

– ESTUDIO CRÍTICO –

**LA COMUNIDAD POLÍTICA SOBERANA ENTRE
LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y EL DECISIONISMO**

Cristina Andrea Sereni

ESTUDIO CRÍTICO

LA COMUNIDAD POLÍTICA SOBERANA ENTRE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y EL DECISIONISMO.

El concepto de soberanía en Hermann Heller

CRISTINA ANDREA SERENI

Fundación Bariloche, CONICET, Universidad Nacional de Cuyo

RESUMEN:

La Soberanía del filósofo y jurista alemán Hermann Heller, libro aparecido en 1927, constituye la base del presente artículo. El mismo se dedica a estudiar el concepto de soberanía en el pensamiento de Hermann Heller con el fin de relacionarlo, primero, al contexto histórico de la República de Weimar y las corrientes jurídico-filosóficas precedentes y, segundo, de contrastarlo cuidadosamente con dos pensadores contemporáneos de Heller, a saber, Carl Schmitt y Hans Kelsen. De esta manera, la autora afirma que Hermann Heller se sitúa entre el voluntarismo existencialista representado por Carl Schmitt y el positivismo de Hans Kelsen, creando importantes antecedentes para la actual concepción de la soberanía en el Derecho Internacional.

Palabras clave: DECISIONISMO - ESTADO - SOBERANÍA - POSITIVISMO JURÍDICO - REPÚBLICA DE WEIMAR

ABSTRACT

This article is based on *The Sovereignty*, book written in 1927 by the german philosopher and jurist Hermann Heller. It studies the concept of sovereignty in the thought of Hermann Heller in order to establish, first, a relationship between the historical context of

the Weimar Republic and its precedent philosophical and juridical currents and, second, to contrast Heller's concept of sovereignty with two contemporary thinkers, namely Carl Schmitt and Hans Kelsen. Thus, the author states that Hermann Heller stands between the existentialist voluntarism represented by Carl Schmitt and Hans Kelsen's positivism, and that he has created a significant background for the current conception of sovereignty in international law.

Key words: DECISIONISM - LEGAL POSITIVISM - STATE - SOVEREIGNTY - WEIMAR REPUBLIC

1. Introducción

Es recurrente la discusión en torno al tema del concepto de soberanía. Ante el incremento de la interdependencia de los Estados, anticipado por Heller ya en 1927, la soberanía de los Estados nacionales, que aún siguen siendo la "unidad básica de la organización política contemporánea" (Carabajal/La Madrid 1995:6) se encuentra en crisis.

La soberanía ha constituido históricamente el fundamento de la independencia de los pueblos. En el marco de la tradición de la Teoría del Estado alemana, con marcadas diferencias tanto con la británica como con la francesa, la *Staatslehre* se caracteriza principalmente por sus intentos de justificación y la búsqueda de legitimidad de los regímenes imperantes desde Hegel. La debilidad del Estado alemán, de formación tardía, exacerbó tanto el nacionalismo como el pensamiento estatalista. Muchos intelectuales, integrantes de la élite portadora de la *Kultur*, cumplieron un rol mediador entre el reino eterno y el temporal, insertando la idea de comunidad (*Gemeinschaft*) como aglutinadora de la sociedad a través de valores morales y culturales compartidos (Vita, 2014: 42). Para Heller, la Teoría del Estado persigue el fin de indagar en la realidad particular de la vida estatal, para comprender al Estado en relación a su estructura y su función presente.

La recuperación de la vigencia de la obra de Heller en Alemania a partir de la década de 1960 por Ernst Forsthoff y Wolfgang Abendroth, entre otros, se ha basado en la aplicabilidad de sus categorías fundamentales, así como en la interdisciplinariedad y el pluralismo metodológico propios del autor. Es, aun hoy, cambiante la posición alemana con respecto a Weimar y su legado, época que simboliza el intento de llevar adelante una democracia representativa y pluralista basada en la soberanía popular. La convivencia y el debate entre juristas de todas las orientaciones ideológicas y metodológicas fue característica de este período, y su Constitución ha servido de ejemplo a muchas otras a lo largo de las décadas siguientes. En el actual contexto de multiculturalismo global, tanto la comunidad nacional de cultura en su rol integrador como los principios suprapositivos éticos y la concepción normativa del Estado vuelven a cobrar especial importancia.

En la Argentina, la recepción de Heller se limita a pocos pero célebres estudiosos del Derecho. Entre ellos cabe destacar a Arturo Enrique Sampay, quien recurre en su *Introducción a la Teoría del Estado* a ideas de Heller, refiriéndose en particular al intento fenomenológico de recuperar el objeto real de la Teoría del Estado (Vita, 2014: 221-222).

