

HUGO E. HERRERA

EL ORDEN ANTES DE LA NORMA

La filosofía
jurídico-hermenéutica
de Carl Schmitt

C o l e c c i ó n
CRÍTICA DEL DERECHO

S e c c i ó n
DERECHO VIVO

D i r e c t o r
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

COMARES

EL ORDEN ANTES DE LA NORMA

LA FILOSOFÍA JURÍDICO-HERMENÉUTICA DE CARL SCHMITT

HUGO E. HERRERA

EL ORDEN ANTES DE LA NORMA

La filosofía jurídico-hermenéutica
de Carl Schmitt

59

Granada, 2026

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

COLECCIÓN: CRÍTICA DEL DERECHO
SECCIÓN: DERECHO VIVO 59

Director de la colección:
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Maquetación: Jose M. Padilla

© Hugo E. Herrera

© Editorial Comares, 2026

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada) España

Tlf.: 958 465 382

<http://www.editorialcomares.com> • E-mail: libriaricomares@comares.com

<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>

<https://www.instagram.com/editorialcomares/>

ISBN: 979-13-7033-164-1 • Depósito legal: Gr. 1213/2026

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES

SUMARIO

AGRADECIMIENTOS	XIII
PREFACIO	XV
INTRODUCCIÓN	1
I. LA INTERPRETACIÓN DE CARL SCHMITT	1
II. EL JURISTA COMO HUMANISTA Y PENSADOR HERMENÉUTICO.....	4
III. HIPÓTESIS.....	6
IV. OBSERVACIONES COMPLEMENTARIAS	7
V. RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	9
VI. ARQUITECTURA DEL LIBRO.....	13

CAPÍTULO PRIMERO

COMPRENSIÓN Y SUBSTANCIALISMO

I. EL LUGAR DEL SUBSTANCIALISMO EN EL MODELO HERMENÉUTICO DE SCHMITT	15
II. SCHMITT SUBSTANCIALISTA.....	17
III. SUBSTANCIALISMO EN SCHMITT	21
IV. EL DERECHO FRENTE AL SUBSTANCIALISMO TEOLÓGICO.....	26

CAPÍTULO SEGUNDO

COMPRENSIÓN Y FUNCIONALISMO

I. CRÍTICAS POSTMODERNAS A SCHMITT	31
II. LA APERTURA A LO EXCEPCIONAL, EL OTRO Y EL SENTIDO	34
III. EL ESTATUTO DE LA RACIONALIDAD TÉCNICA Y LA JURÍDICA.....	39
IV. COMPRENSIÓN JURÍDICA Y COMPRENSIÓN HUMANA EN GENERAL	45

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA DEL DERECHO COMO ORDEN

I. TEORÍA DEL ORDEN EN CARL SCHMITT.....	47
II. LA PRIORIDAD DEL ORDEN FRENTE A LA NORMA Y LA DECISIÓN.....	54
III. NOMOS, TIERRA E HISTORICIDAD	58

CAPÍTULO CUARTO

SCHMITT Y Kelsen

I. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL NORMATIVISMO DE HANS Kelsen	61
II. LA CRÍTICA DE SCHMITT AL NORMATIVISMO DE Kelsen	65
III. OSCURIDAD DE UN PENSAMIENTO JURÍDICO APARTADO DEL NORMATIVISMO	70

CAPÍTULO QUINTO

EL ALCANCE FILOSÓFICO-TRASCENDENTAL DE LA JURISPRUDENCIA DE SCHMITT

I. EL PROBLEMA FILOSÓFICO DEL NORMATIVISMO	73
II. Kelsen Y LA RAÍZ FILOSÓFICO-TRASCENDENTAL DEL NORMATIVISMO.....	75
III. LA PREGUNTA <i>QUID JURIS</i> Y LA APLICABILIDAD DE LAS FORMAS	77
IV. LA INSUFICIENCIA DEL ESQUEMATISMO.....	81
V. LA REAPARICIÓN DEL DERECHO	83
VI. SCHMITT Y LA INVERSIÓN DEL FUNCIONALISMO FILOSÓFICO-TRASCENDENTAL	84
VII. DEL ORDEN JURÍDICO A «TODO ORDEN».....	86
VIII. JURISPRUDENCIA COMO FILOSOFÍA DE LA COMPRENSIÓN.....	88

