schmitt, *La dictadura*, op. cit.). A lo largo de este trabajo nos centramos en la excepción jurídica en sentido estricto y no en la política o pura.

39 Cfr. Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, op. cit.

40 Schmitt, *El valor del Estado y el significado del individuo*, op. cit., p. 30.

El comprender la posición Schmittiana de este modo permite dejar atrás lecturas parciales que la catalogan de decisionista,⁴¹ así como indagar en el sentido más profundo de las reflexiones del jurista alemán. Con esto nos referimos a que la desarticulación schmittiana de la idea del juez en tanto mera máquina encargada de subsumir casos bajo reglas no tiene un efecto meramente destructivo. Luego de argumentar que el modo positivista de comprender el derecho resulta inadecuado para su operatividad en la *praxis* jurídica, Schmitt pasa a proponer una perspectiva más adecuada de conceptualizar al fenómeno jurídico. Esta, como bien dice Herrera, puede ser sintetizada del siguiente modo:

La comprensión (jurídica) se revela, de este modo, como una actividad cuyo contenido total no puede ser definido o fijado de antemano. [...] Dado que esa definición del contenido de la actividad comprensiva requiere todavía dotar a los contenidos de los conceptos y reglas a partir de los cuales se efectúa la comprensión, con un significado al que se accede al darse el paso hacia la dimensión concreta de lo real, ella es siempre “algo todavía por ser producido (*erst zu bewirken*)”.⁴²

Puesto de otro modo, la decisión jurídica, en tanto síntesis de la idealidad normativa con la concreción de la vida cotidiana, adquiere su contenido en el momento mismo de la decisión. La siguiente referencia aclara lo recién afirmado de modo encomiable:

Aquello por lo que se legitima la decisión no la precede (sea como ley positiva, como norma cultural, o como norma del derecho libre), sino que es (con ayuda de la ley positiva, de la norma cultural, o de la norma de derecho libre) lo que debe producirse. La razón de la corrección de una sentencia no es el hecho de que el juez que decide actúe según un mandato, sino que satisface el principio de determinación del derecho. El punto de partida en nuestra consideración no está en que el juez se retrotraiga a una voluntad o a un mandato; sino la capacidad del juez para calcular lo que se considera correcto en la *praxis* judicial utilizando la eficacia de las normas y teniendo en cuenta, además, unas concretas leyes positivas, la influencia de ciertas normas metapositivas y los precedentes.⁴³

El argumento de Schmitt, entonces, es que el derecho emerge en el momento de la decisión, instante que se constituye en tanto síntesis cuyo resultado no es conocido *a priori*, sino que nace en el momento decisivo mismo a partir de una retroalimentación entre las reglas y el caso; en el instante mismo de determinación del sentido específico que la letra de la ley adquiere a la luz de las particularidades del caso concreto nace y se legitima el derecho en tanto en tal.

41 Véase Heinz Laufer, “Das Kriterium politischen Handelns. Versuch einer Analyse und konstruktiven Kritik der Freund Feind-Unterscheidung auf der Grundlage der Aristotelischen Theorie der Politik; zugleich ein Beitrag zur Methodologie der politischen Wissenschaften”, Tesis doctoral, Würzburg, Würzburg, 1961; Karl Löwith, “Der okkasionelle Dezionismus von Carl Schmitt”, en *Sämtliche Schriften*, VIII, Stuttgart, Metzler, 1984, pp. 32-71; Helmut Kuhn, *Der Staat: eine philosophische Darstellung*, München, Kösel, 1969.

42 Herrera, “Análisis de los aspectos fundamentales de la comprensión jurídica en Carl Schmitt y exposición de sus alcances filosófico-generales para la comprensión”, *op. cit.*, p. 95.

43 Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, *op. cit.*, p. 132.