Para nuestro trabajo será central el escrito de Hermann Heller *La Soberanía, contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional* aparecido en 1927 (Heller 1995). Esta obra pone de manifiesto la crítica del alemán a la corriente neokantiana representada por Gerber, Laband y Jellinek (De la Cueva 1995:7), entre otros importantes intelectuales de la época, así como la fuerte crítica a la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen. Es, además, la obra que más cercanía muestra con el decisionismo de Carl Schmitt, como veremos más adelante. Serán precisamente las nociones de soberanía de Hans Kelsen y de Carl Schmitt, contrapuestas entre sí, las que contrastaremos con el concepto de soberanía helleriano con el fin de afirmar la postura única y original de Heller.

2. La primacía del Derecho estatal en el concepto de soberanía de Heller

Heller se refiere a Jean Bodin como el primero en postular la soberanía como una característica del Estado. Rescata como mayor mérito del pensador francés el haber reconocido el problema de la soberanía como la cuestión fundamental de todos los problemas normativos, es decir, como la relación existente entre norma e individualidad (Heller 1995:15). Bodin ha sometido la individualidad estatal a estrictos principios jurídicos, lo que hace notar la raigambre bodiniana de la doctrina de la soberanía helleriana: para él, la soberanía es la cualidad esencial del Estado (Heller 1995:110). Ante el riesgo de destruir la unidad estatal, para Heller es imposible la existencia de dos instancias decisorias en un mismo territorio. Encontramos aquí una importante coincidencia con los planteos de Schmitt al respecto.

La soberanía es para Heller un sinónimo de la absoluta independencia de una unidad de voluntad frente a cualquier otra unidad decisoria universal. La esencia de la soberanía reside en la positivización de las normas jurídicas fundamentales, que de esta manera se convierten en normas jurídicas vinculantes para la comunidad (Heller 1995: 52). Por lo tanto, la positividad jurídica del Estado Moderno no puede existir si éste no es soberano. El gran problema de la falta de un sujeto de soberanía o del no reconocimiento de una *volonté générale* por parte de la doctrina del Estado de su época constituye para Heller un aspecto fundamental a dilucidar. Desde Hegel, la doctrina imperante en Alemania ha definido al Estado como sujeto de la soberanía, y a ésta como cualidad del poder del Estado o de la persona estatal. Pero para Heller, el Estado solamente puede ser sujeto de soberanía si puede ser pensado objetivamente como una realidad volitiva unitaria, es decir, como unidad decisoria (Heller 1995: 59).

En el transcurso del siglo XIX el proceso de secularización del Estado soberano condujo a la degradación del concepto

de soberanía, cuyo sujeto es, según Heller, la *volonté générale* realmente presente y representada (Heller 1995: 96). Este proceso, unido al inmanentismo del Renacimiento, ha dado lugar a la historia de la despersonalización del mundo. En oposición al hombre medieval, el hombre moderno prefirió someterse al poder no influenciado e impersonal de la ley, antes que al poder de una persona. El ideal de la impersonalidad se presenta en el mundo moderno como el principio estructurador del Derecho, plantea Heller (1995: 17). El hombre se siente libre si se encuentra subordinado al Derecho. Por lo tanto, es crucial el problema de la objetivación de la voluntad, es decir, de encontrar la manera de desligar la soberanía del arbitrio de la voluntad personal, dado que toda individualidad debe someterse a una norma jurídica (Heller 1995: 18).

Puesto que en la visión helleriana solamente es posible la vida humana como vida en comunidad, el Estado es el garante tanto de la conservación física como metafísica de la vida. En sintonía con Max Weber, Heller plantea que para evitar conflictos el Estado centraliza la coacción sobre los habitantes de su territorio (Heller 1995: 102); y es en este monopolio de la fuerza que reside la soberanía estatal. No existe otra institución que la estatal capaz de decidir en última instancia, lo cual demuestra que es a través de la institución Estado que se asegura la coordinación de todos los actos sociales dentro de un espacio determinado (Heller 1995: 101).

De acuerdo con Heller, el Estado es formador de poder en cuanto atribuye a ese poder su legitimidad (Treves 1957: 349). Para que el poder del Estado sea tal es necesario que los investidos de poder y los sometidos a él estén convencidos de la legitimidad del mismo de manera permanente; no solamente de modo ocasional, puesto que el poder del Estado no es otra cosa que poder jurídicamente organizado. Podemos afirmar entonces que el Derecho es en Heller formador del Estado porque le atribuye su legitimidad; y el Estado es, a su vez, formador del Derecho en cuanto garantiza éste la certeza de su ejecución y de su significado.