CAPÍTULO SEXTO

COMPRENSIÓN JURÍDICA Y FILOSOFÍA HERMENÉUTICA

I. HERMENÉUTICA JURÍDICA Y HERMENÉUTICA DE LOS ASUNTOS HUMANOS	91
II. EL DERECHO COMO PENSAMIENTO DE LA COMPRENSIÓN EN SCHMITT	94
III. POSICIONES HERMENÉUTICAS POSIBLES.....	98
IV. SEMEJANZA ENTRE EL PENSAMIENTO DE LA COMPRENSIÓN DE SCHMITT Y LA HERME- NÉUTICA DE GADAMER.....	99
V. SCHMITT Y KARL LARENZ	103
VI. EL PROBLEMA JURÍDICO Y LA LEGITIMIDAD DE LA SITUACIÓN	106
VII. CARÁCTER JURÍDICO DE LA EXISTENCIA Y SUS DISTINTOS ÁMBITOS	108
VIII. DINAMISMO EN LA SITUACIÓN Y CARÁCTER HISTÓRICO DE LA HERMENÉUTICA.....	111
XI. PRODUCCIONES HERMENÉUTICAS	113

CAPÍTULO SÉPTIMO

EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA COMPRENSIÓN

I. PENSAMIENTO FILOSÓFICO, FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA HERMENÉUTICA ...	117
II. DE LA DECISIÓN JUDICIAL A LA ESTRUCTURA GENERAL DEL COMPRENDER	119
III. CRISIS, EXCEPCIÓN Y EXPLICITACIÓN DEL MÉTODO	127
IV. EL DERECHO COMO ORDEN.....	139
V. NOMOS, CRÍTICA DEL VALOR Y CIERRE HERMENÉUTICO	151
VI. UNA RUTA INHERENTE Y CONSTANTE	168

CAPÍTULO OCTAVO
LA COMPRENSIÓN EN SCHMITT
COMO PROBLEMA FILOSÓFICO-JURÍDICO

I. LA EXISTENCIA COMO UNIDAD DE LOS OPUESTOS.....	171
II. DISCERNIBILIDAD Y ORDEN	172
III. LA EXCEPCIÓN: ACONTECIMIENTO Y CONDICIÓN DE COMPRENSIÓN	172
IV. CONCEPTO E INTUICIÓN	174
V. COMPRENSIÓN, PRODUCCIÓN Y PRAXIS.....	177
CONCLUSIÓN.....	181
BIBLIOGRAFÍA.....	185
I. OBRAS DE CARL SCHMITT.....	185
II. OTRAS OBRAS CITADAS	187
ÍNDICE ONOMÁSTICO	195
ÍNDICE ANALÍTICO	199

Para Alicia

AGRADECIMIENTOS

Este libro no habría llegado a existir sin muchas conversaciones, ayudas e instituciones. A todas ellas debo gratitud. A la Editorial Comares y, en especial, al profesor José Luis Monereo, director de la colección en la que esta obra se publica, por su confianza y orientación; a Ana del Arco Blanco, Gonzalo Osorio, Mariángel González y José Manuel Padilla, por el cuidado editorial. Debo un reconocimiento particular al profesor Jerónimo Molina Cano, de la Universidad de Murcia. Sus investigaciones sobre Schmitt, su apoyo y las conversaciones iniciadas hace años en Brasil acompañan estas páginas. Al profesor Roberto Bueno, por su hospitalidad en la Universidad Federal de Uberlândia, por haberme abierto las puertas de la literatura brasileña y por organizar dos coloquios decisivos para los estudios schmittianos. Los diálogos con Jorge E. Dotti, especialmente en Uberlândia, Curitiba y Santiago, dejaron una huella duradera en estas investigaciones. Agradezco a David Johnson el respaldo brindado a mi primer libro sobre Schmitt en Estados Unidos y a David Pan haber acogido en *Telos* dos investigaciones dedicadas a este autor, así como a los árbitros por sus observaciones. A Joaquín García-Huidobro y Paul-Ludwig Weinacht, mis maestros, por su orientación generosa. A Montserrat Herrero, por la codirección de una tesis doctoral entre la Universidad de Navarra y la Universidad Diego Portales; por la lectura atenta de un libro anterior sobre Schmitt. Su monografía *El nomos de la tierra* me fue importante desde temprano. Mi gratitud va asimismo a Yuri Notturmi, Diego Pérez Lasserre y Juan Carlos Vergara, interlocutores en el marco de sus investigaciones doctorales, así como a Renato Bartet, Gonzalo Geraldo, Lucy Oporto, María Eugenia Góngora, Joaquín Trujillo, Raúl Madrid, Paula Schmidt, Simón Abdala, Fabián Bustamante, Diana Aurenque, Mario Fernández, Renato Cristi, Tomás Villarroel, Luis Oro, Joaquín Fernandois,

