**Título de la ponencia:** Una aproximación a la relación entre Estado y derecho desde la Teoría del Estado

**Nombres y apellido:** Ramiro Kiel

**Afiliación institucional:** CONICET-IIGG

**Correo electrónico:** ramirokiel@gmail.com

**Máximo título alcanzado o formación académica en curso:** Maestría en teoría política y social en curso

**Eje temático-problemático que ha aceptado la ponencia:** eje 11

**1. Introducción**

La pregunta por la relación entre Estado y derecho es tan antigua como la filosofía. En su búsqueda por definir el concepto de justicia, Platón dedica gran parte del libro I de la *República* a refutar a Trasímaco, quien argumenta que lo justo es lo que conviene al más fuerte, es decir, al gobierno. Desde entonces la idea de justicia se piensa como algo diferente al poder político, como un elemento independiente de la voluntad de los gobernantes. La tarea de los antiguos, y en particular de los filósofos, radicaba en encontrar la idea verdadera de justicia que trascienda a las distintas opiniones sobre ella. Así, desde el origen de la filosofía política queda marcado un desacople entre poder y derecho que llega hasta nuestros días y sigue caracterizando el modo en que concebimos al Estado.

La modernidad nace al calor de las guerras de religión y con la constatación de que las comunidades políticas están formadas por individuos que tienen diversas –y en muchos casos contrapuestas­– concepciones de la justicia. Por consiguiente, se deja de lado el acento antiguo en la búsqueda del mejor régimen y se coloca en el centro la pregunta por el orden. El foco estará puesto ahora en el derecho entendido como ley civil, es decir como derecho positivo. Thomas Hobbes sostuvo que es la ley civil la que debe definir qué es justo y qué no y que los individuos, más allá de lo que piensen en su fuero interno, deben obedecerla. Obediencia en el fuero externo y libertad de conciencia en el fuero interno: esa fue la solución hobbesiana para garantizar el orden. Esto no logró eliminar, sin embargo, la intuición de que existe una idea de justicia que excede al poder político. John Locke formuló una justificación del derecho de resistencia que se fundaba en la idea de un derecho natural de los individuos que preexiste al derecho positivo. La preocupación por el orden daba lugar también para una preocupación por los límites del poder político. Estas consideraciones sobre la legitimidad del Estado, que le sirvieron para desarrollar una teoría del gobierno limitado fundado en la idea de un gobierno suprapositivo, fueron muy influyentes en los siglos siguientes.

Esta apelación a un límite del poder político que se funda en un derecho suprapositivo perdió fuerza con el trascurso del siglo XIX y la consolidación de una teoría del Estado y una ciencia jurídica positivistas. A comienzos del siglo pasado, Max Weber llegó a afirmar que, de las tres formas típicas de la legitimidad, la tradicional, la carismática y la racional-legal, es esta última, es decir la creencia en las leyes positivas, la legitimidad propia de la contemporaneidad. La reflexión sobre la relación entre Estado y derecho, y en particular sobre los límites y la justificación del poder político, se vieron influenciadas por este clima de época positivista, de modo tal que se buscó ofrecer una explicación que no recurriera al derecho natural.

En este trabajo nos proponemos restituir el modo en que la relación entre Estado y derecho fue tratada al interior de la teoría del Estado, una disciplina que surge hacia mediados del siglo XIX y llegó a su máxima expresión hacia fin de siglo. Teniendo en cuenta el breve desarrollo que hicimos, prestaremos particular atención a los dos elementos centrales de esta relación: los límites jurídicos del poder político, por un lado, y su justificación moral, por otro. Para esto nos centraremos en tres exponentes de la teoría del Estado alemana que ofrecen perspectivas diferentes sobre el tema: Georg Jellinek, Hans Kelsen y Hermann Heller. Las tres partes en las que se divide este trabajo están dedicadas a cada uno de ellos.

De Jellinek nos interesará rescatar la teoría de las dos caras del Estado y cómo a partir de ella se deriva la pregunta por los límites del Estado y la teoría de la auto obligación. Luego nos ocuparemos de Hans Kelsen y de Hermann Heller, puesto que, de algún modo, continúan y desarrollan aspectos que ya estaban contenidos en la obra de Jellinek. El primero pretendió hacer una teoría del Estado basada con exclusividad en el método jurídico y llegó a reducir el Estado al orden jurídico. Heller, en cambio, buscó estudiar la estatalidad a partir de la integración de elementos sociológicos, jurídicos y éticos, y alcanzó una concepción dialéctica y trágica de la relación entre Estado y derecho.

**2. Georg Jellinek y la auto-obligación del Estado**

Un trabajo que pretende abordar la relación entre Estado y derecho al interior de la teoría del Estado no puede dejar de recurrir a Georg Jellinek y a su libro *Teoría general del Estado*, que es considerado “la *summa* teórica del siglo XIX” (Stolleis, 2017, p. 87). Como máxima expresión del desarrollo de la teoría del Estado decimonónica, la obra de Jellinek recoge una de las máximas tensiones que se habían consolidado al interior de la disciplina: el conflicto suscitado por la pretensión de llevar a cabo una teoría del Estado basada exclusivamente en el método jurídico, y por tanto alejada tanto de la política como de la sociología, y la incapacidad de la mayoría de los teóricos de eludir las referencias tanto políticas como sociológicas[[1]](#footnote-1). Veremos que el modo en que se aborda esta tensión tiene consecuencias directas para el tratamiento de la relación entre Estado y derecho.

2.1 La teoría de las dos caras del Estado

Haciéndose eco de esta tensión, Jellinek ofreció en su *Teoría general del Estado* una teoría dicotómica de la estatalidad, que se conoce como la teoría de las dos caras. Según esta teoría, el Estado es, por un lado, una construcción social y, por el otro, una institución jurídica. Cada una de estas caras se corresponde con una parte de la teoría del Estado, que de este modo queda dividida en una teoría social y una teoría jurídica. El Estado, en suma, tiene dos caras, una sociológica y una jurídica y debe ser abordado desde esos dos puntos de vista.