Lo que torna legítimo al poder es el servicio a la justicia. Al anclar la justificación del Estado y de su poder en la realización de la justicia, Heller busca y propone una solución universalista de esos principios legitimantes. Para Heller la justificación del Estado solo es posible a partir de la asunción de la distinción entre lo justo y lo injusto, y esta supone necesariamente una regla o norma de naturaleza jurídica supraordenada respecto del poder del Estado y de su derecho positivo. El Derecho justo, afirma Heller, ordena la parte al todo y el todo a través de la parte (Heller 1983: 247-248).

El concepto de orden social y el elemento decisionista en Heller

Para Heller, el concepto de orden social es un concepto ambiguo. Bien puede definir un determinado comportamiento de los hombres, o bien un orden normativo (Heller 1995: 36). Nuestro autor distingue entre orden de poder o dominación, y orden contractual. Todo orden establecido de manera consciente tiene su fundamento en una unidad de voluntades, y es posible merced a un principio único del cual surgen las normas individuales. Para el orden de poder es característica la existencia de una instancia de decisión universal y duradera (Heller 1995: 37). El poder significa mandar, dar órdenes (*befehlen*); pero cuando la decisión involucra al hombre, se involucra a su vez la facultad humana de juzgar. Por ello, un orden natural impersonal no posee la capacidad de ejercer la función decisoria, sino que deben ser siempre personas las que deciden; “hombres sujetos a sus contextos individuales y sociales de tiempo y espacio” (Heller 1995: 38). Al no ser posible el poder sin mandato individualizado, tampoco es posible el poder sin instancia decisoria, la cual se forma a través de la voluntad histórico-individual de los hombres. Dominar es ordenar de manera efectiva, encontrando obediencia. La dominación presupone, por lo tanto, una instancia decisoria efectiva (Heller 1995: 40). El contrato surge de una unidad de

voluntad capaz de individualizar una norma dentro del orden social, por lo cual Heller concluye que la unidad decisoria provista de voluntad es condición necesaria para la existencia de ambos tipos de orden, tanto del poder como el contractual. La falta de comprensión de las diferencias entre ambos, aduce Heller, ha llevado a la mayoría de los malentendidos con respecto a la cuestión de la soberanía (Heller 1995:41).

Soberanía y Derecho Internacional

El pensamiento contemporáneo destaca el carácter problemático de la voluntad colectiva como sujeto de la soberanía y se inclina hacia posturas pacifistas y económicas, en contra del dogma de la soberanía, reconoce Heller (1995: 30). Es soberana la unidad decisoria que no se encuentra subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y efectiva. Hacia el exterior, el mundo no constituye (ni lo hará en un futuro cercano, según nuestro autor) un orden de poder unitario ni una individualidad de poder. Por lo tanto, actualmente la única posibilidad de convivencia internacional es mediante órdenes contractuales, presuponiendo a las partes como sujetos independientes que no precisan de la aprobación dudosa de un tercero. Los únicos sujetos de poder con la capacidad de cumplir con estas condiciones son los Estados (Heller 1995: 43-44).

De acuerdo con Heller, cualquier visión del Derecho Internacional cuyo punto de partida no sea una pluralidad de unidades de voluntad soberanas, es errada. Puesto que el Derecho Internacional solamente puede existir ante la presencia de, como mínimo, dos unidades territoriales soberanas, el Estado soberano es presupuesto del Derecho Internacional (Heller 1995: 118). En otras palabras: al no existir ninguna norma jurídica internacional que pueda decidir sobre el ser o no ser del Estado, la validez del Derecho Internacional está fundada en la voluntad colectiva de los Estados y en la

validez de las normas jurídicas fundamentales (Heller 1995: 122), siendo a su vez el sometimiento de un Estado a una norma del Derecho Internacional indefectiblemente una decisión de la libre voluntad estatal.

