

LA LEGITIMIDAD DEL PODER EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE HERMANN HELLER

Sergio Raúl CASTAÑO

UNIVERSIDAD DEL NORTE SANTO TOMÁS DE AQUINO / CONICET (ARGENTINA)

sergioraulcastano@gmail.com

Cristina Andrea SERENI

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO / CONICET (ARGENTINA)

casereni@gmail.com

Resumen: El artículo se ocupa de la noción de legitimidad política en las obras filosóficas del gran teórico del Estado Hermann Heller (Teschen, 1891-Madrid, 1933). Para Heller, la específica cuestión de la legitimidad del poder se resuelve a partir de la misión que obligatoriamente le incumbe a la autoridad soberana de positivizar, aplicar y custodiar los principios ético-jurídicos fundamentales. Son estos mismos principios suprapositivos los que miden el valor del Estado y de la Política y la rectitud del derecho positivo. Este anclaje de la Política en la función jurídica (en sentido substancial, no procedimental) del Estado y de su órgano decisorio define la relación entre poder y Derecho, a la vez que impugna por la base tanto la pretensión positivista cuanto la identificación de la legitimidad del ejercicio del poder con la legitimación sociológica provista por las ideologías que sustentan las distintas formas históricas de régimen.

Palabras clave: Heller, legitimidad política, principios fundamentales, Legalidad, Estado.

Abstract: The article treats the conception of political legitimacy in the philosophical works of the great theorist of the State Hermann Heller (Teschen, 1891-Madrid, 1933). According to Heller, the theoretical and

practical question of legitimacy of power is intrinsically linked with the problem of justification of the State and validity of law, given that Heller bases upon ethical and juridical fundamental principles (*ethische Rechtsgrundsätze*) the value of political life, the righteousness of the law and the function of sovereign authority. From those fundamentals of political order Heller criticizes the axial statements not only of legal positivism but of all kind of positions identifying legitimate exercise of power with legality or with the ideological will of any form of régime, whether nationalist, Bolshevist or democratic.

Keywords: Heller, Political Legitimacy, Fundamental Principles, Legality, State.

1. Prenotando. Nuestro nivel de análisis: Hermann Heller como filósofo político

No es infrecuente abordar a Heller en el plano del análisis histórico-empírico y en el de las opciones práctico-políticas. Se trata de líneas de investigación que sin duda hallan asidero en su obra. Ahora bien, tal vez resulte más relevante aun estudiar a Heller en el plano filosófico-político; esto salta a la vista por poco que se pare mientes en la riqueza de sus desarrollos en ese campo y en la consciente atención que él mismo prestó al plano de los principios. De hecho, son explícitas sus tesis sobre la necesidad de la filosofía para la elaboración tanto de una ciencia política cuanto de una teoría del Estado.¹ Luego, afirmaciones del tenor de la de que Heller abjuró de toda justificación trascendente del orden político por cuanto sólo persiguió una legitimación inmanente de la democracia y, en última resolución, una *teoría de la democracia* (socialista)² no podrían ser absolutizadas sin riesgo de poner en un cono de sombra una dimensión substantiva de su obra –o incluso de tergiversar aspectos axiales de su pensamiento–. En efecto,

1) Cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 73. La primera edición, al cuidado de su amigo Gerhart Niemeyer, apareció póstumamente en 1934.

2) Así, por ejemplo, Michael Hebeisen, con citas, entre otros, de Ilse Staff y Rüdi Waser; cfr. Michael Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995), 516-517.

hállase en Heller una valiosa y original filosofía del Estado, que abarca, como veremos, una esclarecedora justificación filosófica (no *trascendente*, si por tal se entiende *teológica*) del Estado y del poder político.

Por lo demás, a propósito de la idea de un Heller ideólogo de la democracia o de la democracia socialista –y sin que podamos extendernos aquí en ello–, cabría de antemano hacer algunas advertencias, en orden a precaver de conclusiones que no se hicieran cargo de la complejidad del autor bajo análisis. Así, por un lado, Heller se manifestó ajeno a los lugares comunes (dogmática y acriticamente asumidos) del discurso político liberal en lo tocante al sistema democrático moderno. Baste para ello leer sus reparos realistas al principio de que “el poder viene del pueblo”.³ En esa línea, en su tratamiento de la democracia política no aparece un “pueblo soberano” que *gobierna* sino una colectividad que *designa a sus gobernantes* –pues en la democracia, sostiene Heller, también se cumple la ley de que son pocos los que mandan–.⁴ Por otro lado, la concepción de comunidad política (y, a *fortiori*, de Política, a secas) de Heller es formalmente antimarxista.⁵ Finalmente, desde el punto de vista de la adscripción política personal de nuestro autor, debe remarcarse que este oficial del Emperador en la Gran Guerra era, en buena medida, en la línea de su compatriota Otto Bauer, un nacionalista *sui generis*, con un pensamiento anclado en la idea de la nación como comunidad de destino y comunidad de carácter.⁶ Con todo esto no negamos que Heller haya sostenido posiciones –teóricas, y práctico-existenciales– democráticas y socialistas. Pero a ello es necesario entonces agregar dos observaciones básicas. En primer lugar, en tren de abordar y desarrollar las opciones de Heller como militante y sus tesis referidas al plano

3) Cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 279-280.

4) Cfr. Hermann Heller, “Democracia política y homogeneidad social”, en *Escritos políticos*, ed. Antonio López Pina, trad. S. Giménez de Arreche (Madrid: Alianza, 1983), 260-261.

5) Cfr., por ejemplo, Hermann Heller, *Las ideas políticas contemporáneas*, trad. M. Pedrosa (Barcelona: Labor, 1930), 157 y ss.

6) Cfr. Hermann Heller, “Socialismo y nación”, en *Escritos políticos*, ed. Antonio López Pina, trad. S. Giménez de Arreche (Madrid: Alianza, 1983), 157 y ss. Sobre Otto Bauer, quien acuñó la fértil y difundida noción de la nación como comunidad de destino (*Schicksalsgemeinschaft*) vide Otto Bauer, *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie* (Viena: Ignaz Brand, 1907), 95 y ss. Dicha noción es asumida, entre otros, por Martin Buber (como “*Schicksalseinheit*”: cfr. Martin Buber, “Nationalismus” (conferencia de 1921), *Hinweise, Gesammelte Essays* (Zürich: Manesse Verlag, 1953), 262-271; y en España por José Ortega y Gasset (Discurso a las Cortes Constituyentes del 13 de mayo de 1932) y José Antonio Primo de Rivera (“XXVII Puntos” de Falange).

histórico-concreto, no parece justificado soslayar el explícito y fundado perfil nacionalista de su pensamiento y de su prédica.⁷ En segundo lugar, todos estos posicionamientos, como se ha dicho, se insertan en una perspectiva principal sobre el Estado y el Derecho, cuya tematización constituye el capítulo seguramente más fontal y perdurable de la obra del autor.⁸

Así pues, en definitiva, nosotros trataremos el problema *filosófico* de la legitimidad del Estado y del poder desde los *principios* políticos de Hermann Heller.

I. 2. El valor de la Política en Heller

2.1 Lugar de este problema en la sistemática helleriana

Según queda claro en su planteo del problema de la *función social del Estado*,⁹ para Hermann Heller la consideración de los bienes humanos (jurídicos y políticos) que fundamentan el ejercicio del poder no se identifica con la cuestión del *fin de la comunidad política* –y, a fortiori, de su potestad de régimen–. No se trata de que Heller desdeñe el principio aristotélico de que toda comunidad existe para un fin; antes al contrario, cita en griego el pasaje del Estagirita al comenzar el tratamiento de la función del Estado, puntualizando que desde su formulación en la *Política* se había convertido en un problema fundamental de toda teoría del Estado.¹⁰ Pero, agrega, en la

7) El interesante trabajo de Sebastián Martín, “Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del *soziale Rechtsstaat*. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933)”, *Res Publica* 25 (2011):151-175, sin dejar de señalar lo específico del nacionalismo de Heller, con todo pareciera descartar la presencia protagónica de esa componente en su pensamiento –al socaire de la identificación de un nacionalismo *típico* al que le sería intrínseca la concepción organicista, dado que tal concepción fue combatida por Heller- (vide *ibid.*, 157-159).

