

Fuerza y estructura del Estado. Una aproximación crítica al Estado del siglo XX

ANTONIO RIVERA GARCÍA*

Resumen: En este artículo, el autor analiza tres versiones del concepto de Estado: el Estado del realismo político, el Estado de Derecho liberal (Hans Kelsen) y el Estado social de Derecho (Hermann Heller). A pesar de sus diferencias, las tres nociones coinciden en subrayar el carácter unitario, centralizado y total del Estado. Por esta causa resultan inapropiadas para pensar las formas políticas contemporáneas, caracterizadas por ser complejas y policéntricas.

Palabras clave: Estado de Derecho, soberanía, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller.

Abstract: Der Verfasser befasst sich in diesem Aufsatz mit drei verschiedenen Formen des Begriffes vom Staat: der Staat des politischen Realismus, der liberalen Rechtsstaat (Kelsen) und der sozialen Rechtsstaat (H. Heller). Obwohl die drei Begriffe nicht dieselbe Bedeutung haben, stimmen sie bei der Behauptung des totalen, unitarisch und zentralisierten Charakter des Staates. Aus diesem Grund sind sie nicht geeignet für eine Reflektion über die hochkomplizierte und polizentrische zeitgenössische politische Formen.
Stichwörter: Rechtsstaat, Souveränität, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller.

En la época de la globalización, asistimos a la victoria de los conceptos móviles y fluctuantes de sociedad y mercado global sobre el concepto de Estado, a la victoria de la economía sobre la forma política moderna, y a la multiplicación de los sujetos políticos. Ya no sólo concurren en el ámbito internacional los Estados soberanos, sino también nuevos sujetos con estatuto público como la Unión Europea, o con estatuto privado como las empresas transnacionales, las organizaciones no gubernamentales y demás modalidades embrionarias de sociedad civil cosmopolita. Por tanto, parece indudable que hoy el concepto moderno de Estado ha entrado en crisis, y que la noción central de la moderna ciencia política ya no es la sociedad estatal, sino un poder muy heterogéneo.

El concepto de Estado, como todos los conceptos modernos, se caracteriza por su complejidad y multiplicidad de significados. Por un lado, *stato* es un concepto estático que surge antes como un factor que como un índice de la realidad social, pues se forja conceptualmente en una época de inestabilidad o de guerras civiles, la de Maquiavelo y Hobbes, en la que todavía no existe; en un período en el que, tras la disolución de las organizaciones políticas medievales, desde el Imperio hasta las pequeñas repúblicas y ciudades libres, se aspira a alcanzar un nuevo orden, una nueva estabilidad. Desde este punto de vista, Estado alude a la permanencia y a la conservación del ordenamiento social y jurídico. Se trata así de una nueva forma política que, a pesar de ser artificial o creada por el hombre, se ha de caracterizar por tener una vocación intemporal. Mas, por otro lado, es un concepto

Fecha de recepción: 18 junio 2002. Fecha de aceptación: 26 septiembre 2002.

* Dirección: Dpto. de Filosofía, Universidad de Murcia, Campus de Espinardo, 30100 Murcia. E-mail: anrivera@um.es

dinámico que engloba las cambiantes relaciones de poder, así como todos los procesos políticos que afectan a una determinada población y dentro de un concreto territorio. Como resulta casi obvio decir, población, territorio y poder de dominación (*Herrschersgewalt*) son los tres elementos que no faltan en casi ninguna definición de Estado.

En las páginas siguientes intentaré aproximarme a las dos maneras más importantes de entender el Estado del siglo XX, hoy en crisis, sirviéndome de las obras de los grandes juristas europeos, especialmente alemanes, de la primera mitad de este siglo, esto es, de los Schmitt, Kelsen o Heller. La primera concepción resalta la fuerza del Estado, y por eso concede una gran importancia al concepto subjetivo de soberanía; mientras que, para la segunda, la persona estatal es principalmente un concepto jurídico o una estructura objetiva dentro de la cual se disuelve la fuerza y la soberanía. El Estado soberano del realismo político y el Estado de Derecho liberal, el decisionista Carl Schmitt y el formalista Hans Kelsen, pueden en cierto modo representar cada una de estas tendencias. Mas, a pesar de sus diferencias, ambas teorías conducen a un Estado *total*, en el sentido de que a esta entidad jurídica y política se subordinan todas las relaciones humanas. Tampoco escapa a este peligro el Estado social de Derecho de Hermann Heller, el cual será descrito, en el tercer apartado de este artículo, como una síntesis fallida de las versiones voluntarista y normativista de la persona estatal. Acabaremos poniendo de relieve que la *globalización*, para bien o para mal, cuestiona el Estado unitario y total que ha imperado a lo largo del siglo XX.