Al incluir el aspecto sociológico como complemento del estrecho método jurídico, Jellinek pretende resistir al reinado exclusivo de dicho método. Según nuestro autor, el análisis propio del jurista es indispensable para comprender la estatalidad, mas no es suficiente y por eso debe recurrirse a ciencias auxiliares como la historia o las ciencias sociales. A pesar de querer contrarrestar la tendencia de la época, que pretendía estudiar el Estado únicamente a través del método jurídico, Jellinek conserva una tajante distinción entre los métodos y no ofrece una aproximación conjunta al fenómeno estatal.

En consonancia con la tradición positivista, Jellinek distingue claramente la teoría del Estado de la política. Esta distinción se basa en el tipo de juicios que caracteriza a cada una de estas disciplinas: mientras que la teoría del Estado expresa juicios de conocimiento, la política contiene juicios de valor. Jellinek concibe a la política como una ciencia práctica y, como tal, estudia el Estado desde punto de vista teleológico, estudia “el modo como el Estado puede alcanzar determinados fines” (Jellinek, 1929, 2000, pp. 62-63). Este carácter teleológico de la política hace que esté orientada hacia el futuro. La teoría del Estado, puesto que se ocupa del ser y no del deber ser, se ocupa del pasado y del presente.

A pesar de haber separado claramente teoría del Estado y política, Jellinek no desconoce el valor práctico que ofrece un estudio sesudo de la política. Al afirmar que “lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica” (Jellinek, 1929, p. 17, 2000, p. 66), nuestro autor establece un fuerte vínculo entre ambas disciplinas. La política, en tanto ciencia práctica, debe actuar en el investigador como una fuente de prudencia que le impida incluir en la teoría del Estado temas ridículos que no tengan ninguna relación con la realidad política. Vemos, en suma, que, si bien Jellinek distingue con claridad lo jurídico de lo sociológico y de lo político, no descarta estos dos elementos, sino que los incluye en su teoría del Estado.

2.2 El Estado como realidad sociológica y su relación con el derecho

El Estado, desde un punto de vista social, se define, para Jellinek, como una “unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio” (Jellinek, 1929, pp. 180-181, 2000, p. 194). Así definido, el Estado es para Jellinek una fuerza sociológica del orden de los hechos. Esto quiere decir que la expresión propia del Estado no es de carácter jurídico, sino que su forma primigenia es la de un poder o una fuerza naturales. Surge entonces la siguiente pregunta: ¿cómo se convierte el Estado, que originalmente es una fuerza, en una institución jurídica?

Antes de responder esta pregunta, debemos señalar que para Jellinek el derecho es un fenómeno psicológico, vale decir un fenómeno interno del ser humano. El derecho, así comprendido, tiene una función particular al interior de una comunidad política, que es la de proteger y conservar los bienes e intereses humanos. Del carácter psicológico del derecho se deriva que su positividad descansa en un elemento puramente subjetivo, que es la convicción de su obligatoriedad. Puesto que el derecho es un fenómeno interior a los seres humanos, Jellinek argumenta que no hay otra forma de fundamentar su positividad que no sea a través de la convicción subjetiva.

Es en la psicología, entonces, donde Jellinek busca los fundamentos de un derecho del Estado, es decir en la transformación de un fenómeno real, sociológico, en un fenómeno jurídico. La pregunta que intenta responder es la siguiente: “¿Hay un derecho para el Estado? Si lo hay, ¿en qué se funda?” (Jellinek, 1929, p. 337, 2000, p. 323). Dos son los elementos psicológicos en los que se apoya dicho pasaje: una es la fuerza normativa de lo fáctico y otra es la fuerza normativa de la creencia en un derecho suprapositivo.

El primero hace referencia a la tendencia que tienen los seres humanos a transformar aquello que efectivamente sucede en un deber ser jurídico: la naturaleza humana “reproduce más fácilmente lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado que lo que le es nuevo” (Jellinek, 1929, p. 338, 2000, p. 324). Lo real exhibe una fuerte tendencia a convertirse en obligatorio, vale decir, en derecho. Esta idea debe aplicarse para entender el derecho estatal, puesto que la transformación del poder del Estado en un poder jurídico descansa, en gran parte, sobre la fuerza normativa de lo fáctico. La conversión del poder del Estado, que en su origen es un mero hecho, en un poder jurídico “es una consecuencia de la representación de estos hechos ya tienen un carácter normativo, de que deben ser tal como son” (Jellinek, 1929, p. 342, 2000, p. 327)

El segundo camino de creación de derecho consiste en el poder que tiene una concepción suprapositiva del derecho para transformar el derecho positivo. Este camino proviene de la tradición del derecho natural, que consistía en criticar un conjunto de relaciones jurídicas positivas basándose en la idea de justicia. El derecho natural, entonces, es entendido por Jellinek (1929, 2000) como “el conjunto de exigencias que una sociedad en el curso de su vida y de sus transformaciones, o bien una clase particular, dirigen a los poderes que crean el derecho” (p. 345, p. 329). Nuestro autor argumenta que esta creencia en un derecho moral obligatorio no puede descartarse por acientífica, como hacen la mayoría de los positivistas, sino que debe aceptarse como una necesidad psicológica de los seres humanos y como una de las fuentes de transformación del poder del Estado en fenómeno jurídico.

Pues bien, llegados a este punto podemos decir que el Estado es, en su origen, una fuerza, un mero hecho. El derecho positivo sancionado por él procede de dos fuentes de carácter psicológico: la fuerza normativa de lo fáctico y la fuerza normativa de la creencia en un derecho suprapositivo. Surge, ahora sí, la pregunta que habíamos anticipado. El derecho que crea el Estado, ¿es vinculante para el Estado mismo? Este problema, aclara el autor, no puede tratarse con los estrechos métodos de los juristas, ya que esta cuestión es de naturaleza metajurídica, y tampoco puede excluirse de la reflexión sobre el Estado, ya que de él “depende la posibilidad de todo derecho público, y por consiguiente de todo derecho en general” (Jellinek, 1929, p. 369, 2000, p. 347).