Ahora bien, nuevamente hemos de aclarar que Schmitt no busca reducir el derecho a una creación judicial caprichosa. Lejos de ensalzar y robustecer el ego judicial, es decir, las características particulares del juez en tanto persona individual, lo que busca es aclarar que la función judicial es esencialmente impersonal; la justicia implica un olvido de sí mismo para quien la administra, una entrega irrestricta al derecho. En palabras del propio Schmitt, la función judicial se caracteriza por una “identificación con su deber, la entrega sin límite a la causa, la generosidad en la tarea, el orgullo por ser servidor del Estado y así de su función”.⁴⁴ Por ello es que, al hablar de estos asuntos, Schmitt le da suma relevancia a dos cosas: i) reconocer la injerencia activa de los jueces en la configuración del fenómeno jurídico, y ii) establecer mecanismos para que dicha injerencia sea prudente y tribute no a la persona del juez, sino al derecho mismo.⁴⁵ Es decir, Schmitt también reconoce la necesidad de dispositivos que aseguren que el derecho no se transforme en un fenómeno que depende de la personalidad o capricho del juez.⁴⁶

En definitiva, para Schmitt la decisión jurídica se constituye como un momento de síntesis cuya descripción no es en realidad posible. El sentido que adquiera un texto legal dependerá de las características del caso concreto y viceversa. Cabe, además, agregar que Schmitt ve algo misterioso o incluso místico en esta articulación entre normatividad, concreción y las particulares características ontológicas del sujeto articulador. No extraña, por lo tanto, que señale que la decisión es comparable a un milagro. Como bien explica Ojakangas, en el pensamiento schmittiano “una decisión es, en efecto, inmanente al orden humano de las cosas, pero es trascendente –un milagro– con respecto a los esquemas racionales cuyo propósito es una representación general y sin brechas de las cosas”.⁴⁷

Conclusiones

Comenzamos esta travesía aclarando que nuestro objetivo era traer a la luz el modo particular a través del cual, en sus obras tempranas, Schmitt utiliza al derecho en tanto fenómeno que permite comprender las características y el modo de operar de la comprensión humana. El camino que seguimos para proveer de plausibilidad a nuestro argumento fue más o menos el que sigue:

44 Schmitt, *El valor del Estado y el significado del individuo; Teología política*, op. cit., p. 63.

45 Cfr. Montserrat Herrero, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XXXIX; Mika Ojakangas, *A Philosophy of Concrete Life: Carl Schmitt and the Political Thought of Late Modernity*, Bern, Peter Lang, 2006, p. 65; Neumann, *Carl Schmitt als Jurist*, op. cit., p. 18.

46 Por ello es que en *Ley y juicio* (1912), Schmitt se esmera por proveer un criterio que permita determinar la rectitud de las decisiones judiciales, e insiste en la relevancia que tiene la justificación racional de las decisiones jurídicas por parte de las autoridades competentes (Schmitt, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, op. cit.).

47 Ojakangas, *A Philosophy of Concrete Life: Carl Schmitt and the Political Thought of Late Modernity*, op. cit., pp. 56-57.

- a. Primero explicamos las razones que llevan a Schmitt a utilizar al derecho como ejemplar del modo en el que opera la comprensión humana. En particular, argumentamos que el jurista alemán ve que en este fenómeno se manifiesta la misma tensión que aquella que se da entre conceptos y realidad. Las normas jurídicas, explicamos, abstractas por naturaleza, se ven en la necesidad de renunciar a su generalidad e indeterminación para generar su efecto en la *praxis* jurídica. Es decir, estas deben empaparse de la concreción propia de los casos específicos para que el sentido normativo del texto emerja y sea eficaz.
- b. Luego explicamos que en la dialéctica jurídica entre idealidad y facticidad hay una pieza que juega un rol fundamental: el juez. Los textos legales no pueden aplicarse a sí mismos, pues en ellos no hay siquiera una pizca de facticidad. Los casos particulares y concretos que claman justicia, a su vez, son incapaces de elevarse por sobre sí mismos y proveer de algún contenido normativo que permita llegar a una solución justa. Se requiere del elemento humano, el cual participa de ambos mundos, para que el derecho emerja en tanto fenómeno vivo.
- c. Esta inclusión de la humanidad en el derecho, explicábamos, tiene un precio. El fenómeno jurídico, compuesto por normatividad y concreción, pasa inevitablemente a empaparse de humanidad. Esto es, las características ontológicas del sujeto que articula ambos reinos dejan una marca indeleble en el derecho. El derecho vivo y eficaz es, entonces, inevitablemente humano.
- d. Lo anterior nos llevó a argumentar que el derecho, en tanto fenómeno que se ve impregnado de humanidad, es ideal para indagar la naturaleza y las características de la comprensión humana.