1. El Estado como fuerza: la concepción realista

Autores tan conocidos como Max Weber, Otto Mayer, Maurice Hauriou o Carl Schmitt ven en el Estado una institución (*Anstalt*), un establecimiento, un orden de órdenes o un conjunto de medios materiales y personales al servicio de un soberano, el cual tiene la misión o la idea directriz de hacer efectiva la homogeneidad nacional, esto es, de crear un pueblo cohesionado. Con tres notas podríamos sintetizar esta posición:

En primer lugar, la soberanía, encarnada en un representante individual (autocracia) o colectivo (democracia) y entendida como una *potentia absoluta* no sometida a ningún límite jurídico, constituye el elemento o la nota esencial de la «máquina inalterable del Estado». El soberano, la persona natural o artificial que constituye la instancia decisoria universal del derecho y del poder en un territorio determinado, puede en los casos de necesidad, esto es, en las situaciones de crisis derivadas de una intolerable desigualdad o heterogeneidad social, actuar aun en contra del derecho. En esta noción de Estado se subraya más la fuerza, el elemento subjetivo y directivo del poder soberano, el monopolio de la violencia legítima por la voluntad soberana y las relaciones verticales de mando y obediencia, que el elemento objetivo, funcional o los fines a los cuales sirve el Estado. Pero, además, se considera que la categoría de la subjetividad, de la voluntad de poder, resulta fundamental para comprender el tiempo histórico de la modernidad. Desde este enfoque, todos los conceptos modernos giran siempre en torno a la voluntad, ya sea general o del pueblo si se trata de una teoría republicana, ya sea del príncipe o del representante soberano si se trata de una teoría absolutista.

En segundo lugar, la *Überperson* o *Übermensch* del Estado no merece el calificativo de persona jurídica porque no existe un ordenamiento jurídico supraestatal o superior que limite las decisiones adoptadas por el órgano o representante soberano del Estado. En realidad, el derecho no sirve para crear la institución estatal, sino, al revés, es dicha institución la que garantiza la situación de estabilidad necesaria para desplegar las relaciones jurídicas. Y si esto es así, si la soberanía estatal consiste

en una *potentia absoluta* que no se halla limitada por un derecho anterior o superior, está claro que dicha concepción del Estado resulta incompatible con la Unión Europea, con esta nueva forma supranacional de articular las organizaciones políticas territoriales.

Por último, el realismo político conduce a un *Estado total*, dado que no hay ninguna esfera humana que, en principio, esté sustraída a la influencia del poder soberano. Inevitablemente, cuando la idea directriz del Estado consiste en la constitución de una comunidad nacional, el órgano soberano ha de tener competencias suficientes para tomar decisiones en cualquier ámbito de acción social (religioso, económico, cultural, etc.) que genere conflictos y dificulte la aparición de un pueblo homogéneo¹.

2. El Estado como estructura jurídica: el formalismo de Hans Kelsen

En segundo lugar, abordaremos la teoría que concibe al Estado como una corporación o una persona jurídica carente de existencia pre-legal. En este caso, la persona estatal se identifica con el derecho, el sistema o la estructura jurídica. El problema de esta concepción radica en que también aspira a ser *total*, pues el derecho engloba todas las relaciones humanas, hasta el punto de que fuera del sistema no cabe hablar de personas. Sin embargo, para la teoría del Estado-corporación, la soberanía no constituye una característica esencial. El poder supremo tan sólo aparece como una *potentia ordinata*, como un poder ordenado por el derecho, que se disuelve en una estructura o en una red múltiple de obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos.

Desde este segundo punto de vista, el Estado se reduce a derecho, a un simple conglomerado de normas. Según Kelsen, el más grande junto a Jellinek de los iusformalistas², el concepto de *Rechtstaat* es una tautología, ya que no hay Estado sin ordenamiento jurídico, ni actividad estatal que no tenga la forma de acto jurídico. Por otra parte, sólo los ámbitos relativos y subjetivos del deber ser, la ética o la política, y no la ciencia jurídica, la filosofía del derecho o el campo objetivo del ser, pueden suministrar razones para justificar una determinada Constitución o persona estatal en lugar de otra.

Los tres conceptos fundamentales de toda teoría política, persona, pueblo y Estado, son, a juicio de Kelsen, ficciones jurídicas que no tienen existencia fuera del ordenamiento jurídico. El austriaco nunca confunde el artificio jurídico de la persona física con la noción biológica, fisiológica y psicológica de hombre, y por eso no ve ninguna razón jurídica para rechazar los ordenamientos que no reconocen a todo individuo la condición de persona. Trasladada al ámbito político, la diferencia entre hombres y personas implica reconocer la existencia de hombres que no son ciudadanos. Todos sabemos que durante mucho tiempo hubo sistemas políticos, incluso republicanos, que admitieron la esclavitud; pero, además, en la época del Estado-nación, todavía la nuestra, hombre y ciudadano siguen, a pesar de las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, sin coincidir. El extranjero o el inmigrante continúa siendo el principal obstáculo para alcanzar una globalización jurídica.