La auto-obligación del Estado a su derecho es la forma que encuentra Jellinek para explicar los límites jurídicos de la actividad estatal sin recurrir al derecho natural. En su formulación clásica, podemos tomar como ejemplo la de Jean Bodin (1997), la voluntad del príncipe no era ilimitada, sino que se encontraba constreñida por “las leyes naturales que Dios, del cual es imagen, ha puesto” (p.64). La época en la que escribe Jellinek, dominada por el positivismo, tenía vedada la posibilidad de fundamentar la limitación del Estado en las leyes naturales de origen divino. Por eso nuestro autor recurre a esta explicación: el Estado crea el derecho y luego se auto-obliga a cumplirlo.

Para fundamentar esta limitación del Estado que no se basa en el derecho natural Jellinek apela al concepto kantiano de autonomía. Frente al derecho natural, que postulaba un conjunto de normas morales que tenían carácter obligatorio frente a los individuos, Kant afirmó que la forma más elevada de la ética está dada por la autonomía de la razón, vale decir, por la capacidad del individuo de darse sus propias normas morales. Según esta doctrina, solo es plenamente moral la acción a la que nos sentimos obligados, y no la que no es impuesta desde fuera. Esta misma lógica fue aplicada por Jellinek al Estado. Del mismo modo que el individuo se impone las normas a las que luego se verá obligado, el Estado sanciona un derecho y se auto-obliga a cumplirlo. A la autonomía del individuo le corresponde la auto-obligación del Estado.

Todavía no queda respondida la pregunta que consideramos más importante. ¿Por qué se auto-obliga el Estado? ¿qué lo lleva a eso? La respuesta la debemos encontrar en el terreno psicológico, puesto que allí reside el derecho: el Estado se auto-obliga a su derecho porque la conciencia jurídica de nuestro tiempo así lo requiere. Dicho por la negativa, si se abandona la creencia en la auto-obligación del Estado solo se puede fundar un poder omnipotente del Estado, y esto es inaceptable para las convicciones jurídicas de la época.

El Estado que se somete a su derecho, que se auto-obliga, pasa de ser un mero hecho a constituirse en un poder jurídico. Recién ahora podemos introducir, entonces, el concepto de soberanía, que para Jellinek un concepto *jurídico* y, por tanto, debe separarse cuidadosamente del poder del Estado, que es un concepto *sociológico*. Como vimos, para Jellinek la característica esencial del Estado es el poder. Allí donde exista un poder de dominación, un conjunto de personas y un territorio, habrá un Estado. El concepto de soberanía es, entonces, un concepto derivado, del mismo modo que la existencia jurídica del Estado se deriva de su existencia real.

La soberanía, en tanto concepto jurídico, queda definida como “la propiedad del poder del Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo” (Jellinek, 1929, p. 481, 2000, p. 438). Así, indica que un poder estatal tiene la capacidad de no ser obligado por el derecho creado por otro poder, sino de auto-obligarse al derecho que él mismo creó. Este concepto de soberanía es, como el propio Jellinek indica, un concepto formal, que no dice nada acerca del contenido de la limitación que el Estado se pone a  sí mismo.

Recapitulemos lo dicho hasta acá. Para Jellinek el Estado es, por un lado, realidad sociológica y, por otro, fenómeno jurídico. La pregunta que tratamos de responder es: ¿cómo queda limitado el Estado por el derecho que él mismo crea? La respuesta de Jellinek es la doctrina de la auto obligación, que supone que, del mismo modo que los individuos se dan sus propias normas y luego se someten a ellas, el Estado crea el derecho y luego se somete a él. Y esto es así porque la conciencia jurídica de nuestra época no podría tolerar la idea de que el poder estatal puede evadir las normas que sanciona. Esta explicación psicológica, advertimos, está en consonancia con el modo en que Jellinek concibe al derecho.

**3. La crítica a la idea del Estado-poder: Hans Kelsen.**

Wolfgang Schluchter (1968) señala que la forma en la que Jellinek trató de integrar tres disciplinas –la sociología, la ciencia jurídica y la política– para abordar la estatalidad fue confusa y afirma que el gran teórico del Estado no pudo ofrecer una fundamentación sólida del modo en que esas tres disciplinas interactúan al interior de la teoría del Estado. El modo en el que el problema había sido planteado por Jellinek, prosigue el autor, dejaba lugar para dos soluciones: poner en primer lugar el elemento lógico-metodológico y relegar el problema de la integración o, por el contrario, tratar de fundamentar con más solidez la integración de elementos sociales, jurídicos y políticos. El primer camino fue el que adoptó Hans Kelsen, y a él dedicaremos este apartado.

Kelsen ofreció una crítica sistemática a la concepción que ve en el Estado un fenómeno eminentemente sociológico vinculado al poder que luego deviene jurídico. El jurista vienés consideraba que todos los teóricos del Estado que lo precedieron cometían el mismo error: llevaban a cabo una hipóstasis del objeto de estudio. Esto es, investían al Estado de todas aquellas propiedades que en realidad pertenecen al orden jurídico. Retomando la tensión que mencionamos al comienzo, Kelsen se inclina por la vía jurídica y se propone estudiar al Estado desde un punto de vista exclusivamente normativo. Nos proponemos examinar este proyecto kelseniano a partir de tres reducciones que encontramos en su obra: la reducción del fenómeno jurídico a un puro deber ser formalizable, la reducción del Estado al derecho y la reducción de la soberanía a una hipótesis propedéutica.

El propósito de Kelsen es convertir a la ciencia del derecho en una ciencia de normas. Esto es posible solamente si se concibe el mundo de manera dicotómica, dividido en dos grandes campos inconexos: el ser y el deber ser. Kelsen entiende al primero como el reino de los fenómenos carentes de sentido que sólo pueden ser comprendidos de modo causal. El mundo del deber ser, por el contrario, se erige como el reino de las normas ideales carentes de contenido. Es un mundo puramente formal, en el que no pueden encontrarse restos de elementos fácticos[[2]](#footnote-2). El fenómeno jurídico queda, así, reducido a puro deber ser formalizable.