El Derecho Internacional, al igual que todo Derecho, es producto de una unidad cultural y de intereses. Depende de la consistencia de esta comunidad si se logra o no la objetivación de determinadas normas fundamentales éticas y jurídicas a nivel internacional (Heller 1995: 126). El derecho positivo no es soberano, porque necesita legisladores y ejecutores del Derecho para existir. Solamente la soberanía puede garantizar la *soluta potestas*. Las normas del Derecho Internacional, como el principio de la igualdad entre los Estados o el principio de *pacta sunt servanda*, solamente pueden ser positivizadas por tratados tácitos o explícitos provenientes de sujetos del Derecho Internacional libres y en igualdad de condiciones (Heller 1995: 129). Es decir, que el Derecho Internacional, contrariamente a lo que sería un Estado Mundial, se realiza exclusivamente a través de actos estatales soberanos (Heller 1995: 155), ya que no conoce una instancia decisoria con validez general. Tampoco puede existir una unidad decisoria universal mientras subsistan los Estados soberanos, debido a que son los Estados quienes delegan a través de sus actos de voluntad algunas competencias al Derecho Internacional - en el caso estudiado por nuestro autor, a la Sociedad de las Naciones. Cualquier limitación a la unidad territorial decisoria universal es posible solamente por convenio, siendo el límite para toda instancia internacional la soberanía del Estado (Heller 1995: 160).

3. La negación de la soberanía en Kelsen

La visión del Estado como una autoridad suprema investida de soberanía es rechazada por Kelsen, puesto que para él, “el poder real de inducir a otros que observen determina-

do comportamiento no basta para constituir a una autoridad” (Heller 1995: 160). Quien tiene autoridad ha recibido el derecho a mandar y a obligar, y este derecho es conferido al individuo por un orden normativo solamente. Al ser la soberanía una cualidad de un orden normativo (Kelsen 1995: 456), “sólo un orden normativo puede ser ‘soberano’, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de ‘mandatos’ y que otros individuos están obligados a obedecer” (Kelsen 1995: 456).

Kelsen fundamenta su postura argumentando que “en el orden de la realidad natural no puede haber una causa primera y, por tanto, no puede existir la soberanía” (Kelsen 1995: 457), por lo que no es posible atribuir a un poder físico, que es un poder natural, la soberanía. Para el jurista austriaco, solamente se puede *suponer* que el Estado es soberano. Como la primacía del Derecho Nacional implica que éste se presente como referente, en tanto otorga validez e interpretación relativa a los demás Estados, Kelsen aduce que la soberanía de un Estado excluye la de cualquier otro Estado. Semejante “pluralismo jurídico” (Kelsen 1995: 458) no le resulta viable, porque entonces “la imagen del mundo del Derecho variaría de acuerdo con el Estado que se tomara como base para dicha interpretación” (Kelsen 1995: 458).

Kelsen toma distancia de la filosofía subjetivista, que interpreta al mundo como voluntad y representación del sujeto, lo cual lo acerca a una postura sistémica, en palabras de Ingeborg Maus, al reencontrarse la soberanía negada en los aparatos de Estado (Maus 2011: 103). Plantea la primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Nacional porque sostiene que la igualdad de todos los Estados solo es posible si no se los considera soberanos. Critica en particular que la primacía del Derecho Nacional excluiría a los Estados de ser sometidos a la jurisdicción de una Corte Internacional, como también la posible incompatibilidad de la Constitución de un Estado con tratados internacionales. Finalmente, Kelsen con-

cluye que no es posible responder a tales cuestiones partiendo desde la soberanía de manera deductiva, “sino sólo en virtud de un análisis del derecho positivo” (Kelsen 1995: 461).

La crítica de Heller a Kelsen

Para Heller, las doctrinas generales de Kelsen caen en el error de creer que el Estado puede ser estudiado independientemente de tiempo y lugar. Conciben al Estado como algo fijo, invariable e independiente de las condiciones temporales (Treves 1957: 346).

La crítica de Heller al formalismo de Kelsen posee analogías con la crítica que efectúa Schmitt, pero se opone a la reducción schmittiana del Estado a una mera decisión política (Treves 1957: 357). Sostiene la necesidad de referirse a estructuras conceptuales cuya existencia no puede ser negada, aun cuando solamente tengan un valor relativo. Critica, sobre todo, la falta de un sujeto ante el vaciamiento de contenido jurídico del concepto de soberanía en Kelsen, así como en los escritos del pensador holandés Krabbe. Incluso establece una diferencia entre ellos: mientras que, según Heller, en Krabbe todavía se encuentra un resto de voluntad soberana, en Kelsen toda noción de sujeto desaparece ante una radical despersonalización de la visión de mundo jurídica (Heller 1995: 21). Ambos, tanto Krabbe como Kelsen, niegan la soberanía porque niegan la variedad (*Vielheit*) e individualidad (Heller 1995: 24). Para Kelsen, el Estado y el orden jurídico son idénticos. Mientras Kelsen pretende deducir la validez de la norma jurídica de abstracciones lógicas, tanto Heller como Schmitt buscan la validez normativa en el acto de voluntad, ya sea individual o colectivo, que se encuentra enmarcado por normas jurídicas fundamentales.