La *persona* del formalista sólo sirve para desdoblar el objeto del derecho. Así, las normas jurídicas comprenden, por un lado, un elemento material u objetivo, esto es, toda una serie de obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos; y, por otro, un elemento personal o subjetivo, es decir,

1 Sobre este punto tan esquemáticamente desarrollado, me remito a mi artículo «La ciudad y la soberanía», *Res publica* (Murcia), nº 4, Diciembre 1999, pp. 35-60.

2 G. Jellinek: *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1981.

un conjunto de personas a las cuales se imputa tales elementos objetivos. Por esta razón, la persona se transforma en el centro de imputación de una pluralidad de deberes, derechos subjetivos y responsabilidades. Si nos referimos a una persona física, nos encontramos con un centro de imputación que reúne todas las normas aplicables a un mismo individuo; si se trata de una persona jurídica, y la más importante es el Estado, nos encontramos con un centro de imputación que condensa toda una serie de preceptos aplicables a un colectivo de sujetos individuales³.

Kelsen distingue dos tipos de persona jurídica: la asociación y el Estado⁴. Mientras la primera personifica un orden jurídico parcial (designa, en el fondo, la unidad de los estatutos de una sociedad), el Estado personifica, en cambio, el orden jurídico *total*. Asimismo, una persona jurídica sólo puede ser un Estado si posee toda una serie de órganos especializados en establecer y aplicar las normas. Ésta es la razón, la falta de un órgano central encargado de crear las normas y de asegurar su aplicación, por la cual la comunidad internacional o supraestatal no ha configurado nunca un Estado. De todas formas puede resultar paradójico, como veremos enseguida, que, para el formalismo jurídico, los déficit del derecho consuetudinario de las sociedades primitivas y del derecho internacional radiquen precisamente en la ausencia de *fuerza*.

En cuanto al pueblo, también se trata de un ficción que sólo tiene realidad en el mundo del derecho, allí donde se hace uniforme la conducta de un número elevado de individuos. Fuera del Estado, o desde un punto de vista sociológico, el pueblo adquiere el aspecto de una aglomeración de grupos, y no de una masa compacta de naturaleza homogénea. Kelsen alude nada menos que al *Zarathustra* de Nietzsche para denunciar la monstruosa mentira del Estado, «el más glacial de los monstruos», que declara ser el pueblo⁵. Por tanto, si el concepto homogéneo de pueblo constituye una ficción jurídica, y no una realidad política, resulta comprensible que el jurista vienés considere al relativista régimen de la democracia parlamentaria el más adecuado para gobernar la heterogénea y plural masa del pueblo.

Mientras el realismo político, cuyo Estado se condensa en fuerza o soberanía, contempla la modernidad como una época marcada por el principio de la subjetividad, el formal y liberal Estado de Derecho constituye, por el contrario, el resultado de un largo proceso de despersonalización del mundo; al final del cual la fuerza deja su lugar a la estructura jurídica, y el espíritu o la norma triunfa sobre la naturaleza, la voluntad personal y la soberanía. Desde este segundo enfoque, el hombre moderno prefirió someterse al poder impersonal de la ley, antes que al poder de una persona. Las raíces de la despersonalización —escribe Hermann Heller, uno de los principales críticos del formalismo jurídico— «se hunden asimismo en la época del Renacimiento. Es la fe despersonalizadora en la ley la que es dado encontrar tanto en Kepler, Galileo, Gassendi y Grocio como en Voltaire, Saint-Simon, Kant y Marx. En lo ético-político reza la máxima: El hombre es libre cuando no debe obedecer por más tiempo a hombres, sino solamente a leyes. Pero cada vez se entiende menos por ley la voluntad de un Dios personal o de un monarca por la gracia de Dios, que la norma que se alza sobre toda volun-

3 H. Kelsen: *Reine Staatslehre. Einleitung in die rechtswissenschaften Problematik*, Viena, Deuticke, 1934.

4 *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934.

5 F. Nietzsche: *Así habló Zaratustra*, Madrid, Alianza, 1972, p. 82. «Es una ficción que se pretenda reemplazar la unidad de una pluralidad de actos humanos constituida por la ordenación jurídica del Estado, que es lo que denominamos *pueblo*, por un conjunto homogéneo de hombres, y presumir así que todos los seres humanos [...] sean quienes forman aquel elemento del Estado con la integridad de su naturaleza. Esta ilusión es la que destruye Nietzsche en su *Así hablaba Zaratustra* al señalar el nuevo ídolo con las palabras: "El Estado es el más glacial de los monstruos. Miente fríamente, y de su bondad sale esta falacia: Yo, el Estado, soy el pueblo."» (H. Kelsen: *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934, p. 32).

tad y sobre todo arbitrio»⁶. El ideal de impersonalidad, que, a juicio de Heller, «es un residuo del derecho natural de la *Aufklärung*»⁷, se presenta así como el principio estructurador del Estado.