Para Kelsen no hay conexión posible entre los dos mundos: toda pregunta por un ser tiene que conducir necesariamente a otro ser, mientras que toda pregunta por un deber ser remite inevitablemente a otro deber ser. En otras palabras, el origen de una norma jurídica, en tanto habitante del mundo del deber ser, tiene que ser otra norma y nunca puede ser un elemento fáctico propio del mundo del ser[[3]](#footnote-3). “Mientras uno se mantenga dentro de los límites de la observación lógico-formal, no hay manera de pasar del uno al otro, los dos mundos están separados el uno del otro por un abismo insalvable” (Kelsen, 1923, p. 8). El error que se comete, según Kelsen, es confundir el hecho que sanciona las leyes, por caso la actividad de los miembros del parlamento, con su validez. Esta, que es lo único que debe importarle al jurista, se deriva de la validez de otra norma, y no del acto del legislador.

Pues bien, ¿qué consecuencias tiene esto para la teoría del Estado? La reducción del Estado en el derecho. Una teoría normativa, como vimos, solo puede aprehender normas, elementos normativos desprovistos de restos fácticos, por lo tanto solo puede entender al Estado como un conjunto de normas, es decir como un orden jurídico. Lo que comúnmente se llama Estado debe ser entendido, desde el punto de vista de una teoría normativa, como el nombre que se le da a la unidad del orden jurídico.

Esta idea kelseniana de que el Estado no es más que el nombre que le damos a la unidad del orden jurídico supone descartar la concepción de que el Estado es poder y que, como tal, sería el encargado de crear el derecho. Para la teoría pura del derecho, el Estado debe ser concebido exclusivamente en términos de validez, tal como se entiende al orden jurídico; tanto el Estado como el derecho no *son*, sino que *valen*. En este sentido, Kelsen (1925) afirma que “la idea común de que el Estado como poder está “detrás” del derecho (…), que el Estado como poder “sostiene”, “produce”, “garantiza”, etc. el derecho, es sólo una hipóstasis que duplica el objeto de conocimiento (…)” (p.17).

Kelsen descubre en esta duplicación algo más que un mero error teórico; ve ahí una intencionalidad política. El jurista vienés afirma que aquellos que persisten en concebir al Estado como un fenómeno distinto y anterior al derecho lo hacen con el propósito de justificar ciertas acciones políticas contrarias al derecho positivo. El dualismo Estado-derecho no es otra cosa que un abuso político-jurídico mediante el cual se pretenden imponer ciertos postulados políticos en contra del derecho positivo.

La pregunta de Jellinek, cómo puede el Estado quedar vinculado al derecho que él mismo crea, no puede ser planteada en el esquema kelseniano. Al reducir el Estado al derecho el sentido de esa pregunta se desvanece. Es precisamente el desconocimiento del carácter jurídico y normativo del Estado el principal error de la doctrina de la auto obligación. Según Kelsen, la antinomia entre Estado y derecho, que está a la base de dicha doctrina, proviene de un error metodológico que consiste en combinar elementos psicológicos y naturales con elementos jurídicos[[4]](#footnote-4). De ese modo, “se presenta a la persona del Estado como una especie de superhombre” (Kelsen, 1925, p. 75). Además de este argumento metodológico, Kelsen sostiene que un Estado que es concebido como un poder supremo no puede ser limitado por el derecho que él mismo crea, ya que podría liberarse en cualquier momento de las ataduras que él mismo se pone.

El rechazo del vínculo entre el Estado y el poder lleva a preguntarse por el lugar que ocupa en su teoría la noción de soberanía, que es el tercer elemento que nos parece importante destacar. Al igual que varios teóricos de la época, Kelsen asocia el concepto de soberanía con la tradición absolutista y considera que, tal como era entendido tradicionalmente, debe ser eliminado de la disciplina[[5]](#footnote-5). Como todos los conceptos de la teoría del Estado kelseniana, la soberanía debe ser aproximada desde un punto de vista normativo. Por eso, no puede ser el poder absoluto de un Estado para sancionar las leyes con autonomía de otros Estados, sino que la soberanía es la cualidad de todo orden jurídico cuya validez no proviene de otro orden jurídico superior. En palabras del autor: “que el poder estatal sea soberano significa, por tanto, que el Estado es un orden supremo, que no tiene orden superior sobre sí mismo, es decir que la validez del ordenamiento jurídico del Estado no se deriva de una norma superior” (Kelsen, 1925, p. 102).

Si avanzamos un poco más veremos que, en realidad, la soberanía no es una característica del Estado/orden jurídico, sino una hipótesis del investigador, una condición que posibilita la experiencia del objeto de estudio. Hay dos formas posibles, igualmente válidas en términos teóricos, de concebir la soberanía: desde el primado del orden jurídico nacional o desde el primado del orden jurídico internacional[[6]](#footnote-6). En el primer caso, el investigador sostiene la hipótesis de que la validez del derecho proviene del orden jurídico nacional, de modo que las normas del derecho internacional son reconocidas por el Estado. En el segundo caso, la validez proviene del derecho internacional —es decir que el orden internacional es soberano—, y los Estados nacionales son órdenes jurídicos dependientes del orden jurídico internacional. Para Kelsen ambas opciones son aceptables puesto que expresan, en última instancia, dos cosmovisiones –el subjetivismo y el objetivismo–, y la ciencia no está capacitada para resolver cuál de ellas es superior. Sin embargo, Kelsen argumenta claramente en favor de la cosmovisión objetivista que se traduce en una preferencia por el primado del orden jurídico internacional.