8) Así, se echa de ver en Ingeborg Maus (quien encara el tratamiento de la soberanía del pueblo en Heller sin tener en cuenta su *Staatslehre*) una cierta dificultad para integrar la idea de democracia y de soberanía del pueblo hellerianas en el contexto definitorio de los principios políticos fundamentales del autor (cfr. Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie* (Berlín: Suhrkamp, 2011), 103-104. En efecto, debe notarse que para Heller, en virtud de sus principios, el pueblo, que de suyo no constituye una realidad política, recién adquiere ese *status* en la medida en que se erige como unidad de acción –representativa y jerárquicamente organizada–. Y esto, desde ya, vale también para una democracia.

9) Cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 226 y ss.

10) Ello va de la mano, debe notarse también, con el hecho de que el rango y la función del fin no hayan sido tenidos en menos por Heller a la hora de considerar la realidad del Estado: “[e]l Estado es una unión poseedora de un orden, una organización. Todo orden es un orden concreto, determinado por un fin, por una idea y por una materia de tal orden”, había afirmado con evidentes

época romántica se había tendido a ver en el Estado un fin en sí mismo, como si se tratara de un mero organismo biológico (planta o animal). A partir de entonces, aun cuando se reconozca como válido el planteo del problema, ya no lo serán sus respuestas. Por otra parte, la tergiversación racionalista, instrumentalista y psicologista de la idea de fin social había producido el rechazo de nuestro autor por las soluciones teóricas que recurrían al principio teleológico desde tales perspectivas.¹¹ Por último, asunciones de fondo del propio autor, que recalaban en la cesura de principio entre *Sein* y *Sollen*, terminarán de explicar que Heller tome distancia de la posición misma del problema del valor del Estado bajo la formalidad del fin al que éste se ordena.

En razón de todo ello, el problema de la valiosidad de la vida política –y, por ende, del fin o de los fines que legitiman el uso del poder– será abordado por Heller como la cuestión de la *justificación del Estado (die Rechtfertigung des Staates)*.¹²

El sentido (*Sinn*) del Estado no deja de vincularse con los valores (*Werte*), apunta Heller. Sin embargo, el sentido, pasible de comprensión y manifestado como una función (*Funktion*), no basta para Heller a la hora de captar cuál sea la valiosidad (positiva) del Estado, toda vez que la función comprensible de una organización también se verifica en una banda de criminales. Ahora bien, ocurre que la realidad (*Wirklichkeit*) del Estado consiste en efectividad (*Wirksamkeit*) humana, y ésta supone constitutivamente la forma de un deber. Tal carácter deóntico se da desigualmente según se trate de la minoría dirigente o de la mayoría gobernada. Para la minoría la cuestión de la justificación se convierte en el presupuesto existencial mismo de la supervivencia de ese grupo, o cultura. Pero incluso la mayoría no es ajena la cuestión del valor del Estado, en la

ecos del aristotelismo y del maestro Hauriou –Hermann Heller, “Socialismo y nación”, en *Escritos políticos*, ed. Antonio López Pina, trad. S. Giménez de Arreche (Madrid: Alianza, 1983), 197–. Precisamente el principio específico de las ciencias de la cultura radica en que su objeto se encuentra allí donde lo meramente natural resulta modificado por la finalidad humana –no entendida en sentido racionalista-utilitarista, sino “en nuestro sentido” (en esto, el de Dilthey), aclara Heller– cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 44.

11) En el mismo sentido de rechazo principal a las posiciones instrumentalistas del Iluminismo cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 101.

12) Cfr. *Ibid.*, 245 y ss.

medida en que la propia habitualidad fáctica de su obrar ya contiene una implícita justificación.

El planteo de Heller apunta aquí al problema que la tradición clásica de cuño aristotélico ha respondido con la tesis de la politicidad natural. Para Heller la necesidad (*Notwendigkeit*) de que el Estado exista se explica por su función social, la de organizar la cooperación, pero tal explicación no alcanza a dar cuenta de su valor y, por lo tanto, no basta para justificarlo. Dicho de otro modo, su función dice por qué existe el Estado, mas no por qué debe existir: tal necesidad no basta para convencer a un anarquista o a un marxista de que lo que ha existido hasta ahora *deba* (*nota bene*: y no *haya de*) seguir existiendo. Ello porque del hecho de la existencia inveterada no podría inducirse sin más el valor *simpliciter* de la Política: en efecto, podría tratarse de una necesidad perentoria e insoslayable, aunque fundada en un estado de cosas histórico vicioso o desordenado. Así, la necesidad histórico-sociológica del poder no constituye para Engels un fundamento de su legitimidad, toda vez que depende de la opresión clasista que la revolución deberá echar por tierra. En síntesis, las exorbitantes pretensiones del Estado no se justifican porque éste asegure un orden territorial cualquiera, sino porque se propone un orden justo (*gerecht*), en otros términos, no es posible la sanción del Estado sin la reconducción de la función estatal a la función jurídica, i. e., a la justicia.¹³

2.2 Existencia empírica y rango axiológico

Es evidente que Hermann Heller no es ajeno al planteo de la *gran división* moderna entre *Sein* y *Sollen*, y que su obra también apela a las categorías de la psicología comprensiva de raigambre diltheyana, subsidiarias de aquella división. Sin embargo, Heller rechaza excluir la causalidad del ámbito de la Ciencia Política, la cual no por ello deja de ser una ciencia del sentido cultural de los sucesos humanos.¹⁴ Sea como fuere,

13) Cfr. *Ibid.*, 246-247.

14) "Si la Ciencia Política no puede eludir la comprensión de sentido, ello no implica en modo alguno que deba o pueda renunciar al método explicativo-causal; en toda realidad política hay un obrar causado y causante y un contenido de significación; un acto y un sentido que van enlazados inseparablemente. La política, como la economía, o como cualquiera otra esfera de realidades de la

no deja de detectarse una impronta en último análisis kantiana en los presupuestos hellerianos; ella se manifiesta, por ejemplo, cuando nuestro autor utiliza la gráfica figura de la *utopía* para desestimar el recurso de elevar la vigencia empírica al plano de la normatividad ético-jurídica. Como veremos enseguida, dice Heller que la Historia, como Historia de la Cultura, es específicamente humana en la medida en que el hombre es por naturaleza “utópico”:¹⁵ en otros términos, en cuanto es capaz de oponer al ser un deber, y de medir así el valor de todo poder circunstancial a partir de una idea del Derecho. Heller ha acudido aquí a una analogía con un motivo típico de la filosofía del derecho neokantiana, como lo es la distinción entre concepto (fáctico-empírico) e idea (regulativa) del Derecho, asentada a su vez en la separación entre ser y valor¹⁶ –que en nuestro autor, debe reiterarse, no asume los ribetes de cesura que ha tomado en el kantismo y sus derivaciones neokantianas más consecuentes–.¹⁷

Más allá de la anterior observación sobre la genealogía de sus puntos de partida metafísico-gnoseológicos, debe retenerse la distinción filosófico-

cultura, no es simple *espíritu*, sino realidad espiritualizada. Por eso no puede la Ciencia Política resignarse en absoluto a comprender al modo de la ciencia del espíritu; antes bien, ha de rastrear por doquiera las realidades de causalidad” –Hermann Heller, *Concepto, desarrollo y función de la Ciencia Política*, trad. N. Pérez Serrano (Buenos Aires: Ediciones Nuevas, 1971) 40-41–. Por ello la teoría del Estado, como parte de la Ciencia Política, será ciencia de la realidad, y su objeto no estará constituido sólo por las conexiones ideales de sentido, como el de las ciencias del espíritu. No es ciencia de la naturaleza (no humana), sino de ciencia de la cultura; cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), I. Abschnitt, II., 2. y 3.

15) Esta expresión aparece asimismo cuando Heller aborda el tema de los condicionamientos culturales del Estado; cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 100. Allí dice que el hombre es “utópico”, en cuanto el Derecho y la convención integran el ser social del hombre. Es su capacidad de representación de tal orden de normas y valores, que revisten la pretensión de legitimidad, la que lo hace esencialmente ser humano.

16) Efectivamente, a la hora de resolver la cuestión de si cualquier organización permanente de la coacción es, sin más, Derecho, la escuela iusfilosófica neokantiana elaboró una respuesta conforme con la mente del maestro, pero que sin embargo no aparecía explícita en Kant; cfr. Immanuel Kant, *Kritik der Urteilskraft. Werke* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983), Bd. 8, & 76, Anmerkung. Distinguió así entre el *concepto* de Derecho, i.e. la coacción organizada, y la *idea* de Derecho, i.e. la justicia, ésta con el sentido trascendental de un principio regulativo que mensura la realidad sin por ello determinar intrínsecamente, en el plano categorial, los objetos mismos. En su uso práctico, la idea actúa como un punto focal que otorga un orden posible al conocimiento y que guía la acción como un ideal al que se tiende sin alcanzarlo. El orden coactivo ya es Derecho, pero debe aspirar a la Justicia, su idea regulativa. Respecto de este tema cfr. Giuseppe Lumia, *La dottrina kantiana del diritto e dello stato*, (Milán: Giuffrè, 1960), 50 y ss.