Cristián Garay, Jan Boelken, Dante Grunert, Felipe Kleinfond, Óscar Plandiura, Jorge Mittelmann, Marcelo Boeri, Marita Elton, Felipe Widow, Carlos Casanova, Antonio Amado, Kurt Scheel, Arturo Fontaine, Thomas Leuerer, Gonzalo Bustamante, Carolina Bruna, Salvador Pereira, Luis Eugenio Meneses, Marcelo Montero, Gonzalo Tomarelli, Rafael Simian, José Luis Villacañas, Cristián Warnken y Benjamín Truffello. A mis hermanas, Francisca y Josefina, y a Pablo Matamoros. A Sonia Zaldívar, por su labor de profesora ayudante en la Universidad Diego Portales. A la Universidad Diego Portales debo agradecimiento profundo por haberme brindado el tiempo y el ambiente intelectual que una investigación de largo aliento exige. De manera especial, a Carlos Peña, por su apoyo constante y por su permanente disposición a participar en actividades sobre los temas del libro. También ahí, a Jaime de la Hoz, Cristóbal Marín, Hernán Pringe, Héctor Hernández, Fernando Londoño, Vasco Castillo, Rodolfo Figueroa, Claudio Fuentes, Macarena Vargas, Jaime Couso y Javier Couso. Expreso igualmente mi agradecimiento a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y, en ella, a Ricardo Salas, Ricardo Saavedra, Luis Villavicencio, Alejandra Zúñiga, Carlos Dorn, Claudio Oliva, Agustín Squella, Aldo Valle, Inés Robles, Alberto Balbontín, Raúl Celis, Enrique Aimone, Pedro Pierry, Pedro Arraztoa, Aldo Topasio, Horacio Navarro, Carlos Verdugo, Marco Antonio Huesbe, Leslie Tomassello, Fernando Hood y Abel González.

La memoria no alcanza para nombrar a todos quienes, de uno u otro modo, han acompañado más de tres décadas de estudio de Carl Schmitt. La lista incluye varios cercanos fallecidos. En ocasiones, además, los caminos se separan. A quienes debieran figurar en estas páginas y no aparecen, les manifiesto mi gratitud y les ofrezco mis disculpas.

A mi familia le corresponde lugar aparte: Alicia, Alicia Eliana, Hugo y Matilde. Su afecto, su paciencia y su compañía sostuvieron estos años de trabajo. Y no dejaré de mencionar a Sofanor II y Milú, compañeros inseparables de nuestra casa.

Esta investigación recibió el respaldo del proyecto Fondecyt N.º 1260223 (ANID Chile).

PREFACIO

El derecho no nace con la norma. Nace con el orden. Quien habla de aquél sin hablar de éste no ha entendido ni uno ni otro.

Antes de toda regla escrita se despliega una existencia cognoscible en la cual las acciones hallan orientación. Previo a la legislación, los seres humanos prometían, obedecían, atribuían responsabilidades y aguardaban conductas recíprocas. Esas prácticas no derivaban de decisiones normativas formales y conscientes; pertenecían a la vida compartida.