Si bien consideramos que, desde un punto de vista teórico, la solución de Jellinek al problema de la limitación del Estado por el derecho es endeble, puesto que es cierto que el Estado puede sacarse las ataduras que él mismo se impuso, ¿no es así como efectivamente se desarrolla, en la realidad política, la relación entre Estado y derecho? ¿No están en una relación de irresoluble tensión? ¿Qué valor tiene resolver esa tensión en la teoría, dejando por fuera de la disciplina todos los aspectos extrajurídicos, si sigue existiendo en la vida real del Estado? La teoría de Kelsen es muy valiosa, creemos, para estudiar con sistematicidad el fenómeno jurídico como si fuera un fenómeno, pero es insuficiente para comprender al Estado. Para esto es necesario integrar elementos sociales, jurídicos y ético-políticos.

**4. Una fundamentación dialéctica de la relación entre Estado y derecho**

Schluchter sostenía que el problema planteado por la teoría del Estado de Jellinek había sentado las bases para dos soluciones. La primera, que ponía en el centro el elemento lógico-metodológico, fue la que examinamos hace un momento. Culminaremos este trabajo con un análisis del otro camino, que fue llevado a cabo por Hermann Heller y que es el que trata de fundamentar la integración de elementos sociales, jurídicos y políticos para estudiar la estatalidad. Teniendo esto en cuenta, prestaremos particular atención al modo en que Heller trató la relación entre Estado y derecho. Con este objetivo, veremos primero que Heller concibe a la teoría del Estado como una ciencia de la realidad y al Estado como una formación social. Luego identificaremos dos formas en las que entiende el derecho: una referida al derecho positivo y otra a los principios jurídicos fundamentales. Por último, abordaremos la relación dialéctica en la que se traban el Estado y el derecho y el carácter trágico que identificamos en ese vínculo.

4.1 La teoría del Estado es ciencia de la realidad

Heller definió su concepción del Estado en su primer texto sistemático, *La soberanía*. *Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* de 1927. Allí, lo asoció a una unidad universal de decisión y efectividad y este es el concepto de Estado que retoma, sin grandes modificaciones, en *Teoría del Estado*. En este texto, sin embargo, gana claridad teórica al concebirlo como una formación social y a la teoría del Estado como sociología y, como tal, ciencia de la realidad. Para comprender esto debemos apelar a un libro del sociólogo alemán Hans Freyer publicado en 1930 que se titula, precisamente, *Sociología como ciencia de la realidad.* Freyer parte de la idea de que la realidad está formada por una relación dialéctica entre espíritu objetivo y vida. La diferencia entre los términos solo puede ser pensada “de manera tal que en ambos momentos se encuentre contenida la unidad del todo y sin embargo se mantenga entre ellos la clara contraposición” (Freyer, 1944, p. 30).

A partir de ahí hace una clasificación de las ciencias del espíritu en relación con el modo en que abordan este par dialéctico. Por un lado están las ciencias del logos, que se ocupan de las formaciones de sentido, es decir de aquellas manifestaciones de la vida que alcanzan un grado considerable de objetividad. Entre ellas se cuentan los idiomas, la música y los sistemas jurídicos. Las ciencias del logos toman a las formaciones de sentido como si fueran fenómenos aislados y las estudian de ese modo. Freyer argumenta que desde Dilthey, pasando por Georg Simmel y Othmar Spann, la sociología fue concebida como una ciencia del logos. Para él esto es un error, ya que argumenta que la sociología debe ocuparse de los hechos sociales y estos no son formaciones de sentido.

Según Freyer, entonces, la sociología debe dejar de ser practicada como si fuera una ciencia del logos y debe asumirse como una ciencia de la realidad. El objeto de esta ciencia no son ya las formaciones de sentido, el espíritu objetivo, sino lo que Freyer llama formaciones sociales, que carecen de la objetividad de aquellas. Las formaciones sociales están formadas por seres humanos, por vida que no alcanza un grado de objetividad muy elevado. Además, a diferencia de las formaciones de sentido, están insertas en un tiempo concreto y podríamos decir que son existencialmente históricas.

Heller concibe al Estado, en consonancia con Freyer, como una formación social y, por tanto, sostiene que es necesario estudiarlo desde el punto de vista de una sociología que se asuma como ciencia de la realidad. Queda descartada, entonces, la reducción kelseniana del Estado al orden jurídico. Heller vuelve, de algún modo, al esquema teórico de Jellinek: el Estado es un poder social que puede imponer sus decisiones sin que puedan ser revisadas por un tercero. Se impone, otra vez, la pregunta por el modo en que ese poder social es limitado por el derecho. ¿Cómo sucede esto para Heller? Para responder esta pregunta debemos ver qué entiende Heller por derecho. Identificamos en su obra dos acepciones: por un lado, es abordado desde un punto de vista técnico como derecho positivo y, por otro lado, desde un punto de vista moral-espiritual como principios jurídicos fundamentales. Tanto el derecho positivo como los principios jurídicos fundamentales forman parte del concepto helleriano de derecho, al menos tal como se presenta en *Teoría del Estado.*

Comencemos por el derecho analizado desde un punto de vista técnico. Este es definido por Heller, de modo clásico, como todo orden normativo que es sancionado y asegurado por los órganos del Estado designados para ese fin. Desde un punto de vista teórico, el derecho positivo es entendido, a diferencia del Estado, como una formación de sentido. Como vimos, lo que diferencia a las formaciones de sentido de las formaciones sociales, como por ejemplo el Estado, es el grado de objetivación que alcanzan. El derecho, en tanto formación de sentido abstraída de la realidad, no puede ser nunca confundida con el Estado, que es una formación social. Según Heller, el camino para esta identificación lo había dado Dilthey, pero fue llevado a su máxima expresión por Kelsen. En virtud de estos dos objetos diferentes, formación de sentido y formación social, se deben distinguir dos ciencias diferentes: la teoría del Estado y la ciencia dogmática del derecho.