El moderno *Rechtsstaat*, surgido de la oposición liberal al personalismo de la monarquía absoluta⁸, pretende objetivar la voluntad de poder, la fuerza; es decir, aspira a que «toda individualidad, sin excepción, esté sometida a una norma jurídica»⁹. El holandés Krabbe resumía perfectamente esta tesis en su obra *Moderne Staatsidee*: «En nuestra época, ya no vivimos bajo el dominio de personas, sean naturales o jurídicas, sino bajo el dominio de las normas o, lo que es igual, de fuerzas espirituales»¹⁰. Por eso, tanto el gobernante como el gobernado deben obedecer a una competencia objetiva, y, en consecuencia, se hallan subordinados a un orden legal impersonal. Heller añadía que la división de poderes, la idea de democracia, la doctrina de la corporación y la teoría de los órganos del Estado, permiten concebir a la voluntad estatal como una voluntad limpia de toda subjetividad, «como una norma autónoma y objetiva, en la que no desempeña función alguna el arbitrio individual»¹¹. Evidentemente, en estas circunstancias, cuando la independencia y supremacía pasan a ser cualidades de la norma y no de la voluntad, la soberanía pierde su sustancia y se convierte en un concepto prescindible¹².

Sin embargo, no basta con negar el carácter esencial de la soberanía para que ésta desaparezca. Indudablemente, la *Grundnorm* neutraliza la voluntad soberana del Estado; pero, como la estructura no puede sostenerse sin fuerza, el formalismo o estructuralismo jurídico de Jellinek y Kelsen conduce en la práctica a lo contrario de lo que pretendía inicialmente. La esencia unitaria y total del Estado, el hecho de que, como indica Jellinek, siempre exista un órgano constitucional supremo cuya misión consiste en poner fin a los posibles conflictos entre los órganos estatales, o de que, como sostiene Kelsen, cualquier norma dependa de la *Grundnorm*, facilita, en suma, la encarnación real de la persona jurídica en un representante soberano encargado de expresar la voluntad estatal o de elaborar la Constitución. El formalista reta sin saberlo al decisionista para que encuentre una encarnadura mortal al Estado concebido, ciertamente, de forma abstracta y jurídica, pero también dotado de un poder unitario y sin fisuras¹³.

6 H. Heller: «¿Estado de Derecho o dictadura?» (1929), en: *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, p. 286.

7 *La soberanía* (1927) [LS], México, FCE, 1995, p. 90.

8 Heller y Schmitt ven en la tendencia impersonal de los formalistas Krabbe y Kelsen, pero también de los organicistas Gierke y Preuss, una reacción contra el absolutismo que atribuyó la soberanía al gobierno y no al Estado. Cf. C. Schmitt: *Teología Política* (1922), Cultura Española, Madrid, 1941, pp. 65-66; LS, p. 162.

9 LS, p. 86.

10 Cit. en LS, p. 89. Krabbe, en su obra *Lehre der Reichssouveränität*, reemplaza la soberanía del Estado por la soberanía impersonal del derecho. Por ello, según Heller, el jurista holandés es uno de los últimos representantes del *derecho natural formal*, si bien no es tan formalista como Kelsen; pues, como considera que los «principios de razón democráticos y liberales aparecen como evidentes *a priori* y suficientemente concretados», «todavía llena la forma jurídica iusnaturalista con un contenido de derecho natural material.» (*Teoría del Estado [TE]*, México, FCE, 1985¹¹, p. 215). Una crítica similar a Krabbe, encontramos en C. Schmitt: o. c., p. 55.

11 LS, p. 87.

12 En los años veinte, Kelsen trata el problema de la soberanía sobre todo en dos obras: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1928, y en *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, Tübingen, 1922. Sobre este tema, véase F. M. Nicosia: *Il sovrano occulto. Lo «stato di diritto» tra governo dell'uomo e governo della legge*, Milán, FrancoAngeli, 2000.

13 En el siguiente fragmento, en el que G. Husserl critica a Kaufmann, aparece magníficamente expuesta dicha paradoja: «Parecería como si el Estado al momento de organizarse, destruyera la subjetividad jurídica de todas las personas incluidas en los límites de su poder, para, inmediatamente después, revivirlas artificialmente en la medida en que convenga a sus fines mediante un soplo de su voluntad.» (*Rechtskraft und Rechtsgeltung*, cit. en LS, p. 200).