17) Cfr. sobre esta cuestión Eung-Jeung Lee, *Der soziale Rechtsstaat als alternative zur autoritären Herrschaft. Zur Aktualisierung der Staats- und Demokratietheorie Hermann Hellers* (Berlín: Duncker & Humblot, 1994), 44-45. Precisamente la unidad dialéctica entre ser y valor ha permitido a Heller, señala Lee, permanecer ajeno tanto al “positivismo sociológico” de Schmitt cuanto al positivismo jurídico de Kelsen (Ibid., 47-48).

social entre existencia empírica y valor humano, que se corresponde con aquéllas que se operan entre efectividad y validez jurídica y entre legalidad y legitimidad. Lo que, como veremos enseguida, interesa en particular a Heller es negar la identificación entre voluntad eficaz del poder y autoridad legítima. Pues lo que torna legítimo al poder es, en frase del autor, el “servicio a la justicia”. En esa línea, Heller distinguirá entre ideología legitimadora y legitimidad, lo cual supone primero cuestionar la idea de que el espíritu del pueblo –o su voluntad representativamente expresada– no se sujeta a norma alguna; asimismo, precisará el sentido de la seguridad jurídica como concreción y no como preterición de los principios ético-jurídicos fundamentales; y, por último, al anclar la *Rechtfertigung* del Estado y de su poder en la realización de la justicia, propondrá una solución objetivista –e incluso universalista– de esos principios legitimantes. Este ambicioso programa aparece planteado en escorzo en la póstuma *Staatslehre*, y encuentra eco en las posiciones que ya habían sido desarrolladas en *Die Souveränität*.¹⁸ Estas dos obras constituyen las dos principales realizaciones filosófico-políticas de Hermann Heller en el ámbito científico de la teoría del Estado.¹⁹

3. Presupuestos fundamentales

3.1 La evidencia del valor del Estado

Heller introduce el tema del valor de la Política a través de un señalamiento fenomenológico harto significativo. La cuestión que constituye el objeto del problema de la justificación del Estado no consiste, observa, en saber por qué haya que soportar el poder coactivo de los órganos políticos – como a menudo se dice –, sino ante todo en preguntarse por qué los hombres

18) De hecho, Lehnert considera a la segunda como un “estudio preliminar” a la primera - *vide* Detlef Lehnert, “Sozialismus und Nation. Hellers Staatsdenken zwischen Einheit und Vielfalt”, en *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller (1891-1933)*, ed. Christoff Müller – Ilse Staff (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), 191.

19) Tal la afirmación de Schluchter, que compartimos; cfr. Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den Sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, 2ª ed. (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), 181.

sacrifican espontáneamente vida y bienes por la salvación de su comunidad.²⁰ El *factum* del Estado, como evidencia primera de la que parte su investigación, manifiesta así *prima facie* un valor positivo. No se trata de justificar un poder opresivo al servicio del interés de algunos (marxismo), o una limitación coactiva que impide el derecho a la libertad *ad utrumlibet* (Hobbes), o que restringe la esfera de acción del individuo e incluso le impone gravámenes pecuniarios y hasta pretende disponer de su vida (liberalismo). Se trata de entender el fundamento y aquilatar el valor de una dimensión humana que, en aras de su incolumidad y plenitud, se ha mostrado capaz a lo largo de la Historia de mover a las personas al abandono de lo propio –hasta llegar a la oblación de su existencia–.

3.2 La regla suprapositiva de justificación

Ahora bien, para Heller la justificación del Estado sólo es posible a partir de la asunción de la distinción entre lo justo y lo injusto; y ésta supone necesariamente un regla o norma de naturaleza jurídica supraordenada respecto del poder del Estado y de su derecho positivo. Tal norma impera para el Estado la función de establecer un orden justo de la colaboración entre los miembros de la comunidad. Por su parte la idea de justicia, cuya formulación formal (i.e., no material o de contenido) reza *suum cuique tribuere*, no podrá ser entendida de modo unilateralmente individualista ni colectivista. En efecto, el Derecho justo no se determina ni desde el miembro aislado ni desde un todo supraindividual erigido en bien excluyente; y, en tal medida, la ley jurídica que liga nuestra conciencia no concede valor al individuo en detrimento de la comunidad, así como tampoco exalta a ésta como un bien que excluye a los individuos. El Derecho justo, afirma Heller, ordena la parte al todo y el todo por medio de la parte.²¹

20) Cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 246.

21) Cfr. *Ibid.*, 247-8.

4. El problema de la legitimidad en su contexto histórico-espiritual

4.1 Historicismo y *Volksgeist*. Un contrapunto ante *litteram* con Carl Schmitt

Por obra sobre todo del historicismo y del romanticismo, que erigieron al espíritu del pueblo y al *pueblo* o la *nación* en única fuente del Derecho, no limitada por norma suprapositiva alguna (“humana o divina”, al decir de nuestro autor), el camino del positivismo –juzga Heller– estaba preparado. Quedaban así atrás dos milenios de justificación del poder político en base a la necesidad de concretar y respaldar “el derecho suprapositivo, natural”.

En la perspectiva de Heller, la asunción del *Volksgeist* como fuente y fundamento de validez por antonomasia del Derecho había traído aparejada la pérdida de la vigencia de la idea de una ley jurídica universal válida para todos los hombres por la vía de la reconducción de la legitimidad política y jurídica a su vínculo con el espíritu de cada pueblo.²²

En línea con el surgimiento del principio del *Volksgeist* el hegelismo aportará un peso decisivo al quiebre de la conciencia jurídica universalista, al erigir al Estado (i.e., a cada Estado) en realidad de la idea ética. En abono de esa tesis ya había Hegel denostado las concepciones filantrópicas del Derecho y de la moral, así como toda oposición entre la utilidad del Estado y el Derecho. Por todo ello, la más peraltada (hegelianamente: *concreta*) forma de valor ético, la eticidad (*Sittlichkeit*), consistirá en vivir según los usos del

22) Similar juicio al de *Staatslehre* ya encontrábamos en la voz *Staat*, en la que el autor sitúa asimismo esta posición en el contexto histórico espiritual del s. XIX. “Tanto románticos como positivistas –sostiene allí Heller– quieren reconducir el Estado a las fácticas fuerzas políticas impelentes y a las relaciones de poder, a su motor relativamente inmóvil. El siglo XIX ya no ve sin embargo este demiurgo en la voluntad revelada de un Dios trascendente, incluso tampoco en la eticidad racional humana, sino que reduce el Estado al comportamiento práctico-psicológico del hombre histórico como a la única realidad histórico-social o, por cierto, lo único esencial. De tal modo, el pensamiento conservador tiene su punto de orientación en el Estado (históricamente) realizado, que en la mayor parte de los casos se reconduce a las tácitas fuerzas vigentes del espíritu del pueblo; por el contrario, el pensamiento revolucionario se orienta al devenir de la sociedad y de la economía como a la verdadera realidad” (Hermann Heller, “Staat”, en *Handwörterbuch der Soziologie*, unveränderter Neudruck, ed. Alfred Vierkandt (Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1959), 608-616 –trad. Sergio R. Castaño, “Estado, de Hermann Heller. Versión castellana y breve estudio introductorio al pensamiento del autor”, *Las Torres de Lucca* 6 (2015)–.

país.²³ Como ejemplos de la pervivencia y la impregnación de la doctrina de Hegel en su propio tiempo, Heller cita en este lugar a dos ilustres contemporáneos suyos, Erich Kaufmann, quien habría erigido en ideal social la guerra victoriosa, como consagración del triunfo del poder por una justicia inmanente; y Rudolf Smend, para quien el moderno *Estado de derecho* recién adviene a la existencia tras haber superado cualquier legitimación trascendente.²⁴