El lenguaje es el derecho y el derecho es el lenguaje: ambos brotan de la misma raíz vital y responden a idéntica exigencia de entendimiento y articulación de la convivencia. En su origen no había separación. La palabra encarnaba la colectividad, reunía las cosas bajo signos comunes, instituía vínculos duraderos. Donde ella surgía aparecía un mundo habitable.

Ni el instante en que cuajó el lenguaje ni aquél en que llegó a la consciencia son fijables, pues toda constatación requiere palabra y consciencia. Sólo más tarde la vida se transforma en objeto del pensamiento. Mientras la trama permanece, apenas se la nota. Nadie duda del suelo que pisa cuando sus pisadas son sostenidas. Tampoco una comunidad tematiza al derecho si siente obvio aquello que la obliga.

La crisis hace visible lo implícito. A partir de ella se inquiere por las justificaciones. La antigua pregunta *quid juris* expresa el giro. ¿En qué título se funda una determinada conducta? La actividad legisladora admite ser interrogada. Los desempeños se desligan del contexto integral que los avalaba tácitamente. Libre de prejuicios, la atención se dirige hacia lo que acredita la acción.

A unas preguntas siguen otras: ¿en qué se basa la obligatoriedad de las normas? ¿Por qué valen y vinculan? ¿Por qué obedecemos o debemos obedecer al derecho? Con estos cuestionamientos nace la reflexión jurídica y arranca su milenario periplo.

La edad moderna desplazó el centro del asunto jurídico. Si la antigua experiencia reconocía una vida compartida y el medioevo conservaba la ley en referencia a una proporcionalidad concreta, el derecho de la modernidad adoptó la figura de un sistema de normas. El soporte dejó de buscarse en la convivencia o en un orden metafísico. Se lo encontró en la producción regular de prescripciones, en la jerarquía de las fuentes, en la pureza del procedimiento. El principio rector se radicó en la validez formal.

Nadie negará la grandeza de la empresa. Ella otorgó al derecho una precisión antes desconocida. Delimitó competencias, dispuso las fuentes según una arquitectura rigurosa, sometió a una racionalidad específica los actos y las decisiones. Durante un tiempo pareció que la ciencia jurídica había logrado sustraerse a las oscilaciones de la historia y del conflicto humano.

Ese triunfo descansaba, sin embargo, sobre una premisa silenciada: incluso disposiciones elaboradas conforme a todas las exigencias del sistema jamás obligan por esa sola circunstancia. El proceso es insuficiente para generar validez. Permanece ajeno a la existencia sobre la cual aquéllas han de aplicarse y de las que reciben su legitimación.

Para demandar obediencia, una prescripción ha de surgir investida de obligatoriedad. Para eso se necesita un mundo descubierto. Ninguna disposición obliga por el mero hecho de haber sido promulgada. Lo hace recién cuando se refiere a una esfera discernible. Si ésta se oscurece o se transforma en caos, la regla no sólo pierde su eficacia, también se desvanece su fuerza vinculante e incluso su inteligibilidad.

La investigación ha de cambiar entonces de dirección. No basta inquirir por el origen formal de la validez. Hay un tópico anterior. ¿De dónde recibe la norma su obligatoriedad?

Si en el caos la regla es privada de su fuerza normativa, la normalidad de la situación es sustento de aquélla. Junto a las condiciones formales, se requiere un orden con aspectos típicos y sentido. Quien comprende una regla no retiene únicamente su formulación. Reconoce las acciones a las que remite, las distinciones que efectúa, los lazos que articula, la totalidad dentro de la cual cada uno de esos elementos se emplaza. La obligatoriedad depende de una realidad revelada que ella misma no engendra.

El derecho vive en una tensión entre normas producidas según los procedimientos predeterminados y una existencia develada. Este vínculo no es un descubrimiento novedoso. Él está en la base de la disciplina jurídica desde el inicio.

Aquella se le presenta al jurista ya en el primer instante. Nunca tiene ante él un sistema autosuficiente de reglas. Hay además una coyuntura irrepetible. La ley es

universal, el caso, singular. Entre ambos media una distancia que ningún dispositivo consigue abolir. Allí nace la praxis jurisprudencial.