Las contradicciones de la teoría pura del derecho son muy evidentes. La mayor de ellas se percibe cuando el formalista Kelsen señala que el derecho, en contraste con la moral y otros órdenes normativos, «aparece como una organización de la fuerza», esto es, como la regulación de la fuerza física necesaria para guiar la conducta humana¹⁴. De este modo, sólo el criterio realista de la eficacia, o más exactamente, sólo el criterio de la obediencia *de facto* garantizada por el monopolio jurídico de los instrumentos coactivos, puede transformar un orden normativo en derecho. Mas entonces, si el derecho se identifica con la fuerza, y el orden normativo ideal (la *Grundnorm*) con la organización real (o con la voluntad estatal dotada de *Herrschersgewalt*), está claro que la norma fundamental de Kelsen se metamorfosea en la fuerza real de una voluntad estatal que no está sometida a normas¹⁵. Se diría, por tanto, que resulta imposible escapar a un concepto de Estado que no esté determinado por la fuerza. Pero, además, parece imposible huir del Estado total. Pues también esta segunda noción estructuralista o sistemática piensa en una *persona*, individual o colectiva, que, al ser transformada en una red de leyes o en un centro de imputación de normas, existe solamente dentro de una asociación, el Estado, que personifica *todas* las normas jurídicas.

3. La síntesis imperfecta de Hermann Heller: el Estado social de Derecho

Hermann Heller pretende superar la escisión entre la concepción sociológica del Estado, la propia del realismo político que reduce la entidad estatal a voluntad y fuerza, y la «logicista o normativa», la que disuelve al Estado en una estructura jurídica. Critica tanto el normativismo de Hans Kelsen por no haber «captado la oposición dialéctica entre derecho y fuerza», como el decisionismo político o la dictadura de la voluntad de Carl Schmitt por «identificar derecho y fuerza»¹⁶. Según Heller, los dos autores incurren en un intolerable *dualismo antidialéctico*; ambos permanecen aferrados a la irreductible oposición entre naturaleza y espíritu, entre voluntad y norma, o entre las fuerzas naturales carentes de sentido y las formaciones ideales de sentido¹⁷. Así, ni la teoría pura del austriaco comprende el significado esencial que tiene la voluntad individual para el derecho positivo; ni el autor de *La dictadura* conoce «el papel decisivo que corresponde a las normas jurídicas fundamentales sobre la individualidad de la voluntad soberana»¹⁸. Por esta razón, Heller afirma en su obra póstuma que el problema cardinal de la teoría del Estado, el de la relación entre voluntad y norma, «sólo puede resolverse, con respecto a la creación jurídica soberana, concibiendo a la voluntad del Estado, también desde el punto de vista de la ciencia de la realidad, como una unidad dialéctica de aquellas dos.» «La autoridad —añade inmediatamente Heller— de la voluntad soberana del Estado, su cualidad de poder supremo, se basa en su *legitimidad*»¹⁹. O en otras palabras, el poder soberano únicamente es legítimo cuando sus decisiones se ajustan a los principios éticos y suprapositivos.

En *Die Souveränität*, Hermann Heller define el derecho positivo como una síntesis dialéctica de ser y deber ser. En concreto, equivale a un conjunto de normas objetivas creadas, conservadas o

14 *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 1960. p. 74.

15 *LS*, p. 189. Heller también subraya en su obra póstuma que la *Grundnorm* kelseniana, la cual «lleva en sí *potencialmente* todas las posibles variaciones de su contenido normativo», «nos remite al arbitrio del legislador real, libre de todo vínculo jurídico-moral, y llega, de esta suerte, en último término, a la identificación de derecho y fuerza, y a la afirmación de que todo Estado es Estado de Derecho». (*TE*, p. 239).

16 *LS*, p. 148.

17 *TE*, p. 206.

18 *LS*, p. 158.

19 *TE*, p. 210.

derogadas por actos de la voluntad humana; dirigidas intencionalmente a la producción de efectos jurídicos; modeladas por las condiciones del tiempo y lugar de cada círculo cultural; y fundamentadas en la naturaleza ética del hombre. Hermann Heller intenta superar la *utopía positivista* subrayando este último aspecto, es decir, el papel decisivo que desempeñan las normas jurídicas fundamentales sobre la individualidad de la voluntad soberana: «estoy muy lejos —escribe en *La Soberanía*— de la afirmación de la inexistencia de normas fundamentales que compartan la objetividad absoluta y general de las normas de la lógica y que, como tales, vinculen a la voluntad; esas normas jurídicas fundamentales existen, pero no son normas del derecho, o dicho con otras palabras, no son derecho positivo»²⁰, ya que corresponde a la voluntad real del Estado concretar tales normas éticas en preceptos jurídicos. Por tanto, los criterios materiales de justicia, los principios fundamentales que convierten en legítima a la voluntad estatal, resultan decisivos para entender la soberanía del Estado, y corresponde —según un Heller que quiere desmarcarse del relativista Kelsen— a la más objetiva filosofía del Derecho resolver si estos criterios son rectos o verdaderos²¹. Todo ello, sin embargo, no impide que Heller ofrezca una discutible y absolutista versión de la *soberanía*; pues, tras su defensa del *imperio de la ley*, se esconde, como veremos más adelante, una supremacía absoluta del legislativo que resulta totalmente incompatible con una genuina separación de poderes.