Pasemos ahora a revisar el derecho desde el punto de vista moral-espiritual. Para esto debemos introducir los principios jurídicos fundamentales, que no son normas positivas, sino que hacen referencia a un conjunto de principios lógicos y ético-políticos. Son “principios estructurales lógicos o éticos del derecho, que no son todavía normas positivas porque carecen de la individualización o positividad que hace posible la conducta acorde a una norma" (Heller, 1992a, p. 228) . Los primeros hacen referencia a los principios de constitución de la forma jurídica, y tienen como tal validez lógica; los segundos son el fundamento del contenido del derecho y tienen, por tanto, una pretensión de validez moral. Los principios jurídicos fundamentales, tanto los lógicos como los ético-políticos, conforman el material que tiene disponible el Estado para crear el derecho positivo.

Refiriéndose más específicamente a los principios ético-políticos, Heller (1992c, 1995) dice que son “una especie de derecho natural condicionado por los círculos culturales” (p. 108, p. 179). Podríamos mencionar, a modo de ejemplo, la convicción de resolver los conflictos democráticamente o la necesidad de alcanzar grados de igualdad económica elevados. Lo que diferencia a las normas positivas de los principios es su carácter individual y determinado. Las normas positivas valen en un momento y en un lugar determinados, puesto que fueron sancionadas por una unidad de decisión histórico-individual, mientras que los principios tienen un carácter universal y abstracto puesto que se caracterizan por no ser sancionados por una unidad de ese estilo.

Pues bien, teniendo en cuenta el modo en que Heller concibe Estado y derecho veamos cómo define la relación que existe entre ellos. Si bien ofrece una conceptualización del Estado y del derecho más similar a la de Jellinek, puesto que ve en el Estado una unidad de poder, descarta la teoría de la auto obligación estatal para explicar el modo en que el Estado queda obligado al derecho. La explicación helleriana se basa en postular una relación dialéctica entre Estado y derecho, que supone la imposibilidad de identificar un elemento que preexista al otro. “No podemos considerar al Estado ni al derecho como un *prius*, sino como entidades que se hallan entre sí en correlativa vinculación” (Heller, 1992d, p. 294, 2014, p. 242). Así, no es necesario que el Estado se auto obligue porque, podríamos decir, ya nace obligado por un mundo normativo que lo precede y que, al mismo tiempo, ayuda a formar. No existe, para Heller, un Estado que sea puro poder fáctico que, por su propia voluntad, se someta luego al orden jurídico que él crea: “hay que estimar el poder estatal de voluntad que da positividad al derecho como ya sometido a normas” (Heller, 1992d, p. 296, 2014, p. 245).

La imposibilidad de encontrar un Estado ajeno a cualquier límite normativo hace que la solución de la auto obligación pierda sentido. La pregunta más importante para Heller, antes que los límites de la actividad estatal, es la de la justificación moral del Estado, que había sido relegada por la corriente positivista. La pregunta podría formularse del siguiente modo: ¿”por qué hay que ofrecer al Estado los máximos sacrificios personales y patrimoniales” y, en segundo término, “por qué hay que soportar la coacción estatal” (Heller, 1992d, p. 326, 2014, p. 277)?

La justificación del Estado debe diferenciarse con claridad del sentido o función social del Estado. Esta radica en la “organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial” y nos indica por qué existe el Estado, pero nada dice sobre por qué *debe* existir. La justificación del Estado debemos buscarla en los principios jurídicos fundamentales, en tanto criterio jurídico que se encuentra por encima del Estado y del derecho positivo. Esto supone abandonar tres vías comunes de reducir la justificación del Estado, que para Heller son incorrectas: la reducción a la fuerza, la reducción a la legalidad y la reducción a las ideologías de legitimación. Comencemos por la primera. Heller se propone desandar el camino recorrido por el romanticismo, Hegel y el historicismo, quienes prepararon el terreno para la concepción según la cual todo aquello que hagan el pueblo y el espíritu de pueblo es justo. En otras palabras, estas corrientes postularon que toda afirmación de la fuerza estatal es inmediatamente una afirmación de la justicia. Esto supone, para Heller, una identidad armónica entre derecho y fuerza que es necesario evitar.

La segunda reducción es la que formuló más claramente Max Weber al identificar a la legalidad como la forma moderna por antonomasia de la legitimidad. Heller está en desacuerdo con ese diagnóstico y afirma que nadie cree en una mecánica adecuación entre el derecho positivo y la justicia. En sus palabras: “Nadie cree hoy que todas las disposiciones del legislativo popular, en virtud de una especie de predestinación metafísica, sean derecho justo. Por este motivo, la legalidad del Estado de derecho no puede sustituir la legitimidad” (Heller, 1992d, p. 331, 2014, p. 283).

La tercera forma de reducir la justificación del Estado es equipararla con las ideologías de legitimación. Estas se vinculan con el fundamento sociológico de validez del poder Estatal. Heller pone como ejemplos las ideologías democráticas, nacionalistas o bolcheviques, que apuntan, en su opinión, a legitimar ciertos poderes de turno, pero no dicen nada sobre la justificación moral del Estado en tanto tal. Esta debe buscarse más allá de las ideologías que se emplean, aunque tengan éxito, para legitimar ciertos poderes coyunturales. Heller se esfuerza, entonces, por ver en el Estado algo más que un instrumento del que intentan apropiarse las diferentes fuerzas sociales en pugna.

Estos tres intentos tienen un elemento en común: pretender reducir la justificación moral del Estado al estado actual de cosas. Pretenden decir que todo aquello que existe, que tiene poder efectivo de mando, que haya sido sancionado conforme a las reglas del derecho o que sea legitimado por ciertas ideologías, es un poder justo. Frente a este panorama, Heller afirma que la teoría del Estado debe buscar “principios de justificación del Estado con validez universal” (Heller, 1992e, p. 332, 2014, p. 283). En consonancia con esta idea, Heller afirma que el Estado se justifica moralmente en tanto sirva a la aplicación y ejecución de los principios morales del derecho[[7]](#footnote-7).

