

Vita, Leticia. 2014. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*. Buenos Aires: Editorial Eudeba – Universidad de Buenos Aires [259 pp.].

María Emilia Barreyro*

DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res55.2016.14>

Este libro es la tesis con la que su autora, Leticia Vita, obtuvo el doctorado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires¹. Allí se reconstruyen las concepciones que los tres autores indicados en el título tienen acerca de la legitimidad del Derecho y del Estado en sus obras del periodo de Weimar, bajo la hipótesis de que el problema de la legitimidad se explica a partir de la concepción sobre la democracia. Se trata de un trabajo original, cuyo aporte para la Teoría del Estado y del Derecho consiste tanto en brindar un estudio sistemático y detallado de aspectos nodales del pensamiento jurídico-político de Weimar como en mostrar el fuerte entrelazamiento teórico que existe entre las distintas variables analizadas: la variable antropológica, la referida al Estado, al Derecho y a la democracia. Asimismo, se trata de un libro de lectura amena, bien organizado, que logra ofrecer al lector, sin perder el hilo conductor de la investigación, una contextualización histórica y teórica adecuada de los problemas abordados, invitándolo a conocer y explorar aspectos de interés jurídico y político adyacentes al tema concreto de la investigación por medio de sus excursos y apartados.

La investigación se centra en las obras de Kelsen, Schmitt y Heller correspondientes al periodo de la República de Weimar (1919-1933), delimitación histórica que responde a varias razones: se trata de la etapa de transición de un modelo de legitimación monárquico a uno democrático, única experiencia en la historia de Alemania (previa a la República Federal) en la que la teorización del derecho público tuvo lugar en un contexto democrático; además, se trata de una etapa trascendental para el desarrollo del derecho público en general porque, entre otras razones, su Constitución de 1919 representó un quiebre con los principios liberales dada la incorporación de derechos sociales, por lo que los debates y problemas allí abordados son de utilidad para pensar el Estado Social; finalmente, dicha delimitación se debe a que el diseño institucional plasmado en la Constitución resulta interesante para pensar el problema de la legitimidad a la luz del juego de roles entre los actores institucionales y la potestad de dictar decretos de necesidad y urgencia.

El corazón del libro se encuentra en los capítulos II, III y IV en los que la autora aborda metódica y minuciosamente el pensamiento de Kelsen, Schmitt y Heller, respectivamente, a partir de cuatro ejes analíticos que ponen en evidencia la concepción que cada uno de ellos tiene acerca de: 1) el hombre, 2) el Estado, 3) el Derecho y 4) la democracia. Estos tres capítulos están precedidos por una breve introducción y un primer capítulo en el que el lector encontrará un panorama preliminar del contexto histórico-político del pensamiento jurídico de Weimar, seguidos de un capítulo en el cual la autora retoma el

* Estudiante de doctorado en Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Investigadora adscrita del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y becaria doctoral de Conicet.
✉ mariabarreyro@derecho.uba.ar

1 La tesis doctoral del área de Derecho Político fue defendida por su autora el 23 de marzo de 2012 y obtuvo la calificación máxima: *sobresaliente*, por unanimidad del jurado.

problema de la legitimidad para mostrar el asidero de su hipótesis de trabajo. Allí se ofrece una comparación sistemática entre los pensadores de Weimar a partir de la idea de democracia sostenida por cada uno de ellos. Finalmente nos encontramos con el capítulo en el que analiza las proyecciones de la investigación.

En el primer capítulo, el lector es introducido en la especificidad del proceso de formación del Estado en Alemania, la secuencia de los hechos políticos significativos ocurridos en el periodo de Weimar y finalmente las causas del derrumbe de la República, todo ello a la luz de variables sociológicas y políticas como la conformación de la sociedad alemana, el papel de la intelectualidad y lo específico del nacionalismo alemán. Se destaca allí un análisis claro y metódico de los rasgos centrales de la Constitución de Weimar, de la operatividad y consecuencias políticas de su ingeniería institucional en relación con la caída de la República, y de las lecciones que le dejó a la Alemania de postguerra para el rediseño de su constitución. Análisis especialmente valioso para pensar la legitimidad de las instituciones democráticas.