Para el jurista alemán, la soberanía corresponde al Estado concebido como una corporación. Como dicha *Korporation* no existe sin la unitaria voluntad general del pueblo, la soberanía del Estado coincide en realidad con la del pueblo. A diferencia de Jellinek y su teoría de la abstracción o de Kelsen y su teoría de la ficción, Heller nos va a proporcionar una noción de soberanía llena de contenido sociológico y ético, así como una noción de *volonté générale* que se caracteriza por su «realidad y presencia»²². Con este fin hace uso del concepto hobbesiano de voluntad popular, la cual, según el filósofo inglés, se convierte en unidad a través del principio mayoritario y de la idea de representación. Éstos dos medios son, en rigor, los instrumentos técnicos mediante los que «el pueblo, como unidad, domina al pueblo como pluralidad e integran, al mismo tiempo, el procedimiento que permite hacer del pueblo el sujeto de la soberanía»²³. Hasta aquí Heller apenas se diferencia de Hobbes; pero la discriminación entre el representante soberano y el representante democrático, y la defensa de este último, le alejan del autor del *Leviatán*. Así no duda en afirmar que el conjunto de los magistrados o representantes democráticos constituye una institución subordinada al pueblo y a la Constitución.

Una vez definida la voluntad general y soberana del pueblo como una voluntad presente en el mundo, Heller señala que el Estado también es un sujeto real. Lejos de adoptar los rasgos de una ficción jurídica, como señalan los defensores de un «dualismo a-dialéctico de naturaleza y espíritu» que excluye la *realidad psíquica* de la voluntad política²⁴, se trata de un ente real cuya voluntad se identifica con la del pueblo. Es más, el concepto de persona jurídica, sea el Estado u otra sociedad, ya no hace referencia a una función que puede disolverse en una serie de relaciones jurídicas o convertirse en lo jurídicamente unido, sino a la *sustancia* creadora de estas relaciones y que determina la unidad

20 *LS*, p. 129.

21 En contra de la opinión de una parte de la doctrina sobre Heller, la importancia concedida por la obra de 1927, *Die Souveränität*, a las normas fundamentales nos obliga a reconocer que este libro apenas difiere de su obra póstuma en el tratamiento dado a la relación dialéctica entre voluntad y norma, validez y legitimidad.

22 *LS*, p. 168.

23 *LS*, p. 166.

24 *LS*, p. 198.

jurídica. Por esta causa, detrás de la *máscara jurídica*, el estudioso del derecho debe «contemplar la totalidad irracional de la unidad de voluntad viva»²⁵.

Pues bien, la soberanía es la expresión simbólica de la voluntad estatal convertida en instancia decisoria universal y suprema dentro de su territorio²⁶. Lo cual significa que el ordenamiento jurídico configura un sistema jerárquico en cuyo vértice o cúspide no se encuentra un ente ideal, la *Grundnorm* kelseniana, sino la voluntad soberana y real del Estado²⁷. El soberano, en cuanto creador supremo del derecho, no precisa de una norma habilitadora para actuar, ni puede disolverse en el derecho positivo. En los casos de necesidad, cuando la pasividad del Estado puede conducir a una guerra civil y a su misma destrucción, la voluntad soberana puede decidir incluso *contra legem* o contra la norma constitucional²⁸. Esta facultad viene exigida por la principal función social del Estado moderno: la neutralización de todas las diferencias de intereses surgidas en su territorio²⁹. El Estado aparece así como la última vía, cuando las otras alternativas se han mostrado inoperantes, para solucionar los conflictos sociales.

Precisamente, la incapacidad del Estado de Derecho liberal para resolver tales conflictos se debe, según Heller, a que esta corporación jurídica no puede explicar la creación de derecho *extra y contra legem* en las situaciones excepcionales o anormales. Estos casos de necesidad nos permiten comprender por qué la legislación, el acto creador de derecho, no debe imputarse a la *Grundnorm* o a las normas del orden jurídico, sino a la flexible voluntad real del Estado que siempre permanece atenta a los imprevisibles acontecimientos políticos. Sin duda, aquí, en el *extremo caso de necesidad* como núcleo del pensamiento de la soberanía, Heller se aproxima a Carl Schmitt; si bien se aleja del pensador decisionista, aunque sólo en principio, cuando se niega a localizar la soberanía en uno de los órganos o representantes estatales³⁰.

La teoría jurídico-política de Hermann Heller supera a la de Carl Schmitt y Hans Kelsen en lo relativo a la cuestión de la legitimidad del Estado o de los principios que han de inspirar la acción estatal; legitimidad que, por lo demás, Heller confunde, como la mayoría de los juristas y publicistas modernos, con la *justificación* de la soberanía³¹. El problema comienza cuando, aparte de concebir la soberanía del pueblo como la realidad irracional de una *volonté générale* que es capaz de suspender en situaciones extremas la Constitución, acaba identificando, a pesar de sus iniciales intenciones, esta soberanía con la exclusiva voluntad del órgano legislativo. Por eso, en *Die Souveränität* escribe que «llamamos soberana a aquella voluntad de la comunidad a la que corresponde

25 LS, p. 199.

26 LS, p. 208.

27 «El derecho se realiza dialécticamente en una construcción escalonada, que arranca de la persona suprema y, pasando por la Constitución y la ley, encuentra su escalón final en el último acto de ejecución.» (LS, p. 200).