El juridicismo normativista de Kelsen toma la norma como causa fundamental, y desconoce los factores decisorios que causan esa norma. La norma precede a la decisión y al

poder, puesto que el positivismo de Kelsen no tiene positivización (Heller 1995: 53-54). De acuerdo con Kelsen, la soberanía del Estado no puede ser estudiada desde la realidad empírica, sino que se debe partir de un orden normativo (jurídico) supremo, no derivado de un orden superior (Vita 2012: 9).

Kelsen predice la aparición de una *civitas máxima*, objetiva, independiente y supraestatal, la cual se impondrá cuando sea superado el dogma de la soberanía de los Estados. Esto implica el planteo de una Teoría del Estado sin Estado.

4. El concepto schmittiano de soberanía

La soberanía es, en el pensamiento de Schmitt, fuente de Derecho. El poder soberano, al servicio de la creación del orden, pertenece a “quien decide sobre el estado de excepción” (Schmitt 2009: 13). El concepto de soberanía en Schmitt no define a la situación normal, sino que hace referencia a una situación límite (Schmitt 2009: 13). Cumple un rol importante porque representa la independencia tanto existencial como normativa de quien posee la autoridad de decidir. Debido a que la norma general no es capaz de captar la situación excepcional, y que por lo tanto tampoco puede fundamentar una decisión sobre ésta, Schmitt considera la decisión sobre el estado de excepción en un sentido excelso y autorreferencial. Focaliza su atención en el debate que existe respecto a su aplicación práctica. El soberano es quien crea el orden jurídico desde la nada normativa (Schmitt 2009: 38), porque antes de la norma está la decisión, sobre la cual se asienta todo orden jurídico. Mediante la decisión soberana, el soberano crea el orden necesario para la existencia del Estado y del Derecho (Mehring 2006: 26).

En el pensamiento schmittiano, el estado de excepción y la soberanía se encuentran estrechamente vinculados. Ambos forman parte de una definición con precisión jurídica, que no parte desde el concepto de poder (Habfast 1998: 118).

El soberano se ubica por fuera del orden jurídico vigente, pero al estar a cargo de la decisión sobre la suspensión o no de la Constitución, sigue perteneciendo a él. La Constitución, por su parte, solamente puede establecer quién debe o puede actuar en tal caso. El mediador necesario entre un orden normativo puro y la realidad de la vida social es un acto de voluntad, una decisión fundada en sí misma que impone un orden (Zizek 2011: 35). Lo que importa es el acto de decisión como tal, independientemente de su contenido. Aquí reside la esencia de la soberanía estatal en tanto monopolio de la decisión.

Al igual que Heller, Schmitt se remonta al concepto de soberanía de Bodin, en este caso para demostrar la relación entre el concepto de soberanía con el de excepción. El gran mérito bodiniano, en palabras de Schmitt, fue el haber introducido la decisión en el concepto de soberanía, ajustándose a la situación concreta “*selon l'exigence des cas, des temps et des personnes*” (Cit. en Schmitt 2009: 15). La atribución de suspender el orden vigente es la principal característica de la soberanía. Ella tiene la función de definir en qué consisten el orden y la seguridad públicos, cuyas características varían según qué tipo de autoridad decide sobre ellos. Cada orden se basa en una decisión, no en una norma, y esto incluye también al orden jurídico (Schmitt 2009: 16).

En el caso excepcional, está claro para Schmitt que el Estado sigue existiendo mientras que el Derecho se retrae. Permanece vigente un orden, que ya no es el orden jurídico, pero que tampoco es el caos o la anarquía. La existencia del Estado demuestra en este caso su superioridad sobre la vigencia de la norma jurídica. La decisión se libera de la norma y se convierte en absoluta. De la misma manera en que la decisión se reduce al mínimo en caso de normalidad, la norma es anulada en caso de excepción. No existe norma alguna aplicable al caos, sino que la norma necesita de un orden previamente establecido para poder tener sentido (Schmitt 2009: 16).