Es interesante introducir aquí que, más de diez años después de la muerte de Heller y de la plasmación de los planteos recién esbozados, Carl Schmitt elaborará uno de sus análisis filosófico-jurídicos más relevantes sobre el decurso de las concepciones del Derecho en el mundo occidental. En él Schmitt enjuicia críticamente los presupuestos y las concreciones jurídicas y políticas del Estado legislativo liberal y del positivismo normativista que le es esencial.²⁵ Substantiva relevancia en el planteo de Schmitt sobre la crisis de la ciencia jurídica europea ostenta la figura del gran romanista Friedrich Carl von Savigny, paradigma del primer distanciamiento del legalismo normativista, así como símbolo doctrinal de la solución que Schmitt avizora no sólo como posible sino como válida. Savigny, jurista e historiador de dimensión europea y heraldo de la doctrina del espíritu del pueblo (*Volksggeist*) como creador del Derecho y del lenguaje, es el inspirador de la escuela histórica y el fundador del derecho internacional privado. En realidad, la apelación de Savigny constituye un llamado a la toma de conciencia de la

23) En las citas de Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 249; G. W. F. Hegel, *Rechtsphilosophie*, & 257; *Die Verfassung Deutschlands, Sämtliche Werke* (Leipzig: Lasson, 1923), t. 7, 100; *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts* (Leipzig: Lasson, 1923), t. 7, 392. "El gran coloso del idealismo alemán consideraba como muerta la milenaria tradición del derecho natural", apunta Galán y Gutiérrez apoyando la interpretación de Heller (Eustaquio Galán y Gutiérrez, "Estado, naturaleza y cultura. El Estado como trozo vivo de la realidad social y sus factores condicionantes naturales y culturales según Heller", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* XCI, 4 (1946): 408.

24) Erich Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, (Tübingen: Mohr, 1911), 135 y 146 y ss.; Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht*, (Munich: Duncker & Humblot, 1928), 102 –citados por Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 249–.

25) Se trata de *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, (Tübingen: Internationale Universität, 1950); antes, en 1944, había sido publicada en húngaro en la revista *Gazdasági Jog*, V. Utilizamos la edición incluida en Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, (Berlín: Duncker & Humblot, 2003). La 1ª edición, con prólogo y *addendae* de Schmitt, data de 1958. De las páginas 426 y 427 del *postscriptum* de la conferencia tomamos los datos sobre ella consignados en este lugar.

ciencia jurídica para que ésta se erija en custodia del Derecho (positivo) y para que los juristas asuman su misión. Su llamamiento (más expresión de una situación espiritual que de un argumento) representa la primera toma de distancia consciente frente a la positividad (como técnica al servicio del poder) propia del Estado liberal-burgués; concretamente, consiste en el intento de conjurar –a través de la dimensión histórica– la identificación del Derecho con la pura facticidad; pero “sin arrojar el Derecho, remata Schmitt, en las consignas del derecho natural, propias de la guerra civil (*ohne das Recht in die Bürgerkriegsparolen des Naturrechts zu werfen*)”.²⁶

En el *sentido existencial* que Schmitt atribuye a la teoría de Savigny sobre las fuentes del Derecho se descubre un peculiar significado de los términos *histórico* y *positivo*. En efecto, el Derecho (vigente) como *orden concreto* no puede ser desvinculado de la Historia; de allí que el Derecho auténtico no sea *puesto* (por la ley) sino que *se establece* en una evolución no deliberada, por la cual se determina en una forma histórica concreta, cuyo desarrollo cobra conciencia de sí en la jurisprudencia.²⁷ La positividad, para la ciencia jurídica, se halla ligada a una especial forma de fuente del Derecho (*Rechtsquelle*), gracias a la cual el Derecho tiene su específico origen como “algo dado y no puesto”, interpreta Schmitt. Por su parte, la ley es sólo uno de los modos en que se manifiesta el patrimonio jurídico del pueblo; y la esencia y valor de la ley residen en su estabilidad y duración. Esto se opone al espíritu de las “orgías positivas” del legislador absoluto desencadenadas por la revolución francesa. A propósito de lo cual sentencia Schmitt que el positivismo hodierno ya no conoce ni origen ni patria, y que su intención última es la dominación y la calculabilidad. Así entendido, el Derecho histórico-positivo aparece como vida orgánica en desarrollo paulatino,

26) Carl Schmitt, “Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (Berlín: Duncker & Humblot, 2003), 418.

27) A tenor del encomio dirigido a la escuela histórica por Schmitt en este importante texto suyo, cabría tal vez cuestionar la generalización que hace Marcus Llanque al contraponer la configuración de los valores jurídicos en Heller y en Schmitt, por cuanto atribuye al segundo una elaboración que parte de una “metafísica de los conceptos”, sin conceptualizar la realidad social de esos valores a partir de la praxis, según ella se manifiesta en la valoración de los intérpretes –como, por el contrario, sí lo habría hecho Heller–, cfr. Marcus Llanque, “Hermann Heller als Ideenpolitiker. Politische Ideengeschichte als Arsenal des politischen Denkens”, en *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, ed. Marcus Llanque (Baden-Baden: Nomos, 2010), 108.

múltiplemente concretada, a la cual le es intrínseca la mutabilidad (*Wandelbarkeit*), propiedad por excelencia de lo histórico. Y la ciencia jurídica tiene por cometido la recepción, tutela y recreación de la vida jurídica del pueblo.²⁸

La discrepancia entre los dos mayores teóricos del Estado del s. XX es clara. Ambos se enfrentan con el positivismo jurídico. Pero mientras Hermann Heller busca la respuesta en el reconocimiento de una idea universal de justicia, válida para toda cultura, como aquélla que imperó hasta la entrada en crisis del derecho natural; Carl Schmitt cree que la salida del marasmo jurídico-político contemporáneo la ofrece una forma peraltada de derecho positivo, aquélla dotada de la relativa estabilidad que le confiere la tradición y el anclaje en el genio nacional. La discrepancia es más clara (¿principal?) aun si se considera que Schmitt adjudica a la figura de Hegel un carácter “*katejónico*”. En categorías teológico-políticas, caras a Schmitt, esto significa en general un valor de contención frente al proceso revolucionario y ateístico (“se interpone en el camino del ateísmo abierto”) de Occidente y del mundo; y aquí en particular frente al racionalismo del Estado legislativo liberal. Así lo sostiene *expressis verbis* Schmitt en el *postscriptum* del citado artículo. Juzga a Hegel y a Savigny “auténticos atajadores (*Aufhalter*), *katéjon* en el concreto sentido del término” respecto del proceso de funcionalización del Derecho; e incluso encuentra en Hegel un “más fuerte *katéjon*” que en Savigny.²⁹ No podemos entrar aquí a dirimir la cuestión, compleja de suyo, del diverso papel y significación que Heller y Schmitt atribuyen a Hegel en la concreta cuestión de la cristalización del positivismo. Schmitt pone énfasis en el resguardo que ofrece la relativa estabilidad del derecho consuetudinario frente a la desvirtuación formalista de la ley, reducida progresivamente a instrumento fungible en manos del poder de turno.³⁰ Por su parte Heller reprocha a Hegel el constituir un jalón decisivo en el proceso –más profundo aún– de quiebre

28) Para estos dos párrafos en general *vide* Carl Schmitt, “Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (Berlín: Duncker & Humblot, 2003), 408 y ss.

29) *Ibid.*, 429.

30) Sobre la ambivalencia de Schmitt en la interpretación de Hegel y de la virtualidad de su pensamiento para el curso histórico de la praxis político-jurídica (concretamente: respecto de la dimensión conservadora o revolucionaria del sistema hegeliano) cfr. Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre especulación y positividad*, trad. A. García Mayo (Madrid: Escolar y Mayo, 2007) 148-153.

de la conciencia de un plexo universal de valores ético-jurídico-políticos. Se trata al parecer de perspectivas distintas. Sin negar que la argumentación schmittiana apunta a enlazar genio nacional con tradición romana y europea y a realzar explícitamente por esa vía la prelación de *lo dado* frente a *lo puesto*, sostenemos que Heller calibra con mayor profundidad el sentido esencial – *revolucionario*, a la postre y en su quicio– del idealismo hegeliano, con su delineamiento de la forma más radical de positivismo: aquélla que consiste en una fundamentación metafísica del valor ético del éxito, la vigencia y el predominio. *Rectius*: aquélla que consiste en la sanción teológica del valor ético de todo ello, forma en la que Dios se inmanentiza en el poder, *como* poder. Heller parece haber columbrado tal sentido, no precisamente *katejónico* frente al positivismo funcionalista (y al ateísmo, ya en perspectiva cosmovisional), cuando juzgó que “no es, en cualquier caso, cristiana” la doctrina de un plan cósmico en el que el vencedor político resulta ser, en esa misma medida, el más calificado éticamente. Así como cuando Heller observó que la fundamentación del Derecho en el *Volksgeist* traía aparejada la fragmentación de la conciencia jurídica –a la cual el propio Schmitt enjuicia críticamente como un resultado genuino del positivismo, que así reducía el derecho internacional a “una suma de precarias coincidencias de normas de colisión nacionales y estatales”.³¹