Como vimos, estos principios no están garantizados por una autoridad, tienen validez moral pero no jurídica, y por tanto, deben ser ser positivizados por el Estado para crear el derecho positivo. Este pasaje es problemático. Heller identifica una tensión constitutiva entre la seguridad jurídica y la juridicidad. La primera supone el hecho de garantizar la observancia de las normas jurídicas, el establecimiento, la aplicación y la ejecución del derecho positivo. La segunda hace referencia a la correspondencia del derecho positivo con los principios jurídicos fundamentales. Pues bien, el problema que identifica Heller es que el Estado puede garantizar, en el mejor de los casos, la seguridad jurídica, mas no la juridicidad. Sobre la juridicidad puede dictaminar solo la conciencia jurídica individual, y esto genera una tensión irresoluble entre el derecho positivo y la conciencia jurídica, puesto que, según Heller, las sociedades están caracterizadas por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo pleno sobre el modo de implementación de los principios.

Esta tensión está formado por dos polos: la razón de Estado y la razón de derecho. La primera, que Heller encuentra en el pensamiento de Thomas Hobbes, apunta a una eliminación de la juridicidad en favor de la seguridad jurídica. La solución que se encontró en la Europa del siglo XVII a la crisis de las guerras religiosas fue la restricción de las concepciones éticas a las conciencias individuales y la obligatoriedad de cumplir las disposiciones estatales, cristalizadas en el derecho positivo. Esto apuntaba a crear un orden que pudiera convivir con convicciones éticas variopintas. Por eso, Heller (1992e, 2014) sostiene que “la razón de Estado tiene derecho a afirmar (…) que la legalización de un derecho de resistencia contra una orden estatal que se estima éticamente reprobable no significaría otra cosa sino la legalización (…) de la anarquía” (p. 336, p. 288). La razón de Estado, entonces, se pone como objetivo primero la conservación del orden y, por tanto, no admite ningún cuestionamiento a la seguridad jurídica a partir de una apelación a la juridicidad.

La razón de derecho es, en cierto punto, la contracara de la razón de Estado. Según ella, la capitulación de la conciencia jurídica individual frente al poder estatal conduce a la extinción del ser humano como personalidad moral y, como consecuencia, a la destrucción del substrato de la estatalidad, que es el individuo. La razón de derecho reivindica, entonces, un derecho de resistencia de la conciencia individual en los casos en los que considera que el derecho positivo no se deriva de los principios jurídicos fundamentales, es decir, cuando carece de juridicidad. Podríamos decir que la razón de derecho concibe al Estado como un producto del individuo y de su conciencia jurídica, mientras que la razón de Estado piensa que el individuo es un producto de la seguridad brindada por el Estado, y por eso le da prioridad a este último.

Heller piensa que las dos tradiciones tienen algo de razón y de algún modo pretende articularlas. Por eso argumenta que la razón de Estado “bien entendida” no supone eliminar todo derecho de resistencia, sino el derecho *legal* de resistencia. Un derecho *moral* de resistencia puede y debe ser conservado[[8]](#footnote-8). Decimos, entonces, que la relación entre Estado y derecho reviste en el pensamiento de Heller un carácter trágico. En sus palabras, lo trágico es que “toda realización jurídica depende del demonio del poder; pero es condenable la tendencia, hoy generalizada, a hacer moral lo demoníaco” (Heller, 1992d, p. 338, 2014, p. 290).

Para Heller, en suma, es importante mantener viva la idea de una conciencia jurídica que se oponga al poder estatal como forma de escapar a la identidad positivista entre fuerza y derecho. Si queremos relacionar estas consideraciones con el problema de los límites del Estado, debemos decir que para Heller el Estado no puede auto obligarse a cumplir el derecho, puesto que, de alguna manera, el Estado presupone al derecho y viceversa. De todas formas, esto no impide que el Estado actúe contrariamente a los principios jurídicos fundamentales. Estos atropellos pueden ser identificado solamente por las conciencias jurídicas individuales, de modo tal que es en ellas donde el Estado encuentra sus límites. Los actos de resistencia morales que, en última instancia, suponen arriesgar la vida para defender lo que se considera justo, son las formas en las que la conciencia jurídica individual limita el accionar estatal.

**5. Conclusiones**

El objetivo de este trabajo fue revisar el problema de la relación entre el Estado y el derecho desde la teoría del Estado. Comenzamos por Georg Jellinek y la auto obligación del Estado al derecho, es decir por los límites jurídicos del Estado, pasamos por Hans Kelsen y la reducción del Estado al orden jurídico y concluimos con Hermann Heller y la pregunta por la justificación del Estado. Empezamos por los límites y terminamos con la justificación. Veamos cómo fue el proceso.

Jellinek afirma que el Estado tiene dos caras. Es, por un lado, realidad sociológica y, por otro, fenómeno jurídico. ¿Cómo –se pregunta– limita el derecho al Estado? La respuesta de Jellinek es la doctrina de la auto obligación, que supone que, del mismo modo que los individuos se dan sus propias normas y luego se someten a ellas, el Estado crea el derecho y luego se somete a él. Y esto es así porque la conciencia jurídica de nuestra época es una conciencia del gobierno limitado que no tolera la idea de un poder estatal pueda evadir las normas que sanciona. Esta explicación psicológica, advertimos, está en consonancia con el modo en que Jellinek concibe al derecho.

Kelsen va un paso más allá. La idea del Estado como un poder que se encuentra por detrás del derecho le parece que es una idea cuyo único objetivo es justificar ciertas acciones políticas contrarias al derecho positivo. Por eso, se propuso hacer una teoría normativa del Estado, es decir una teoría que se ocupe de las normas y excluya todo elemento fáctico. Este proyecto lo estudiamos a través de tres reducciones: la reducción del fenómeno jurídico a un puro deber ser formalizable, la reducción del Estado al derecho y la reducción de la soberanía a una hipótesis propedéutica. Concluimos que la teoría de Kelsen es muy valiosa para estudiar con sistematicidad el fenómeno jurídico como si fuera un fenómeno aislado, pero es insuficiente para comprender al Estado.