La crítica de Carl Schmitt al positivismo jurídico

Durante el período de Weimar Schmitt, en su crítica al método de las ciencias empíricas, se dirigió especialmente en contra del positivismo jurídico de Hans Kelsen.¹ Schmitt afirma que el jurista austríaco encuentra el criterio de veracidad de la decisión en la aplicación concreta de la norma jurídica positiva y de este modo subsume la situación particular a una regla general. Por el contrario, para Schmitt el quiebre entre la norma general y la realidad específica, el momento de crisis, debe ser aislado para su análisis y utilizado como punto de partida de una revisión metódica. La visión de Kelsen es una visión orientada estrictamente hacia el Derecho, objeto al cual se accede por métodos exclusivamente jurídicos (Lepsius 2008),² mientras que Schmitt parte de argumentos fundamentalmente políticos. El poder y su capacidad de ejercerlo es un factor elemental en el pensamiento de Schmitt, no así en el de Kelsen, quien ubica al Derecho por encima del poder. Para Schmitt, el conflicto es fundamento de lo político, y el soberano es quien define al enemigo y decide sobre el estado de excepción.

La crítica de Schmitt a Kelsen se dirige principalmente al protagonismo que Kelsen le otorga al Derecho por encima del poder y la soberanía y a su visión ahistórica de la soberanía y del Estado, ajena al contexto cultural y social particular de la unidad política. Schmitt busca la validez normativa en el acto de voluntad, ya sea individual o colectivo.

1. La crítica schmittiana al positivismo de Kelsen está reflejada en sus obras principales anteriores a la década de 1930, entre las que se destacan *Politische Theologie* (1922); *Verfassungslehre* (1928); *Legalität und Legitimität* (1932).

2. Texto publicado originalmente en 2003 bajo el título: Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre. En Gusy, Christoph (ed.) *Weimars lange Schatten - "Weimar" als Argument nach 1945*. Baden-Baden: Nomos (pp. 354-394).

El modelo racional normativo de Kelsen es de un racionalismo que resume la riqueza de la realidad social y política a la realidad del derecho positivo y pone al Derecho como causa de la sociedad. Pero desde el punto de vista schmittiano, lo normativo no puede desvincularse de lo que se traduce en el plano empírico de las conductas. Al negar la soberanía, el normativismo no es capaz de proporcionar herramientas jurídicas para la superación del estado de excepción, afirma Schmitt.

La postura ambivalente de Heller con respecto a Schmitt. Acercamiento y críticas

Schmitt atribuye a la doctrina de la soberanía del Estado la pretensión de “hipostasiar una unidad ficticia, haciendo de ella el sujeto real de una fuerza real”, cita Heller de *La Dictadura* (Heller 1995: 66). Continúa: “Si la soberanía es realmente el poder supremo en el Estado, y en verdad lo es siempre que la Constitución no hace una división o delimitación absoluta del poder, entonces el ordenamiento jurídico comprende únicamente el contenido de la ejecución y nunca el contenido de la sustancia misma del poder. La pregunta respecto de quién decide de los casos no considerados en el ordenamiento jurídico es la verdadera pregunta acerca de la soberanía” (Heller 1995: 66). El decisionismo de Schmitt se opone a la doctrina que cree en la racionalidad de la ley. Heller destaca que la crítica de Schmitt a esta doctrina ha puesto en relieve su incapacidad jurídica y que le ha servido de modelo (Heller 1995: 66), si bien critica la analogía que hace Schmitt entre el significado del estado de excepción para la jurisprudencia y el milagro para la teología (Schmitt 2009: 37) porque Dios no dispone solamente de milagros, sino que actúa sobre el orden natural, que es tan milagroso como lo es su rompimiento (Heller 1995: 68). Heller, por lo tanto, le reconoce a Schmitt el haber comprendido que el problema de

la soberanía es el problema de la decisión tomada por una individualidad de voluntad, pero considera que ni el pensador de Plettenberg, quien ve al Estado como una dictadura voluntarista, como tampoco Kelsen, cuya escuela no comprende el significado esencial de la decisión individual para el derecho positivo, han podido descubrir una unidad de voluntad como sujeto de la soberanía.