Es de notar que Arturo Sampay responderá a Schmitt desde los mismos principios de Heller. En síntesis, el gran teórico argentino del Estado dirá que las falencias del positivismo no se resuelven desde el plano jurídico-positivo, tomado como clauso en sí mismo –así sea que se apele al derecho consuetudinario–, sino en cambio reconduciendo la fundamentación del derecho positivo a los principios del derecho natural (en perspectiva clásica y tomista, para Sampay).³² La tesis de Sampay atiende, estimamos, a *las cosas mismas* en su estructura óntica y su correspondiente expresión lógica. En efecto, desde una perspectiva sistemática, cabe señalar por nuestra parte que la contraposición entre la reducción de todo el Derecho al derecho positivo guarda con la afirmación de la naturaleza suprapositiva de algunos

31) *Ibid.*, 387.

32) Cfr. Arturo Enrique Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965), 64-75.

principios jurídicos una relación (*oposición*) de *contradictoriedad lógica*: “todo el Derecho es positivo” es contradictoria con “algún Derecho (i.e., alguna parte del Derecho) no es positivo”.

4.2 Crisis de una idea universal de justicia y capitulación de la conciencia jurídica. La crítica de Heller

Para Heller, a partir del s. XIX, época signada por la crisis generalizada del derecho natural, la cuestión de la justificación del Estado se torna incomprendible y, en mayor medida aun, desaparece la posibilidad de responderla adecuadamente. Si se confunde la validez (*Geltung*) ético-jurídica del Estado con la validez sociológica del poder, entonces la justificación del Estado y del poder quedará en última instancia fundada en la ideología de legitimación dominante. En realidad, concluye resolutivamente Heller, sin una norma objetiva de rectitud toda justificación del poder desemboca en el derecho del más fuerte (o, lo que es lo mismo, de quien detenta el poder), en detrimento de cualquier principio divino o humano de justicia, y con el resultado de comportar la “capitulación sin reservas de la conciencia jurídica” del ciudadano ante la fuerza política que circunstancialmente se haya impuesto a la sociedad. En este lugar cabría acotar dos observaciones que completan como el envés de la conclusión de Heller. Por un lado, la más obvia: la ausencia de principios suprapositivos de rectitud de la praxis no conlleva la permisión de que cada uno haga lo que quiera, sino por el contrario la legalización (y asimismo *legitimación*) de la decisión del poder, cualquiera ésta sea. Por otro lado, nótese que Heller se refiere a la preterición de principios axionormativos no sólo indisponibles para el poder efectivo de los titulares a la sazón de turno, sino además supraordenados respecto de los criterios de legitimación dominantes; es decir que no se trata aquí, por ejemplo, de la “primacía de la constitución” jurídico-formal como límite de los poderes constituidos, sino de la superioridad axionormativa de ciertos principios frente a los fundamentos “ideológicos” (al decir de Heller) vigentes en ese momento –término que necesariamente comprende presupuestos cosmovisionales y epocales, los cuales se hallan siempre a la base de la acción constituyente y de la interpretación jurisdiccional de las normas–.

Heller se detiene a criticar, incluso con ironía, la tendencia a erigir el registro de los sucesos empíricos (*Historie*) en medida axionormativa de la conducta, falseando la Historia (*Geschichte*) verdaderamente humana mediante el deslizamiento de identificar efectividad política con valor ético-jurídico. Y no deja de agregar –contra Hegel– que el derecho del más fuerte puede incluso estar fundado en un plan metafísico –el cual (como se ha dicho señalaba nuestro autor) no será, por cierto, cristiano–. Es precisamente aquí donde Heller vuelve a aducir el carácter “utópico” del hombre, en tanto capaz de juzgar el poder desde una idea de justicia.³³

5. Legitimación social y justificación ético-jurídica

A la hora de plantear el problema de la determinación de las “formas de Estado” y de las “formas de gobierno”, Heller recurre nuevamente a su distinción entre la justificación (*Rechtfertigung*) del Estado (y, traslaticiamente, también del poder) y las ideologías de legitimación, que corresponden a época, culturas, cosmovisiones, movimientos, circunstancias, intereses. A cargo de estas *Legitimierungsideologien* corre la fundamentación de cuál será la autoridad encargada del establecimiento, aplicación y ejecución de los preceptos jurídicos positivos. En efecto: los principios ético-jurídicos fundamentales sancionan un contenido debido de las conductas sociales, mas no “normas de competencias” (*Zuständigkeitsnormen*), expresa Heller técnica y gráficamente. Es decir que los principios imperan el orden justo, pero no señalan quién ha de tener a su cargo su positivación y aseguramiento; en otros términos, quién ha de ejercer el poder en la comunidad. La determinación de la concreta estructura del poder dependerá, ella sí, de la creencia o convicción de cada comunidad, que inviste a determinados individuos o grupos con la autoridad para regir jurídicamente el Estado. Ahora bien, debe distinguirse siempre, reitera Heller metódicamente, entre la *legitimación social* de la autoridad que establece el derecho positivo y la *justificación ideal* por los principios fundamentales. Y es dable, asimismo, que se produzca un desajuste entre la seguridad jurídica (en el sentido cabal e integral en que la entiende Heller: vide *infra*, 6.) tal como la establece el

33) Cfr. Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 249-250.

derecho positivo vigente y la rectitud (objetiva) del derecho, la cual depende del contenido principal de justicia que encierran las normas positivas válidas en esa sociedad. Ese conflicto entre la seguridad jurídica y la juridicidad fundamental sólo puede decidirse a partir de un juicio particular sobre una situación dada. Y afecta a la justificación –ya también particular– de ese Estado en concreto.³⁴

6. Estado y Derecho: seguridad jurídica y juridicidad substancial. La respuesta de Heller

La tesis de que no hay posibilidad de justificación del Estado sin apelar a la justicia tiene para Heller valor universal: el valor de la institución política y de su poder pende del aseguramiento (*Sicherung*) del Derecho en una determinada etapa de su desarrollo. Mas por *Derecho* debe entenderse aquí ante todo –y ésta es otra toma de posición axial– los principios éticos fundamentales del Derecho (*sittliche Rechtsgrundsätze*), que están a la base de todo precepto o norma jurídica positiva (*Rechtssatz*).³⁵ El hecho de que la obligación que recae sobre el poder político consista en asegurar ante todo principios de validez ideal –con el sentido de absoluto, y eventualmente universal– implica un modo peculiar de conceptualizar la seguridad jurídica en la que para Heller estriba la función jurídica del poder y la misión legitimante del Estado. En efecto, el deber ser que comportan tales principios exige su concreción en el plano del ser, en otras palabras, el sentido de su deber ser está llamado intrínsecamente a fundar la validez social (empírica, histórica) de los preceptos jurídicos positivos. Cabría parafrasear a Heller diciendo que la misma naturaleza normativa de los *sittliche Rechtsgrundsätze* –como aquéllos contenidos en el Decálogo, según ejemplifica nuestro autor– implica (impone) su participación en el plano positivo. Pero los principios, supraordenados e indispensables para la fuerza vinculante de los preceptos jurídicos positivos, exigen la decisión de la autoridad que los determina a un caso concreto, proyectando de tal modo su validez fundante a una situación de intereses temporal, espacial y personalmente circunstanciada. Es así como el mismo principio puede recibir diversas determinaciones normativas

34) Cfr. *Ibid.*, 254.

35) Cfr. *Ibid.*, 252.