28 LS, p. 289. Como máximo, algunos iusformalistas llegan a reconocer el poder del Estado para actuar *extra legem*: «cuando acontecimientos —escribe Jellinek en su *Staatslehre*— extraordinarios rompen la unidad del derecho o si no es posible encontrar una decisión para un caso concreto en las normas jurídicas, entran los hechos en lugar del derecho, transformándose en las bases para la elaboración de nuevo derecho.» (cit. en LS, p. 205).

29 En su *Staatslehre*, Heller escribe que la función del Estado consiste «en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica.» (TE, p. 221).

30 La doctrina de Schmitt, que, según Heller, «entronca con ciertos procesos del pensamiento de la contrarrevolución monárquica del siglo XIX y con el pensamiento de Sorel», «pretende sustituir la soberanía ficticia del Estado por la soberanía de uno de los órganos estatales.» (LS, p. 153).

31 Sobre la diferencia entre legitimidad y justificación, cf. H. Arendt: «Sobre la violencia» (1970), en: *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 253-254.

adoptar las decisiones últimas y en la que reside el supremo poder legislativo»³². Con ello desaparece una de las piedras angulares de la construcción republicana: la distinción entre soberano y representante, entre autor y actor, gracias a la cual el representado o soberano podía exigir, a través de diversos mecanismos, la responsabilidad del representante autorizado y seleccionado democráticamente.

Especialmente llamativa resulta la coincidencia de Schmitt y Heller en considerar al *caso excepcional* la prueba decisiva para determinar la soberanía («soberano es aquel que decide definitivamente si rige el estado de normalidad»). La única diferencia radica en que mientras Schmitt otorgaba la soberanía, según la exégesis realizada por Heller del célebre artículo 48 de la Constitución de Weimar, al Presidente del Reich, el autor de *La Soberanía* la concedía, por el contrario, a un pueblo cuya voluntad emana del *Reichstag*. No obstante, Carl Schmitt demostró ser un decisionista más coherente, ya que, como la pregunta por la *plena potestas* era una cuestión fáctica e imprevisible cuya solución no podía darse antes de concurrir dicha situación excepcional, no tenía reparos en atribuir la soberanía a cualquier representante, y no sólo al Parlamento.

Lamentablemente, la teoría del Estado de Heller acaba entregando la soberanía efectiva al órgano legislativo. De este modo, tampoco este tercer jurista nos proporciona una teoría política basada en la pluralidad y separación de poderes, la clave, a mi juicio, para construir el republicanismo del siglo XXI. Teniendo ello en cuenta no nos debe sorprender su negativa a admitir la vigilancia judicial del poder legislativo, esto es, su oposición a que los jueces revisaran la concordancia material de las leyes con la *Reichsverfassung*³³. Para Heller, los jueces, casi todos ellos procedentes de la clases dominantes, constituían uno de los más eficaces instrumentos de la burguesía propietaria para impedir, por un lado, la supremacía de la clase mayoritaria, y para evitar, por otro, que el poder legislativo popular transformara el Estado de Derecho liberal en social.

El pensador socialista abogaba por un *Rechtsstaat* construido sobre la base de principios materiales, puesto que sin homogeneidad social hasta la más radical igualdad formal se torna en la más radical desigualdad, y la democracia liberal en dictadura anónima e irresponsable de la clase dominante. Pero a Hermann Heller no le bastaba con denunciar la *nomocracia vacía* engendrada por una concepción técnico-formalista del Estado de Derecho; también, y eso le honra, deseaba combatir la idea de *maiestas personalis* que se encontraba en la raíz de la dictadura fascista. Por esta razón, defendía inicialmente el *imperio de la ley* y la soberanía efectiva del Parlamento. Sin embargo, cuando no se cree en el valor político de la separación de poderes, la idea de una dictadura del proletariado siempre permanece latente. Así, en una conferencia de 1925, cuyo auditorio estaba formado por «los jóvenes socialistas del Reich», Heller llegó a defender la posibilidad de una dictadura del partido socialista³⁴. Se trataba, empero, de una mera especulación, pues las relaciones de fuerza existentes en la república de Weimar aconsejaban optar de momento por los medios del parlamentarismo, del pacto y de la negociación para construir el Estado social de Derecho. De todas maneras, la síntesis dialéctica de voluntad y norma también conducía a un decisionismo material y de izquierdas, que, a pesar de apelar a normas fundamentales de fuerte contenido social,

32 *LS*, p. 134.

33 *¿Estado de Derecho o dictadura?*, cit., p. 288.