Por último, introdujimos la propuesta de Heller, que adoptó el camino inverso al de Kelsen. En vez de tratar de solucionar las inconsistencias de la teoría de Jellinek aferrándose al método jurídico, intentó fundamentar con más solidez la integración de los elementos sociológicos, jurídicos y éticos. Su concepción dialéctica de la relación entre Estado y derecho lo llevó a poner en el centro la cuestión de la justificación moral. Esta se refiere a los principios jurídicos fundamentales, que están en una tensión irresoluble con el derecho positivo. En otras palabras, Heller identifica una relación trágica entre la razón de Estado y la razón de derecho. Como forma de escapar de esta dicotomía pensó en una razón de Estado “bien entendida”, que asegure el cumplimiento del derecho positivo pero que no desconozca un derecho de resistencia. Heller nos dice que es inevitable delegar en el Estado la capacidad de sancionar el orden jurídico positivo, pero que, si consideramos que ese orden se aparta de los principios jurídicos fundamentales, podemos ejercer un derecho *moral* –no *legal*– de resistencia. Creemos que esta aproximación a la estatalidad tiene dos virtudes: en primer lugar, no intenta eliminar las tensiones que tienen lugar en la vida del Estado, sino que las expone a partir de un análisis que incluye elementos sociológicos, jurídicos y éticos, y, en segundo lugar, se esfuerza por pensar al Estado sin reducirlo a simple máquina al servicio de las distintas fuerzas sociales en pugna.

Bibliografía

Bodin, J. (1997). *Los seis libros de la República*. Tecnos.

Freyer, H. (1944). *La sociología ciencia de la realidad*. Losada.

Heller, H. (1992a). Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. En *Gesammelte Schriften II* (pp. 203-249). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Heller, H. (1992b). Die Krisis der Staatslehre. En *Gesammelte Schriften II* (pp. 3-30). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Heller, H. (1992c). Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts. En *Gesammelte Schriften II* (pp. 31-202). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Heller, H. (1992d). Staatslehre. En *Gesammelte Schriften III* (pp. 81-407). J. C. B. Mohr.

Heller, H. (1995). *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Fondo de Cultura Económica.

Heller, H. (2014). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.

Hennis, Wilhelm. (2003). *Das Problem der Souveränität: ein Beitrag zur neueren Literaturgeschichte und gegenwärtigen Problematik der politischen Wissenschaften.* Mohr Siebeck.

Jellinek, G. (1929). *Allgemeine Staatslehre*. Verlag von Julius Springer.

Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica.

Kelsen, H. (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Julius Springer.

Locke, J. (2012). *Segundo ensayo sobre el gobierno civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno civil.* Losada.

Schluchter, W. (1968). *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*. Kiepenheuer & Witsch.

Stolleis, M. (2017). *Introducción al Derecho Público alemán (siglos XVI-XXI)*. Marcial Pons.

Vita, L. (2012). Soberanía y derecho internacional en el pensamiento jurídico de Weimar. *EAFIT, Journal of International Law*.

1. Sobre el desarrollo de la teoría del Estado decimonónica y su tendencia a absolutizar el método jurídico en detrimento de elementos sociológicos y políticos véase Stolleis (2017, pp. 83-88) y sobre el carácter problemático e irrealizable de este proyecto véase Heller (1992b). [↑](#footnote-ref-1)
2. Debemos hacer unas precisiones para evitar posibles confusiones. El vocablo *ser* remitía tradicionalmente, en la tradición jurídica occidental, al derecho positivo, es decir, al conjunto de normas que efectivamente regulan una sociedad, mientras que el vocablo *deber ser* hacía referencia a las reglas de la moral, tal como podían desprenderse de la razón humana. En esta distinción se fundan las dos grandes tradiciones del pensamiento jurídico, el positivismo y el derecho natural. En el siglo XIX cambió el significado de esos términos; la distinción entre derecho positivo y moral fue reemplazada por la de hechos y valores. El *ser* pasó a designar a los primeros, al mundo de lo fáctico, y el *deber ser* al mundo de los valores. Con estos nuevos significados, tanto el derecho positivo como el natural pasan a estar del lado del *deber ser*, puesto que están compuestos por normas que tienen validez pero no realidad fáctica. [↑](#footnote-ref-2)
3. [↑](#footnote-ref-3)
4. Kelsen (1923) afirma, en contra de Jellinek, que la validez del derecho es objetiva y que, por tanto, no radica en la creencia subjetiva de los individuos: “la ley se parece –externamente– a la ley natural en que no está dirigida a nadie y es válida sin tener en cuenta si es conocida o reconocida” (p.VII). Sin esa objetividad, argumenta Kelsen, no sería posible la ciencia jurídica. [↑](#footnote-ref-4)
5. Hennis (2003) muestra que esta interpretación del concepto de soberanía no era minoritaria. Varios profesores de derecho político, entre ellos Hugo Preuss y Hugo Krabbe, pretendieron eliminar el concepto de soberanía por considerarlo un resabio del absolutismo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Kelsen es un representante del monismo jurídico, doctrina que afirma la unidad del derecho internacional y el estatal. Dentro de esta corriente hay quienes afirman la primacía de uno u otro, pero lo central es que se los integre en un sistema único. Esta doctrina se opone al dualismo jurídico, que afirma que el derecho internacional y el estatal son órdenes jurídicos independientes. Sobre esta distinción véase Vita (2012). [↑](#footnote-ref-6)
7. Para Heller es tarea de la filosofía del derecho, y no de la teoría del Estado, resolver la cuestión de si los principios éticos del derecho pueden derivarse de una ley racional o si dependen de un sentimiento jurídico inmediato y también si existen principios apriorísticos o si estos dependen de los círculos de cultura. [↑](#footnote-ref-7)
8. Esta forma de volver compatibles la razón de Estado con la razón de derecho a través de un derecho de resistencia nos parece similar a la solución ofrecida por John Locke (2012). El pensador inglés sostenía que, si el gobierno se vuelve tiránico, el pueblo “no tiene otro remedio que apelar al cielo” (p.125) y ejercer su legítimo, pero no legal, derecho de resistencia. [↑](#footnote-ref-8)