(constitucionales, legales, administrativas, jurisdiccionales, etc.). La carencia de certeza (*Gewissheit*), que distingue al principio de Derecho de las normas positivas, radica en la generalidad de su prescripción, que exige ser determinada, aplicada y ejecutada por la autoridad en función de la justicia del caso particular. La expresión normativa y la imposición de lo justo en concreto no vienen dadas en el principio mismo: la certeza de su sentido (axionormativo) para el aquí y ahora no se identifica con el mero reconocimiento de su validez general. Mas, por otra parte, es digno de señalarse que para Heller son los principios fundamentales los que permiten, aun cuando el legislador no haya apelado explícitamente a ellos, comprender, interpretar y aplicar la pluralidad de preceptos constitucionales positivos.³⁶

Junto con la misión jurídica clave de establecer la antedicha *certeza de sentido* (*Sinngewissheit*), corresponde al poder del Estado asegurar la *certeza de ejecución* (*Vollstreckungsgewissheit*) del Derecho, es decir, el hacer previsible la normación autoritativa de las conductas sociales de acuerdo con un determinado ejemplar. Esta significación compleja de la noción de seguridad jurídica, cuyo modo principal, como exponemos, consiste en el establecimiento de la certeza del sentido de lo justo concreto a través de la decisión autoritativa respecto de una situación particular, la aleja claramente de la comprensión al uso, “liberal o tecnicista”, de la locución “seguridad jurídica”. Heller no deja de subrayarlo: “nuestro concepto de seguridad jurídica abarca mucha más que el usual”. Pues no se trata sólo de la exigibilidad de las normas, asegurada por el aparato de coacción organizada, sino además y antes de ella (tanto histórica cuanto nocionalmente) de la necesidad de la certeza del concreto sentido jurídico. Por ello el aseguramiento del Derecho no significa que la misión estatal haya de limitarse a la mera organización de la legislación y la jurisdicción, ni (menos aun) que el Derecho se asegure por la actividad policial. Significa que el Estado está al servicio de la positivación, aplicación e instauración (*Setzung, Anwendung und Durchsetzung*) de los principios éticos del Derecho. Ellos, por su parte, exigirán del poder político, según la

36) Cfr. *Ibid.*, 290.

circunstancia, tareas ya económicas, ya educativas, ya culturales, ejemplifica Heller.³⁷

7. Algunos principios fundamentales

Si paramos mientes en la definición helleriana, según la cual “la soberanía es la propiedad de una unidad de acción y de decisión territorial merced a la cual ella, en pro del Derecho, llegado el caso se afirma de modo absoluto también contra el Derecho;”³⁸ y retenemos que para Heller, *strictissime loquendo*, “Derecho” es sólo el derecho positivizado, y que además asiste al Estado el principio ético-jurídico que funda su derecho a la preservación de su existencia comunitaria, concluiremos que, a juicio de nuestro autor, la comunidad política se halla investida de la facultad legítima de desconocer, ante una amenaza grave a su supervivencia, las determinaciones jurídico-positivas que pudieren comprometer su derecho fundamental a la preservación. En el ámbito internacional (que es el directamente analizado por el autor en esas páginas), la realidad jurídico-positiva que lícitamente podría preterirse serían las estipulaciones de tratados; en el ámbito interno, el alcance del derecho fundamental alcanzaría a la constitución jurídico-formal misma. En síntesis, desde el punto de vista filosófico-jurídico, la tesis de Heller no expresa sino que la determinación positiva que colisiona con su fundamento de validez declina su obligatoriedad en provecho del principio fundamental afectado. O, lo que es conceptualmente idéntico, que el derecho positivo se subordina al derecho natural. Por su parte, desde el punto de vista filosófico-político, la tesis resulta asimismo clara: en estado de excepción el soberano suspende o deroga el derecho positivo en aras de la salvación del Estado (i.e., del derecho

37) Cfr. *Ibid.*, 252-4. Heller echará mano del ejemplo de Hobbes en *De cive*, cuando afirma que hurto, homicidio, injuria, etc., prohibidos por el derecho natural, son determinados por la autoridad pública con un contenido concreto (*ibid.*, 254-255). Estimamos que Heller se sirve de la formulación de Hobbes, más no del fondo definitivamente absolutista de su doctrina, para ejemplificar el proceso de determinación de la certeza de sentido por el poder del Estado. No en vano nuestro autor aclara que utiliza el gráfico texto de Hobbes sin olvidar que éste “sacrifica completamente, como es sabido, la juridicidad (*Rechtsmässigkeit*) a la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*)” (*ibid.*, 254).

38) Hermann Heller, *Die Souveränität* (Berlín: de Gruyter, 1927), 161.

fundamental que le asiste como comunidad –el cual, a su vez, sustenta los valores humanos de que esa comunidad es portadora–.³⁹

No otra cosa significa el carácter de *legibus solutus*, de absoluto, que Heller reclama para el soberano. Éste es árbitro del derecho positivo, cuya determinación y conservación le compete como función específica. Por el contrario, no dispone de los principios ético-jurídicos fundamentales, a los que no puede transgredir lícitamente.⁴⁰ En efecto, como sostiene Heller, “la unidad de decisión soberana se halla subordinada a los principios fundamentales.”⁴¹

Otro ejemplo de *Rechtsgrundsatz* lo ofrece la obligación que cabe a los padres de cuidar y alimentar a sus hijos. Para Heller tal obligación constituye una muestra paradigmática de los fundamentos del derecho positivo, así como de las normas que verdaderamente ordenan a la sociedad. En efecto, los padres no conocen el derecho de familia hasta que no tienen un litigio legal, pero en cambio sí saben que deben alimentar a sus hijos –y esto porque conocen el principio ético-jurídico fundamental–.⁴²

39) Para el papel del Estado independiente como eje y fundamento del derecho internacional, en relación con el concepto de soberanía en Heller *vide* Sergio R. Castaño, “Souveräne Staatsgewalt nach der Lehre Hermann Hellers und *potestas superiorem non recognoscens* bei Vitoria und Suárez im Vergleich”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Band 100, Heft 1 (2014): 85-93.

40) En este punto salta a la vista la raigambre bodiniana de la genealogía doctrinal de Heller en la cuestión de la soberanía. Al contrario de Hobbes, Bodin, no obstante la dinámica *kratocéntrica* que representa su teoría, no disuelve la validez de toda norma en la decisión del poder soberano del Estado: “*la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines, ne s’estend aucunement aux lois de Dieu et de nature: et celui qui a mieux entendu que c’est de puissance absolue, et qui a fait ployer les Rois et Empereurs sous la sienne* [vgr., Inocencio IV], *disoit que ce n’est autre chose que déroger au droit ordinaire: il n’a pas dit aux lois divines et naturelles*”. Por su parte, “[q]uant aux lois qui concernent l’estat du Royaume, et de l’établissement d’iceluy, d’autant qu’elles sont annexées et unies avec la couronne, le Prince ni peut déroger, comme est la loy Salique” (Jean Bodin, *Les six livres de la République*, ed. Ch. Frémont, M.-D. Couzinet, Henri Rochais (Paris: Fayard, 1986), L. I, cap. VIII: -t. I, 193 y 197 de esta edición, que conserva la grafía del s. XVI-. Sobre el tema en general puede verse Marcus Llanque, “Hermann Heller als Ideenpolitiker. Politische Ideengeschichte als Arsenal des politischen Denkens”, en *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, ed. Marcus Llanque (Baden-Baden: Nomos, 2010), 112-116.

41) Hermann Heller, *Die Souveränität* (Berlín: de Gruyter, 1927), 141. Es de resaltar que esta sentencia helleriana, sobre cuya substantiva relevancia resulta ocioso insistir, no aparece en la traducción castellana de UNAM (México, 1983).

42) Cfr. Hermann Heller *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 290.

Asimismo, en *El concepto de ley en la constitución del Reich* Heller había citado varios artículos de la constitución de Weimar como ejemplos de *Rechtsgrundsätze*. En general se refieren al valor del matrimonio, el cuidado de la prole (que incluye el derecho natural de los padres a su educación), la difusión de la propiedad privada entre las familias y el servicio a la comunidad política.⁴³

Merecen señalarse en Heller algunos ejemplos de tales principios. Uno de ellos es el derecho fundamental del Estado a su supervivencia e incolumidad (*Selbsterhaltung*), que autoriza a la comunidad para decidir los medios conducentes a su preservación cuando se halla ante una situación que compromete su existencia (i.e., en un *Existenzfall*) y a trascender las limitaciones del derecho positivo en aras del resguardo de la comunidad amenazada. De todas maneras, este derecho no representa un cheque en blanco para la voluntad absoluta del Estado –lo cual tornaría imposible al derecho internacional público–, sino que se mueve, aclara Heller, dentro de ciertos límites objetivos, cuya transgresión constituiría un acto antijurídico.⁴⁴

Precisamente a propósito de los “límites objetivos” mencionados por Heller respecto de los actos que lícitamente puede emprender la comunidad amenazada ante un *Existenzfall* debe reiterarse que la soberanía del Estado, en nuestro autor, “no es la más alta autoridad”, aunque sí se trate de la más alta autoridad jurídica. Porque la soberanía consiste en constituir la más alta instancia de decisión y de acción en un territorio dado⁴⁵ –consagrada, como hemos visto, a la preservación y ejecución de los principios fundamentales a través de la concreción aplicación del derecho positivo–.⁴⁶

43) Cfr. Hermann Heller, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. Das Recht der freien Meinungsäußerung & Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. Berichte von Karl Rothenbücher, Rodolf Smend, Hermann Heller und Max Wenzel”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 4 (1928): 120.