La jurisprudencia enseña que interpretar no consiste en repetir el texto ni en entregarse a la inmediatez de los hechos. Si la decisión dependiera íntegramente de la ley, el juez carecería de tarea. Si la ley nada añadiera al esclarecimiento del litigio, desaparecería el derecho y reinaría el arbitrio. El juicio debe reconciliar productivamente la universalidad de la forma con la singularidad de lo real, sin sacrificar a ninguna. La labor jurídica no sólo es praxis. Es arte: provoca algo nuevo donde no lo había, pero es menester que lo haya.

La reflexión iniciada en el derecho rebasa así su ámbito natural. Sin proponérselo, entra en el territorio de la filosofía. Aquello que aquí sale a la luz jamás se inscribió exclusivamente en esa esfera.

El derecho deviene filosofía porque no solamente la praxis jurisprudencial: toda comprensión transcurre entre palabras, conceptos, reglas y una realidad que nunca se deja agotar por ellas. Ninguna noción produce lo que piensa; únicamente logra reconocerlo si ya consta.

Sólo si la existencia es una totalidad discernible, las palabras, conceptos, normas adquieren inteligibilidad. Fuera ella un caos, éstas serían fórmulas flotantes, vacías de contenido; no significarían.

La jurisprudencia se convierte en paradigma de la interpretación. No es mera disciplina particular. Es paradigmática porque custodia con especial lucidez una experiencia que las restantes ciencias olvidan con facilidad, pero que las constituye. Ninguna otra encuentra con igual persistencia el límite de sus propias nociones; ni advierte con igual claridad que toda forma obtiene significado recién en relación con una dimensión ya descubierta.

Con esta ampliación de la jurisprudencia hacia el saber de la comprensión en general, la pregunta *quid juris* adquiere una extensión inesperada. No pertenece al derecho disciplinar. No explora sólo el título justificatorio de una acción ni el fundamento de la validez jurídica. Se dirige ahora a la razón que autoriza a las nociones o conceptos en general para referirse a aquello que ellas buscan pensar. La investigación nacida en sede jurídica termina por arribar a la filosofía.

Ese saber desemboca así en un problema cardinal.

Immanuel Kant formuló el tópico con precisión. No averigua simplemente si y qué conocemos. Interroga bajo qué condiciones una categoría o concepto puro del entendimiento determina legítimamente una realidad que ella no produce. La *Crítica de la razón pura* es el intento más riguroso de la modernidad por resolver esa dificultad.

La explicación kantiana dejó, empero, intacto un enigma más hondo, advertido por algunos de sus contemporáneos.

El itinerario jurídico conduce a Schmitt hasta el mismo punto. La referencia de una forma ideal al mundo presupone que éste sea un todo desoculto. Ninguna

categoría alcanzaría lo absolutamente cerrado e impenetrable; tampoco una multiplicidad radicalmente dispersa. Si falta una unidad previamente develada, la referencia se quiebra y las nociones quedan reducidas a abstracciones flotantes. Antes del vínculo debe darse una manifestación primigenia de la existencia gracias a la cual ambos lleguen siquiera a encontrarse.

El problema deja de residir en el movimiento unidireccional de la forma hacia lo real. La pesquisa retrocede todavía un paso. Sólo entonces cabe hallar aquello que vuelve legítimo el tránsito desde una al otro.

La sola actividad del sujeto no es respuesta suficiente porque éste jamás gobierna lo que pretende determinar. Si el mundo no emergiese ya ordenado, ninguna forma lograría dirigirse a él. Precediendo a toda operación mental debe haber una revelación inaugural de aquél, dentro de la cual palabras, conceptos y normas lleguen a hacerse significativos.

El derecho aparece aquí bajo una luz nueva. No es únicamente una disciplina específica. Ni siquiera cabe limitarlo a la esfera práctica. Se revela en cuanto ejercicio y estudio eminente de la interpretación.

La hermenéutica filosófica del siglo xx no hizo sino llevar a la reflexión aquello que la jurisprudencia conocía desde antiguo. Toda interpretación acontece dentro de una totalidad que antecede a las cosas y a las formas por las cuales ellas llegan a la inteligencia. El pensamiento no engendra la realidad hacia la cual se encamina. Tampoco la encuentra amorfa. Ambos están ya ligados por una articulación primordial.