Por otra parte, en consonancia con Schmitt, Heller considera a todos los conceptos jurídicos como imágenes de los procesos sociales reales, y afirma que sin la referencia directa a los acontecimientos empíricos la jurisprudencia se perdería en los conceptos abstractos (Heller 1995: 97). Una persona jurídica no puede ser construida sin la existencia de una unidad de voluntad real (Heller 1995: 98). Pero el concepto de decisión no debe ser reducido a la solución de conflictos mediante la aplicación del Derecho existente. El Estado debe asegurar un orden mínimo para cumplir con su función decisoria, pero si rehusara a decidir sobre un conflicto, arrojaría la decisión a la guerra civil y se disolvería a sí mismo. Heller agrega que incluso Jellinek ha admitido que el poder del Estado no se agota en el derecho positivo. Por lo tanto, es soberano quien decide en el estado de normalidad en base a la Constitución, escrita o no, y continúa ejerciendo la decisión mediante la conservación de la validez constitucional. Y, en consecuencia, y aquí Heller coincide con Schmitt nuevamente, solamente quien decide sobre el estado de normalidad decide jurídicamente también sobre el estado de excepción, incluso *contra legem* (Heller 1995: 104). En caso de extenderse el estado de excepción, la decisión podría derivarse al pueblo mediante el plebiscito. La soberanía, expresión simbólica del acto de voluntad que constituye la instancia decisoria del Derecho y del poder en un territorio determinado, e indisoluble en el derecho positivo (Heller 1995: 105-106) no puede localizarse en ninguno de los representantes individuales. Heller deduce el Derecho a partir de la soberanía, lo que le permite tema-

tizar las consecuencias jurídico-constitucionales de la soberanía del pueblo (Maus 2011:103).

5. Conclusiones

Considerando lo expuesto podemos afirmar que en el pensamiento de Heller todo sistema jurídico presupone la soberanía. Ella existe solamente donde hay una unidad universal de decisión y acción que garantiza la validez de las normas jurídicas dentro del marco de las normas jurídicas fundamentales.

Los tres pensadores estudiados comparten la búsqueda de una forma de acotar o, en el caso de Kelsen, de erradicar la guerra como forma de interacción entre los Estados. Para Heller, solamente los Estados pueden crear Derecho Internacional y ser sujetos originarios de éste. Al mismo tiempo, el Estado en su calidad de soberano que decide en última instancia, cuyo gobierno representa al pueblo que lo constituye, cumple la función de mediar como unidad política independiente entre la nación y la comunidad internacional de la cual es parte. Es factor fundamental para la soberanía del Estado su autonomía en la toma de decisiones. Por lo tanto, existe una sujeción –voluntaria– de los Estados al Derecho Internacional Público, pero no al ordenamiento jurídico de otro Estado. La soberanía, en Heller, es del Estado.

Carl Schmitt comparte estos presupuestos, aunque su concepto de soberanía implica elementos de la teología política y un análisis existencialista. El conflicto es considerado por Schmitt como fundamento de lo político, que afirma la soberanía mediante la capacidad de definir al enemigo y de decidir sobre el estado de excepción. El pensamiento de Schmitt se distingue por su fuerte elemento telúrico-espacial, así como componentes que fundamentan una democracia plebiscitaria basada en la homogeneidad del pueblo como alternativa frente a las tendencias universalistas que observa. La soberanía, para Schmitt, se encuentra en el Estado.

Para Heller la soberanía es la capacidad de una unidad territorial de decisión y acción de afirmarse de manera absoluta aun en contra del Derecho. El concepto de soberanía no pierde su carácter absoluto por obligaciones internacionales existentes. Justamente porque el derecho del Estado soberano a la autoconservación es indispensable para la validez del Derecho, es el límite de la validez de todo Derecho, lo cual no significa que el Estado se imponga en todos los casos particulares.

A diferencia de Kelsen, Heller subordina el Derecho Internacional al Derecho Nacional, debido a que éste prevalece en caso de conflicto y constituye el fundamento del primero. Mientras que Kelsen es monista en cuanto al Derecho Nacional e Internacional, Heller tiene una visión dualista. Sin embargo, Heller no niega su validez. Schmitt, en cambio, no reconoce ningún Derecho Internacional, como expone en *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* (Schmitt 1988b), donde esquematiza las posibles consecuencias de la crisis letal del Estado.

Como todo Derecho –incluso el Derecho Internacional– puede ser reducido al Derecho del Estado soberano, cualquier tratado internacional es inviable si no cuenta con la aprobación de todos los Estados involucrados. Al igual que Schmitt, Heller parte del presupuesto de la pluralidad del orden internacional. Esto significa que dicho orden se compone necesariamente de un mínimo de dos Estados soberanos, autónomos en sus decisiones efectivas sobre su propio territorio. Concluimos entonces que Heller ocupa una postura intermedia entre el voluntarismo existencialista que representa Schmitt y el marco teórico-jurídico en extremo abstracto que postula Kelsen.

La actualidad de los escritos de Hermann Heller

El aporte de Heller a la Teoría del Estado y a la Filosofía Política es inmenso. Además de brindar herramien-

tas teóricas y conceptuales para el estudio de la soberanía, la delegación de soberanía y del principio de subsidiariedad, constituye un marco teórico para los estudios sobre el federalismo, la crisis de la estatalidad y el rol de la soberanía del Estado frente a las entidades financieras internacionales.