44) Hermann Heller, *Die Souveränität* (Berlín: de Gruyter, 1927), 165-167. Se trató de la tesis de habilitación de Heller.

45) *Ibid.*, 177.

46) Sobre la *Staatssoveränität* helleriana en tanto ella misma representa una exigencia de los *Rechtsgrundsätze*, y respecto de la esencia de la soberanía en la positividad de éstos últimos, vide Eung-Jeung Lee, *Der soziale Rechtsstaat als alternative zur autoritären Herrschaft. Zur*

8. Legalidad y legitimidad

En su citada ponencia a la *Jornada de Profesores Alemanes de Derecho Político* de 1927, Heller había afirmado que los preceptos jurídicos (positivos) supremos determinantes de la vida política obtenían su fundamento de legitimidad democrática a partir de la representación popular o del plebiscito.⁴⁷ Con ello nuestro autor expresa cuál es el criterio rector de la legitimidad democrática vigente, mas no zanja mediante esa observación (o constatación) el problema de la legitimidad del poder y del Estado. Es en sus obras mayores sistemáticas, y sobre todo la postrera, donde podremos asir el pensamiento esencial y definitivo de Heller sobre la crucial antinomia *legalidad/legitimidad*, así como sobre el eje de justificación de la vida política y del poder soberano.

En *Staatslehre*, al tratar acerca del poder como unidad de decisión reaparece el *Leitmotiv* helleriano de la juridicidad substancial de la acción del Estado. De suyo todo poder político aspira a expresarse en forma jurídica a través de sus órganos; pero además esta tendencia intrínseca se acentúa en la modernidad, y ya el Derecho pasa a erigirse en la forma necesaria de aparición del poder político que se consolida en el tiempo, la forma en realidad técnicamente más consumada del poder del Estado. En efecto, constata Heller, el Derecho representa, a la larga y en promedio, la orientación y ordenación más “precisa y practicable” del obrar colectivo que constituye y activa el poder del Estado. Su precisión y practicabilidad lo distinguen de la costumbre, la convención y el derecho internacional, y se manifiestan en la positivación y en la ejecución jurídicas que corren a cargo del aparato de poder del Estado.

Por todo lo dicho el poder político, en principio, es siempre legal. Ahora bien, señala el autor, la misma función social de realizar la cooperación de individuos y grupos exige al poder la búsqueda de la justificación ética de sus normas jurídicas, sin la cual el poder no se sostiene. En otros términos, le es exigida la aspiración a la *legitimidad*. El poder será tanto más fuerte cuanto

Aktualisierung der Staats- und Demokratietheorie Hermann Hellers (Berlín: Duncker & Humblot, 1994), 50-53.

47) Cfr. *Ibid.*, 121.

mayor sea el libre reconocimiento de la validez de los principios que fundan la positivación del Derecho. Es allí donde estriba la autoridad (*Autorität*) del poder del Estado, originada en la aceptada justificación (*Berechtigung*) del (recto) ejercicio de la facultad de mando. El poder jerárquico como tal se concreta en la voluntad de acatamiento de quienes lo sostienen: de allí la función “generadora de poder” (*machtschaffende*) de la legitimidad. Lo cual rige para toda forma de dominación, aunque las “ideologías del poder” (*Gewaltideologien*) pretendan desconocerla. La legitimación, agrega Heller con aparentes ecos weberianos, puede fundarse ya en la sanción de la tradición; ya en el reconocimiento de cierto don o gracia especial en el investido con el mando; o, por fin, en el hecho de que el gobernante representa ciertos valores religiosos, o ético-políticos.⁴⁸ Surge la pregunta de si estas líneas, referidas a la legitimación de una determinada forma histórica de Estado o de gobierno, conciben con el núcleo de la concepción helleriana de la legitimidad política, o acaso trasladan su quicio desde la justificación objetiva de los mandatos jurídicos a la legitimación social de la estructura del poder. Analicémoslo brevemente.

Al tratar formalmente acerca de la *Rechtfertigung*, Heller había afirmado que ni la legalidad (hemos visto por qué: toda decisión política última es legal) ni forma alguna del poder, ya fuera democrática, nacionalista o bolchevique bastaba para sancionar como legítimo el ejercicio del poder (*vide infra*, 9).⁴⁹ No parece haber disonancia entre esa tesis y las afirmaciones bajo análisis ahora. Ante todo, es de notarse que la creencia en la legalidad, en Weber el fundamento por excelencia del Estado moderno, no figura *ni podía figurar* entre los factores de legitimación aquí aducidos. Por otra parte, la tradición había sido ya antes señalada por Heller como “la más antigua, universal y seguramente más eficaz” forma de legitimación de una ordenación. A su vigencia inveterada e incontestada suele unírsele la nota de santidad

48) Cfr. Hermann Heller *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 275.

49) Cfr. *Ibid.*, pp. 251-252. A pesar de la taxativa manifestación de Heller en éstas sus páginas de mayor rango sistemático, hay intérpretes que no han trepidado en decir que los principios fundamentales tienen para él carácter constitucional-procedimental, y que no poseen efecto alguno legitimador del derecho positivo, cuya legitimidad estriba en la legalidad (sic). Sobre esta pretensión exegética y su crítica *vide* Marc Schütze, *Subjektive Recht und personale Identität. Die Anwendung subjektiver Rechte bei Immanuel Kant, Carl Schmitt, Hans Kelsen und Hermann Heller*, (Berlín: Duncker & Humblot, 2004), 263.

(*Heiligkeit*); asimismo, su origen inmemorial se vincula a menudo con la persona de un fundador predestinado a quien se atribuyen dones y gracias excepcionales. En el transcurso de la Historia, los valores afectivamente acogidos de la tradición tomaron forma de principios éticos racionalmente asequibles, tal como ocurrió con el derecho natural de la *Stoa* antigua.⁵⁰ De esta suerte, tanto la tradición cuanto la personalidad excepcional se vincularían en un común tipo ético-religioso de sanción legitimante de la ordenación vigente. El tercer factor de legitimación enumerado en el texto bajo análisis se refiere sobre todo también a la esfera ético-religiosa, bajo el modo de una representación de valores de tal naturaleza. Puede sostenerse entonces que estas estructuras de dominación (a la base de cuya autoridad resulta protagónico el fundamento tradicional), por un lado no constituyen el contenido de los principios fundamentales; pero, por otro lado, sí se refieren a un plexo de valores ético-jurídicos que, a la par que lo legitiman, obligan al poder a instaurarlos y conferirles vigencia. Es que, como habíamos visto, los *sittliche Rechtsgrundsätze* no sancionan “normas de competencia” (determinadas formas de Estado o de gobierno –*vide supra*, 5.–), sino ciertos principios axionormativos a los que se ordena deónticamente el ejercicio del poder del Estado, cualquiera sea la forma histórico-empírica de éste. Por otra parte, el hecho de que se insista en el afianzamiento del poder que produce la creencia en la justicia de sus ordenaciones no excluye que esa creencia social recaiga sobre principios objetivamente justos, ni es óbice para que la auténtica *Rechtfertigung* se base en tales principios.⁵¹

50) Cfr. Hermann Heller *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 101.