En el capítulo II se avoca al pensamiento jurídico y político de Hans Kelsen. Luego de una reseña de la vida y obra del autor, el lector encontrará un abordaje de la concepción antropológica kelseniana, tomada de sus críticas al carácter *ideológico* de la idea de hombre presupuesta por el marxismo y en cierta medida por el anarquismo. A partir de tales críticas se reconstruye su concepción del hombre: un pesimismo antropológico moderado que lo distancia de uno radical como el hobbesiano. Con relación a los ejes analíticos de las concepciones de Estado y de Derecho, se aborda la concepción del Estado como un mal necesario, la ineludible crítica kelseniana al dualismo entre Estado y Derecho, la idea de soberanía en relación con el derecho internacional, la opción metodológica de la *teoría pura del Derecho*, la distinción entre sociedad y naturaleza (entre imputación y causalidad), el elemento coactivo del orden jurídico como nota distintiva de otros órdenes normativos, y las ideas de la *norma fundante básica* y la construcción escalonada del Derecho. Respecto a la noción kelseniana de democracia, se señala su carácter procedimental, su filiación liberal y la defensa de la democracia parlamentaria. El análisis profundiza tres notas típicas: el relativismo filosófico como postura antimetafísica, su tendencia al punto medio entre posturas opuestas y su vínculo con la tolerancia; no debe soslayarse, sin embargo, una cuarta idea que aparece aquí: la oposición entre democracia y autocracia en virtud de la idea de que la primera es pensada como contraria al principio de autoridad y la segunda como favorecedora de tal principio, oposición que marcará un contraste entre Kelsen y Schmitt en relación con la figura del líder.

El capítulo continúa con un excursus sobre el célebre debate entre ambos juristas acerca del control de constitucionalidad y las distintas ideas y presupuestos

que subyacen a cada posición. Finalmente, los distintos ejes analíticos abordados conducen a responder a la pregunta por la legitimidad: nos encontramos con la *norma fundante básica* y la distinción entre validez y efectividad del orden jurídico. En este punto, la autora toma la objeción de Bobbio a Kelsen que cuestiona que sea una norma (la norma fundante) la que “cierra” el orden jurídico y no un poder, más aún cuando es justamente la eficacia y no la validez lo que permite identificar un orden jurídico. Concluye, en este orden de ideas, que la respuesta de Kelsen a la cuestión de la legitimidad responde a una elección práctica, política e ideológica apoyada en la idea del primado del derecho sobre el poder.

El capítulo III se ocupa del pensamiento de jurídico-político de Carl Schmitt. Se analiza primero su fuerte pesimismo antropológico proveniente de dos influencias teóricas: Hobbes y Donoso Cortés, con las que se marcan similitudes y contrastes. Respecto a la influencia de este último, se señala también la recepción de las ideas sobre la dictadura como no contrapuestas a la democracia, ciertos elementos de su filosofía de la historia y su visión acerca del anarquismo. Antes de abordar el segundo eje analítico, la autora analiza el concepto de *lo político* en Schmitt a partir de los debates sobre el carácter belicista de su concepción política y la centralidad de la idea de *enemistad*. En lo que refiere a la concepción schmittiana del Estado, el análisis pivota en la finalidad específica que le es atribuida por ese autor: la de pacificación en el interior de su territorio de la mano del *ius belli* para con el enemigo; asimismo explica en el marco de las formas históricas del Estado la idea de *Estado total* como así su antiuniversalismo y su concepción tradicional de la soberanía en el marco internacional. Para el abordaje del tercer eje analítico, la concepción del Derecho, la autora toma las críticas de Schmitt al positivismo y al normativismo kelseniano y recupera a partir de ellas conceptos claves para comprender la cuestión: *primacía de la efectividad* del Derecho sobre la validez, *excepción*, y el concepto de decisión o voluntad política, entre otros.

En cuanto al eje de análisis de la concepción de la democracia en el pensamiento de Schmitt, la autora comienza tratando tres críticas centrales que él lanza contra el liberalismo, para luego poder explicar el carácter antiliberal de su concepción democrática. La primera, dirigida contra la apoliticidad de la terminología liberal que encubre bajo un vocabulario pacifista la lógica amigo-enemigo, lógica inexorable de lo político. La segunda, contra la negación de la situación de excepción y de la cuestión de la soberanía. Y finalmente, la crítica dirigida contra el parlamentarismo, especialmente contra la pérdida del fundamento espiritual de la liberación causada por la impotencia de la igualdad formal para solucionar los problemas de la igualdad sustancial y la homogeneidad. A partir de estas tres críticas se explican las notas típicas de la concepción schmitt-

tiana de la democracia: la preeminencia de la decisión del soberano sobre la norma, la noción sustantiva del principio democrático por contraposición a una idea procedimental de democracia, su carácter plebiscitario, el carácter personalista de la representación en la figura del líder junto a las nociones de identidad, exclusión, y aclamación. En este orden de ideas, la autora responde a la pregunta por la legitimidad afirmando que para Schmitt ésta se basa en el carisma, entendible a la luz de las categorías de mito, violencia, y decisión. El capítulo cierra con un excursu sobre Schmitt y el nazismo.