La jurisprudencia custodia una experiencia elemental de la vida consciente. No recibe su dignidad de la filosofía. Ocurre lo inverso. Ésta termina por reconocer, bajo otra denominación, lo que el acervo jurídico había preservado desde sus comienzos.

En este sitio ha de leerse a Carl Schmitt.

Habitualmente se ve en su producción intelectual teoría política, teoría jurídica o teoría de la cultura. Cada una de esas lecturas capta una dimensión. Ninguna da con el principio del cual todas reciben cohesión.

El examen de Schmitt apunta más allá. Su tema es: ¿de qué vive el pensamiento cuando busca orientación en la existencia? Sólo desde allí las categorías schmittianas adquieren su lugar sistemático. Así, por ejemplo, la decisión importa no únicamente por sí misma, sino además porque remite al estado de cosas que la reclama; la ley, a un orden que la vuelve válida; la excepción, a la contingencia que pone al descubierto; el Estado, a la disposición histórica que lo sostiene; la noción o concepto, al todo de sentido sin el cual no es elucidable. Ninguna de esas figuras descansa sobre sí misma.

Por eso Schmitt atribuye a la jurisprudencia una dignidad tan singular. La llama «filosofía de la vida concreta». Antes que una disciplina particular, es un rendimiento primario de la consciencia reflexiva. La que con mayor intensidad repara

en que norma y noción requieren un campo dilucidado y en que ninguna lograría, en cambio, referencia ni significación propia si la existencia fuese caos.

La multiplicidad de los asuntos que recorren su obra —decisión, soberanía, criterios políticos, representación, *nomos*, excepción, técnica, legitimidad, Constitución, etc.— responde a una investigación acerca de aquello de lo que se nutren las composiciones del pensamiento.

Las páginas que siguen buscan reconstruir ese itinerario.

No añaden una interpretación más a las muy numerosas que ya hay. Intentan devolver la mirada hacia eso de lo cual todas dependen. El derecho conserva una experiencia primigenia: la norma no encuentra en sí misma su fuerza vinculante y el concepto no alcanza por sí solo lo que pretende pensar. La validez de aquélla y la inteligibilidad de éste presuponen una totalidad develada. De ella vive toda consciencia, también la jurídica.

Carl Schmitt no comienza donde se lo ha encerrado usualmente: en la norma, la soberanía o la decisión. Comienza antes, en una pregunta más radical: ¿con qué derecho aprehende el ser humano la realidad, la juzga y orienta en ella su existencia?

La novedad de este libro consiste en mostrar que esa pregunta, relegada hasta ahora, contiene el principio que da unidad a su obra. Desde ella, decisión, norma y concepto pierden su aparente autosuficiencia. La decisión no lleva en ella su medida; la norma no auto-funda su validez; el concepto no contiene por sí mismo la inteligibilidad de aquello que nombra. El orden, al develarse, posibilita la corrección de la decisión, la validez de la norma y la inteligibilidad del concepto. El sujeto no produce ese orden: su manifestación permite recién la comprensión, el juicio y la decisión.

La investigación se inicia en un lugar inesperado: el juez. Comprender no es violentar el caso hasta hacerlo caber en la regla ni rendirse ante su pura inmediatez. Entre la forma sin mundo y el mundo sin forma se abre la distancia de la interpretación. De toda interpretación: lo que comparece en el juicio jurídico reaparece en la política, la historia y la existencia humana.

La controversia con el normativismo deja entonces de ser litigio entre juristas. En ella se disputa la capacidad de la norma para fundar su propia validez y la del concepto para darse a sí mismo su contenido. Surge así un Schmitt soslayado: antes que el autor de la soberanía o la decisión, un pensador hermenéutico del orden que precede decisión y norma.

La tesis central del libro es formulable con precisión: la validez de la norma y la inteligibilidad del concepto presuponen un orden develado. El pensamiento no inaugura ese orden; comienza en él.