34 «Si de hecho se dispone de poder bastante para imponer, sin negociaciones ni compromisos con otros partidos, la propia voluntad en el orden estatal, entonces considero la dictadura como una opción sumamente respetable. En tal caso, se podrá, sin duda alguna, influir mucho más profundamente que siguiendo la vía parlamentaria en el Estado, y a través de él en la sociedad. No habrá entonces por qué preocuparse de aliados, de coaliciones y compromisos». («Estado, nación y socialdemocracia» (1925), en: *Escritos políticos*, cit., p. 237).

no podía evitar la concentración del poder en una instancia absoluta y capaz de intervenir en todas las esferas humanas.

4. Hacia el Estado del siglo XXI

De cualquiera de las tres maneras analizadas en páginas anteriores³⁵, el concepto de Estado se caracteriza por ser una totalidad centralizadora: siempre acabamos en un centro de poder real o normativo del que emanan todas las decisiones políticas o todas las normas jurídicas. Sin embargo, hoy, en el siglo XXI, hemos de pensar en formas policéntricas que admitan una pluralidad de órganos de decisión política, e impidan esa dominación total presente en aquellas versiones del cosmos estatal para las cuales lo más importante era conseguir la unidad normativa o de voluntad. Desde los comienzos de la modernidad, sabemos que la pluralidad y la separación de poderes o centros de decisión constituyen la única fórmula para evitar una homogeneidad contraria a la libertad. Ahora bien, el federalismo clásico o dual no parece ser la solución más adecuada. Si repasamos la historia reciente del Estado federal por excelencia, los Estados Unidos, veremos que el poder federal o central ha adquirido cada vez mayor poder en detrimento de los Estados miembros. De ahí que algunos hablen del tránsito de un federalismo dual a un federalismo cooperativo, y, por consiguiente, de una disminución de la pluralidad y complejidad políticas. Sin duda, la Unión Europea supone un reto para los publicistas y juristas, pues, a pesar de la propuesta de Joschka Fischer, difícilmente se puede creer que su futuro coincidirá con un federalismo clásico. La complejidad del nuevo federalismo debe estar a la altura de la complejidad de su enemigo, la anárquica sociedad global. Por eso debemos pensar en espacios de poder que no sólo sean territoriales: no basta con expandir los centros de decisión por abajo, hasta la ciudad, y por arriba, hasta los órganos de las organizaciones supranacionales. También deberíamos pensar, como por ejemplo hace con más o menos fortuna David Held, en espacios temáticos (culturales, económicos, médicos, etc.) en los que un determinado interés, y no el territorio, agrupa a los individuos o colectividades³⁶.

Si las tres formas de Estado explicadas no nos sirven para el futuro, tampoco sirven de índice para explicar la nueva sociedad global, en donde las relaciones políticas más significativas ya no se producen dentro del Estado, y en donde la economía parece haber triunfado sobre la política. El fin de la soberanía estatal, lejos de ofrecernos —como deseaba Kelsen— la *civitas maxima* o un nuevo orden internacional cosmopolita, ha dado lugar a una compleja y anárquica red de poder cuyos nudos se han multiplicado vertiginosamente. Sin embargo, uno siente la tentación de ver en todos los planteamientos críticos contra la globalización, principalmente económica y cuyo ejemplo más claro sería *Le monde diplomatique*, una reformulación a escala global o planetaria de la vieja y antiliberal teoría schmittiana sobre la oposición entre Estado y sociedad. Desde este punto de vista, la globalización es una fuente inagotable de conflictos y desigualdades sociales porque en el espacio internacional, en donde concurren sociedades con intereses parciales, falta un centro de decisión, que hasta ahora ha recibido el nombre de Estado, capaz de armonizar y homogeneizar todos esos intereses parciales o sectoriales en nombre de un interés total, sea el de la nación, el de Europa, el de Occidente

35 Los tres tipos de Estado analizados se corresponden en líneas generales con la distinción que hace A. Passerin D'Entrèves (*La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política* (1967), Barcelona, Ariel, 2001) entre Estado como fuerza (Schmitt), como poder (Kelsen) y como autoridad (Heller), si bien en la defensa del Estado como autoridad que hace el publicista italiano está ausente el *pathos* decisionista de Heller.

36 D. Held: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona, Paidós, 1997.

o el de la Humanidad. Esperemos que la alternativa a la sociedad global o al nuevo *Imperio*³⁷ no sea la vuelta al Estado que acabo de bosquejar, y que adquirió la encarnadura del Estado-nación a partir del siglo XIX; en concreto, desde las reflexiones de Fichte sobre el Estado comercial cerrado, cuyo objetivo, no lo olvidemos, consistía en sustituir el predominio de la economía por el de la política, en sustituir las diferencias económicas por la igualdad entre los ciudadanos³⁸. Así que, de nuevo, el reto se encuentra del lado de la política, y no de la economía.

37 M. Hardt, A. Negri: *Empire*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2000.

38 J. L. Villacañas: *La nación y la guerra. Confederación y hegemonía como formas de concebir Europa*. Murcia, Res publica, 1999.