51) Heller, apunta Dyzenhaus, “insiste en que esta legitimación social de la autoridad [i.e., la de las ideologías de legitimación] tiene que ser distinguida de la legitimación ideal” - David Dyzenhaus, “The Gorgon Head of Power”, en *From Liberal Democracy to Fascism. Legal and Political Thought in Weimar Republic*, ed. P. C. Caldwell & W. E. Scheuerman (Boston-Leiden-Cologne: Humanities Press, 2000), 38. En la misma línea de interpretación, Vera Gassmann puntualiza que “Heller quiere separar estrictamente una tal ‘legitimación ideal por los *Rechtsgrundsätze*’ de una ‘legitimación social de la autoridad que asegura el Derecho’. ‘Fundamento ético de validez del Estado’ y ‘fundamento sociológico de validez del poder del Estado’ son para él dos problemas diferentes [...] La contraposición presentada por Heller aparece según esto como sigue: de un lado la creencia de la parte influyente del pueblo en la legitimidad de los órganos estatales, que se basa en una ideología impuesta por el puro poder, de otro lado la objetiva legitimidad del Estado, sobre la cual juzga la conciencia individual con la medida de los *Rechtsgrundsätze*” - Vera Gassmann, *Institution und Handlung. Hermann Heller Staatslehre im Lichte analytischer Theorien sozialen Handelns*, (Frankfurt: Peter Lang, 2008) 261. La autora estima, sin embargo, que no puede hablarse aquí de una justificación universal, por más que Heller haya “aspirado verdaderamente a ella”. La argumentación de la autora no nos resulta convincente, y parece trasuntar la intención de hacer

9. Una aplicación concreta de los principios: el Estado de derecho constitucional democrático frente al problema de la legitimidad

A la hora de encarar la relación entre *Sein* y *Sollen* Heller no dejará de enfatizar la diferencia entre legalidad y legitimidad frente a las corrientes que en su tiempo habían formulado paradigmáticamente la idea de la absorción de la segunda por la primera (Weber); e incluso también preconizado, ya no como descripción histórico-fenomenológica sino como respuesta idónea al problema de la legitimidad del poder, la resolución del valor jurídico-político en una geometría legal de raigambre positivista-normativista, (Kelsen) – aunque no ajena a tomas de posición liberales y burguesas—. ⁵² Contra éste último, su más perdurable adversario teórico, Heller sostiene que la legitimidad no surge de la posición arbitraria de un deber ser cualquiera. Tal es precisamente el caso de un poder absolutamente desentendido de los principios ético-jurídicos fundamentales: dado que el poder vigente es fuente de la legalidad positiva, si la juridicidad ha sido reducida a ésta, luego cualquier decisión del poder es Derecho y el problema de la legitimidad queda extrañado fuera del ámbito de la Política, tal como, *ipso facto*, el problema de la justicia ha sido radiado del ámbito de la juridicidad. ⁵³ Así, con semejante presupuesto, en síntesis, todo acto del poder es jurídico y cualquier Estado es Estado de Derecho. La creencia en la legalidad se traduce, en su forma más corriente, en la docilidad a aceptar como legítimo

confluir a Heller con el filósofo con quien lo compara, Searle. Coincide Gassmann en su apreciación sobre ese eje de la doctrina de Heller con Müller (cfr. Christoph Müller, "Hermann Hellers Konzept der politischen Kultur" en *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, ed. Marcus Llanque, 192) y con Unruh; cfr. Peter Unruh, *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich* (Berlín: Duncker & Humblot, 2004), 162-164, para quienes los *Rechtsgrundsätze* son histórico-culturales. Hemos estudiado la naturaleza de los *Rechtsgrundsätze* hellerianos, de la que no podemos ocuparnos *in extenso* en este trabajo, en "Los principios ético-jurídico fundamentales en Hermann Heller" (vide *Revista de Filosofía*, UCSC, 2015-2); respecto del específico problema de su universalidad sostenemos: "Parece lícito entonces señalar en el pensamiento de nuestro autor la afirmación de principios universales arraigados en un núcleo invariable de la naturaleza humana; se trataría de principios universalmente reconocidos, que trascienden las circunstancias histórico-culturales particulares. En otros términos, se trataría de principios investidos de validez permanente".

52) En tal sentido, sobre la teoría del Kelsen como "no tan relativista, vacía de contenido y pura" según Heller, vide *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 70.

53) Para una ilustración de tal temperamento positivista, abarcador del Estado y al Derecho, vide Norberto Bobbio, "Sur le principe de légitimité", en *L'idée de légitimité*, AA. VV. (París: P. U. F., 1967), 47-60.

todo precepto jurídico “formalmente correcto”, establecido “según la forma procedimental ordinaria” (Kelsen); tal temperamento es teóricamente falso y además comporta en sí misma, juzga Heller, una involuntaria constatación de la “degeneración (*Degeneration –sic–*)” de la conciencia jurídica.

Con el principio de división de poderes, polémicamente esgrimido contra el absolutismo monárquico, se creyó poder asegurar la legitimidad a través de la legalidad, en la medida en que los representantes del pueblo establecerían la ley que debería ser observada por los demás órganos del poder. Ahora bien, ese principio de organización no basta para garantizar la juridicidad sino en la medida en que se suponga, fundando los actor del órgano democrático legislativo, la acción de una razón práctica que determina para sí misma su propia rectitud. Pero la realidad es que la división de poderes (órganos) no es sino un mero principio de organización del poder, que nada dice la justicia del Derecho positivo, si no es merced a una predestinación metafísica que lleve a ello –y en la que nadie cree, acota Heller–. En definitiva, la legalidad del Estado de derecho democrático no resuelve el problema de la legitimidad.⁵⁴

Lo esencial para la teoría del Estado respecto de este problema clave – cabe concluir con Hermann Heller- radica en dejar establecido que ideología alguna basta por sí misma para justificar el Estado y su poder jurídico de régimen: ni la (hegeliana) “armonización del poder y el Derecho”, ni la legalidad, ni una “ideología de legitimación democrática, nacionalista o bolchevique en tanto tales bastan para sancionar el Estado con valor universal”. Los principios fundamentales se distinguen de las ideologías de legitimación por la generalidad de la validez que ellos confieren, la cual, aunque no resulte siempre absolutamente universal, con todo siempre trasciende la órbita jurisdiccional de los Estados particulares.⁵⁵

En síntesis, para Heller la afirmación y reconocimiento de los principios fundamentales, que constituyen el fundamento de justificación del Estado y del derecho positivo, debe tenerse por ya resuelta en el seno de una teoría científica del Estado como ciencia de la realidad. Es que el poder sólo se justifica -radicalmente- por su ejercicio: en los términos de Heller, por el

54) Hermann Heller, *Staatslehre*, 6ª ed. (Tübingen: C. B. Mohr, 1983), 250-1.

55) *Ibid.*, 251.

servicio a la justicia (*“Dienst der Gerechtigkeit”*)⁵⁶ –y ésta, por su parte, se basa en los principios éticos constitutivos del Derecho–.⁵⁷

El autor es Profesor y Licenciado en Filosofía por la Universidad de Buenos Aires, Magister en Filosofía por la Universidad de Barcelona, Doctor en Derecho Político por la UBA y Doctor en Filosofía por la Universidad Abat Oliba de Barcelona. Es Profesor titular de Teoría del Estado en la UNSTA y ha sido designado Director del Centro de Estudios Políticos en esa Universidad. Investigador independiente del CONICET y Director del Departamento de Política de la Fundación Bariloche (CONICET). Autor de 12 libros y alrededor de 130 publicaciones científicas sobre sus áreas de interés (Filosofía Política y Teoría del Estado).

La autora es doctoranda en Filosofía en la Universidad Nacional de Cuyo y está próxima a defender su tesis doctoral sobre el concepto de guerra justa en el pensamiento de Carl Schmitt. Es licenciada en Ciencia Política y Sociología. Ha realizado sus estudios de grado en la Universidad de Augsburgo, Alemania. Es becaria de CONICET y profesora adjunta de la Fundación Bariloche. Participó como expositora en congresos y jornadas. Sus últimas publicaciones versan sobre los conceptos de soberanía, Estado y representación, así como sobre la cuestión de la democracia. Es integrante de dos grupos de investigación en el Centro de Estudios en Ciencia, Tecnología, Cultura y Desarrollo (CITECDE) de la Sede Andina de la Universidad Nacional de Río Negro. Su área de interés radica en la filosofía política y el derecho internacional, especialmente el pensamiento político-filosófico de Carl Schmitt.

Recibido: 13 de enero de 2016

Aprobado para su publicación: 20 de febrero de 2016

56) *Ibid.*, pp. 251-2.

57) Este problema acuciante, el de la justificación ético-jurídica de la vida política, ocupó en el exilio madrileño -es significativo referirlo- las últimas horas de vida del autor de la *Staatslehre*, afanado en concluir su *opus magnum*, el 5 de noviembre de 1933; cfr. Klaus Meyer, “Hermann Heller. Eine biographische Skyzze”, en *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller (1891-1933)*, ed. Christoff Müller - Ilse Staff (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), 86.