La segunda parte de nuestro trabajo (apartados 2 y 3) estuvo dedicada a explicar del modo más concreto y preciso posible la manera particular a través de la cual Schmitt observa que lo humano se manifiesta a través del derecho. Las reflexiones que hicimos pueden ser sintetizadas del siguiente modo:

- a. La incapacidad de los textos legales para hacerse cargo de los siempre cambiantes y excepcionales casos concretos a los que se ven enfrentados dan cuenta de la finitud del derecho y la comprensión humana. Si bien las articulaciones de la mente, explicábamos, son necesarias y útiles para explicar la vida cotidiana y desenvolvemos en ella, tarde o temprano estas se muestran insuficientes para categorizar la realidad que no se cansa de demostrar su insondabilidad a través del surgimiento de lo excepcional.
- b. El derecho, en tanto creación humana, se ve afecto a la historicidad. Con este concepto, explicamos, nos referimos a cobrar vida de la historia en cada acto de aplicación del derecho. Lo que argumentamos fue que a partir del análisis schmittiano del fenómeno jurídico se produce una ampliación del concepto

de derecho. Esto porque se reconoce que, si bien la legalidad de los textos normativos es un elemento fundamental para que las reglas jurídicas cobren vida, hay una serie de elementos, tales como la doctrina y las interpretaciones judiciales y administrativas de ciertas disposiciones legales, que contribuyen a este “cobrar vida del derecho”. En palabras sencillas, a lo largo de su vida, un texto legal se va nutriendo de una serie de elementos que aporta la comunidad jurídica, que ayudan a que este nazca y renazca una y otra vez para proveer justicia a los siempre cambiantes casos particulares que provee el polo concreto y fáctico de la existencia.

- c. El derecho permite elucidar el paradigma desde el que una época comprende la realidad (historicidad en su sentido epocal). Puesto de otro modo, el ideal de justicia de un modo de comprender el derecho permite dar cuenta de la imagen del mundo que se tiene en el momento en que dicha comprensión se encuentra vigente. Así, explica Schmitt, la búsqueda implacable de una justicia apodíctica por parte del positivismo jurídico da cuenta de que el concepto desde el que se interpreta el mundo en la época moderna en uno que da énfasis a una racionalidad que es capaz de abstraerse de la realidad concreta (y que por ello la olvida).

Por último, argumentamos que la crítica schmittiana al positivismo no debe leerse en tanto defensa de una comprensión del fenómeno jurídico que lo reduce a la mera facticidad o concreción. Muy por el contrario, lo que busca el jurista alemán es argumentar que el derecho nace de la resolución que hace el juez o el soberano de la tensión entre el polo normativo y el fáctico o concreto. Por ello es que la figura de la decisión, en tanto mecanismo que permite la síntesis de ambos mundos, toma centralidad en la propuesta jurídica de Schmitt.

Para terminar, debemos agregar que el personaje que elegimos para hacer nuestra investigación, el señor Carl Schmitt, no es sino una excusa para dar fuerza a una idea (que para nuestra suerte es compartida por este autor): el derecho es una realidad multiforme que merece un lugar privilegiado en la indagación filosófica, pues a partir de él podemos no solo comprender el fenómeno de la normatividad, sino también la naturaleza humana y sus misterios.