El capítulo IV aborda finalmente el problema de la legitimidad en el pensamiento de Hermann Heller. En relación al primer eje de análisis, Vita observa un pesimismo antropológico que conduce a Heller a afirmar la necesidad de una autoridad dotada de poder de coerción como instancia de articulación social. La autora pone de relieve las principales diferencias entre la concepción de la institución estatal según Heller y el marxismo; aunque socialista, Heller rechaza el materialismo histórico, el internacionalismo proletario y el carácter pasajero del Estado. Se señala el concepto helleriano de un *Estado Social de Derecho*, ampliamente acogido en la teoría constitucional de la segunda mitad del siglo XX y que plasma la idea de Heller de ir más allá del formalismo del Estado de Derecho para reorientarlo hacia un Estado de Derecho “material”: la transformación social precisa de las herramientas liberales del Estado de Derecho, pero impregnadas de valores sociales y de la mano de un cambio cultural en clave de justicia social.

En cuanto a la concepción del Derecho en Heller, nos encontramos con el estudio de cuatro tópicos: primero, el de su sincretismo metodológico, posición que, crítica de la metodología kelseniana, pretende estudiar al Estado a partir de una perspectiva sociológica; segundo, el acercamiento de Heller a una posición lasallana; tercero, el de los elementos fuertemente decisionistas de su teoría, que contra la negación de la idea de soberanía que atribuye a Kelsen, realza la decisión como fuente de todo derecho, y que contra Schmitt, este elemento está sometido a un sistema de límites positivos; y finalmente, un cuarto tópico que pone de relevancia la trascendencia de los *principios éticos del derecho* en orden a la legitimidad estatal. Por último, la autora aborda la concepción de democracia en la obra de Heller, para quien ésta debe ser representativa, parlamentaria y pluralista, y en coherencia con ello, señala que es en el Parlamento donde reside la voluntad popular. Desde su perspectiva, sin embargo, la supervivencia de la democracia depende no tanto de la forma política como de la justicia social. La autora concluye que dada la concepción helleriana del hombre, del Estado, del Derecho y de la democracia, la fuente de legitimidad del orden jurídico-político radica, para Heller, en los *principios éticos del derecho*, tratándose de una legitimidad sustancial opuesta a la identificación que hace Kelsen entre legitimidad y legalidad.

Tras el tratamiento metódico y pormenorizado de estos tres representantes del pensamiento jurídico-político de Weimar, la autora retoma en el capítulo V la hipótesis que operó como hilo conductor de la investigación, a saber, que el problema de la legitimidad se explica por las concepciones de cada uno de ellos acerca de la democracia. En efecto, aquí la hipótesis de trabajo inicialmente planteada vuelve al primer plano y su asidero es finalmente probado mediante la recuperación de las cuatro variables que articularon el estudio de Kelsen, Schmitt y Heller. De este modo, el lector se encontrará con una comparación sistemática y contundente de las similitudes y contrastes entre estos tres pensadores, comparación que evidencia de modo incontestable el fuerte entrelazamiento que hay entre la concepción de la legitimidad del Derecho y del Estado, y la concepción de la democracia.

Finalmente, nos encontramos en el capítulo VI con un breve excursu sobre la potencialidad del pensamiento de Weimar para el estudio y la comprensión de los fenómenos jurídicos y políticos actuales, sus proyecciones a nivel metodológico y teórico. También con relación a las reflexiones que puede suscitar en la enseñanza y aprendizaje de la teoría del Estado. El libro cierra con una digresión sobre la utilización de argumentos del pensamiento de Weimar en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina.

A mi entender, el libro *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller* ofrece un material de lectura fundamental e ineludible para todo aquel que desee conocer y reflexionar acerca de las discusiones de la teoría política y jurídica del siglo XX, especialmente las de los debates teóricos actuales en torno a la legitimidad de las democracias representativas. Es de destacar que el libro pone en la mesa de discusión, aspectos que, muchas veces omitidos, están relacionados con la utilidad de la teoría política y jurídica de Weimar en el ámbito de la academia de habla hispana. En efecto, mientras en el ámbito académico anglosajón se ha planteado, por un lado, la vigencia de los debates de Schmitt, Kelsen y Heller para iluminar las discusiones actuales en relación con el Derecho y el Estado, la legalidad y la legitimidad (ver David Dyzenhaus, 1999), y por el otro, la actualidad de la teoría constitucional de la época de la República de Weimar (ver Arthur Jacobson y Bernhard Schlink, 2000), en la academia de habla hispana, las discusiones en torno al pensamiento jurídico de Weimar han opacado —por tratar tópicos por demás conocidos de este periodo— otros aspectos relevantes para pensar nuestra actualidad jurídica y política. Es así como el libro de Vita, siguiendo la línea de investigación argumentativa de Carlos Miguel Herrera (2002) y Rodolfo Arango (2012) entre otros, destaca aspectos del pensamiento de Weimar frecuentemente opacados o soslayados por la literatura especializada en nuestro ámbito.

Referencias

1. Arango, Rodolfo. 2012. *Democracia social. Un proyecto pendiente*. México: Fontamara.
2. Dyzenhaus, David. 1999. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press.
3. Herrera, Carlos Miguel. 2002. *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
4. Jacobson, Arthur y Bernhard Schlink, eds. 2000. *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press.