De la misma manera en que en las décadas de 1960 y 1970 Heller ofreció un complemento actualizado a la teoría de la integración de Smend (Lepsius 1008: 271), Heller se estableció en el ámbito de la Teoría del Estado alemana de postguerra como un teórico del Estado inmune a toda sospecha ideológica y como inspirador de la socialdemocracia. Wolfgang Abendroth ha elaborado una teoría socialdemócrata basada en sus escritos. Horst Ehmke, Peter Häberle y Gerhard Robbers por otra parte, han destacado el aporte de nuestro autor a la interpretación de la Constitución desde un punto de vista variado y tópico, así como desde los estudios culturales. Además, Ernst Wolfgang Böckenförde reconoció la relevancia de la Teoría del Estado helleriana para la elaboración de un Derecho estatal postpositivista y para el desarrollo de la cultura política en democracia (Vesting 1992: 161).

La concepción de soberanía que postula Heller ha sido precursora de la concepción alemana de soberanía y del orden internacional de la Alemania de postguerra. Prevalece aun hoy en los fundamentos de la Unión Europea. En el Tratado de Maastricht, en vigor desde 1993, el pensamiento de Heller se encuentra presente, por ejemplo, frente al dilema entre unidad y pluralidad, ya que reivindica del sistema parlamentario la posibilidad de discusión. Según constata Ingeborg Maus, la superioridad de la soberanía del pueblo por encima del Derecho lleva a Heller a proclamar al Parlamento como instancia unificadora soberana, representante del pueblo, pese a la negativa originaria de Heller a considerar la posibilidad de soberanía de órganos estatales (Maus 2011: 104).

También vemos reflejadas las ideas hellerianas en la validez de los tratados como forma de interacción entre partes soberanas, independientes de una entidad superior. La actualidad de los aportes de Heller se destaca asimismo en la discusión sobre el concepto de soberanía en el marco de la UE, vista como “Kompetenz-Kompetenz”, o la competencia de una unión de Estados de otorgar competencias en forma de delegación de atribuciones sobre ciertas materias, en vistas del actual debilitamiento de la soberanía del Estado en cuanto a su poder de decisión autónomo ante el conflicto. En especial, se torna actual la problemática frente al avance de entidades supraestatales que no poseen - aún - el monopolio de la fuerza; es decir, que no constituyen un Estado Mundial. Es mérito de Heller el haber planteado que el Derecho se sustenta en el poder que hace vinculante al ordenamiento jurídico; poder que presupone la existencia de una comunidad autosuficiente en el ámbito internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Carabajal Contreras, M./La Madrid, M. de (1995). Presentación. En Heller, H.: *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica (pp. 6-7).
- De la Cueva, M. (1995). Estudio preliminar. En Heller, H.: *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica (pp. 7-76).
- Gómez Orfanel, G. (1986). *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Habfast, U. (1998). *Das normative Nichts der Entscheidung. Eine Studie zum Dezisionismus in den frühen Schriften Carl Schmitts*. Frankfurt/Main: Johann-Wolfgang-Goethe-Universität.

- Heller, H. (1926). *Krisis der Staatslehre: Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, pp. 289-316.
- Heller, H. (1983). *Staatslehre*. Tübingen: Mohr.
- Heller, H. (2009). *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. Saarbrücken: Classic Edition.
- Heller, H. (1995). *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: UNAM.
- Lepsius, O. (2008). El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal: *Historia Constitucional* 9, pp. 259-295.
- Maus, I. (2011). *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*. Berlin: Suhrkamp.
- Mehring, R. (2006). *Carl Schmitt zur Einführung*. Hamburg: Junius Verlag.
- Schmitt, C. (1988). *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1988b). *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1993). *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (2009). *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Vesting, Th. (1992). Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft? Zu Hermann Hellers Idee einer politischen Organisation der Gesellschaft. *Der Staat* 31, Hamburg, (pp.161-186).
- Vita, L. (2012). Soberanía y derecho internacional en el pensamiento jurídico de Weimar. *Journal of International Law* 03 (1), Colombia.
- Vita, L. (2014). *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*. Buenos Aires: Eudeba.
- Treves, R. (1957). La doctrina del Estado de Hermann Heller: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, (pp. 341-364), <http://www.juridicas.unam.mx>.

- Zizek, S. 2011. Carl Schmitt en la era de la post-política. En Mouffe, Ch. *El desafío de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Prometeo (pp. 35-60).

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2015

Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2015