Agradecimientos

Agradezco el apoyo que ANID me ha proporcionado a través de la siguiente fuente de financiamiento: Conicyt-PCHA/Doctorado Nacional/2019-21190052, así como las sabias y prudentes observaciones de los árbitros. Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, Valdivia, Chile. Doctor en Filosofía por la Universidad Diego Portales y la FernUniversität de Hagen (Alemania).

Bibliografía

- Gadamer, Hans-Georg, *Truth and Method*, London, Bloomsbury, trad. de Joel Weinsheimer y Donald G. Marshall, 1965.
- García-Huidobro, Joaquín y Diego Pérez Lasserre, “Acoger la excepción. La prudencia del juez como punto de conexión entre las ideas schmittianas y aristotélicas”, en *Daimon* 83 (2021), pp. 185-199. DOI: <https://doi.org/10.6018/daimon.373451>
- Heidegger, Martin, *Ser y Tiempo*, Santiago, Editorial Universitaria, trad. de Jorge Eduardo Rivera C., 2005.
- Heidegger, Martin, *Nietzsche*, Barcelona, Ariel, trad. de Juan Luis Vermal, 2013.
- Herrera, Hugo, “Carl Schmitt como jurista”, en *Derecho y Humanidades* 28 (2016), pp. 55-63.
- Herrera, Hugo, “Análisis de los aspectos fundamentales de la comprensión jurídica en Carl Schmitt y exposición de sus alcances filosófico-generales para la comprensión”, en *Kriterion: Revista de Filosofía* 60, 142 (2019), pp. 85-102. DOI: <https://doi.org/10.1590/0100-512x2019n14205heh>
- Herrera, Hugo, *Carl Schmitt. Between Technological Rationality and Theology*, New York, State University of New York Press, 2020.
- Herrero, Montserrat, “Estudio preliminar”, en Carl Schmitt, *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.
- Husserl, Gerhart, *Recht und Zeit*, Frankfurt, V. Klostermann, 1955.
- Kuhn, Helmut, *Der Staat: eine philosophische Darstellung*, München, Kösel, 1969.
- Laufer, Heinz, “Das Kriterium politischen Handelns. Versuch einer Analyse und konstruktiven Kritik der Freund Feind-Unterscheidung auf der Grundlage der Aristotelischen Theorie der Politik; zugleich ein Beitrag zur Methodologie der politischen Wissenschaften”, Tesis doctoral, Würzburg, Würzburg, 1961
- Löwith, Karl, “Der okkasionelle Dezisionismus von Carl Schmitt”, en *Sämtliche Schriften*, VIII, Stuttgart, Metzler, 1984. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-476-03168-6>
- McCormick, John, *Carl Schmitt's critique of liberalism: against politics as technology*, Modern European philosophy, Cambridge, Cambridge University Press, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511608988>
- Neumann, Volker, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

- Ojakangas, Mika, *A Philosophy of Concrete Life: Carl Schmitt and the Political Thought of Late Modernity*, Bern, Peter Lang, 2006.
- Pérez Lasserre, Diego, "El 'otro juez' y la hermenéutica: el ficcionalismo como criterio legitimador de la decisión jurídica" en *Revista Chilena de Derecho* 45, 2 (2018), pp. 363-380. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372018000200363>
- Pérez Lasserre, Diego, "Determining and reflective judgments: Two approaches to understanding legal decisions", en *Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum* 7, 3 (2019), pp. 23-41. DOI: <https://doi.org/10.11590/abhps.2019.3.02>
- Pérez Lasserre, Diego, "Carl Schmitt: entre el derecho y el conocimiento humano", en *Kriterion: Revista de Filosofía* 61, 147 (2020), pp. 675-698. <https://doi.org/10.1590/0100-512x2020n14706dpl>
- Schmitt, Carl, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, trad. de José Díaz García, 1968.
- Schmitt, Carl, *Teología política*, Barcelona, Trotta, trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, 2009.
- Schmitt, Carl, *El valor del Estado y el significado del individuo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Celestino Pardo, 2011.
- Schmitt, Carl, "Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial", en Montserrat Herrero (ed. y trad.), *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.