

Heller y Kelsen. Sobre el derecho y el Estado

Heller and Kelsen. On law and the State

Mario García

 <https://orcid.org/0000-0001-5320-3088>

Universidad Autónoma de la Ciudad de México. México
Correo electrónico: mgberger@live.com

Recepción: 12 de junio de 2025

Aceptación: 24 de octubre de 2025

Publicación: 4 de diciembre de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2026.20.20253>

Resumen: Este artículo tiene dos objetivos centrales. El primero, es exponer el debate que Hans Kelsen y Hermann Heller tuvieron acerca de la forma correcta de concebir el derecho y el Estado; y el segundo es analizar la influencia que ambas perspectivas pueden tener sobre el tipo de régimen político que se construya sobre ellas. Recuperar las principales líneas de esta polémica tiene no sólo un interés histórico, sino que ayuda a entender mejor algunas discusiones actuales en torno a la función social del derecho y el Estado. Con frecuencia, se contraponen dos formas de ver el enlace entre el orden jurídico y la sociedad. Por una parte, está la visión formalista kelseniana de que el derecho es una regulación de la conducta humana que puede adoptar cualquier contenido; por la otra, está la perspectiva, ejemplificada por Heller, de que el derecho, además de legal, debe ser legítimo, es decir, encarnar una serie de valores. Este es el punto de la discusión que nos interesa resaltar, por el papel determinante que tiene sobre nuestras ideas acerca del derecho y el Estado.

Palabras clave: Heller; Kelsen; derecho; Estado; formalismo; principios éticos.

Abstract: This paper has two core aims: one is to expose the debate Hans Kelsen and Hermann Heller held about the adequate conception of law and the state; the second is to analyze the influence both doctrines might have on the type of political regime build on them. To bring back to the present that old academic disagreement not only has a historical interest, but it also help to better understand some of the recent discussions on the social function of both institutions. With certain frequency, two different ways of conceiving the nexus between law and society get confronted. On the one hand, there is the formalistic conception, illustrated by Kelsen, for which law and the state are instruments to regulate human conduct, so they can have any content. On the other, we have the perspective, exemplified by Heller, that those instruments, in addition to be legal, must also comply with certain values, in order to be legitimate. This is the point of disagreement between Kelsen and Heller I want to stress, given its influence on our ideas about law and the state.

Keywords: Heller; Kelsen; law; State; formalism; ethical principles.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Teoría del Estado.* IV. *El derecho y el Estado.* V. *Los principios éticos fundamentales.* VI. *La crítica de Heller a la noción de soberanía de Kelsen.* VII. *La positivización del derecho.* VIII. *El proyecto desubstancializador de la doctrina kelseniana.* IX. *Consideraciones finales.* X. *Referencias.*

I. Introducción

La República de Weimar (1919-1933) fue el escenario de un intenso debate, con implicaciones políticas para su democracia, en torno a la naturaleza del derecho y el Estado. Muchas circunstancias explican que las mentes más brillantes del pensamiento jurídico alemán, entre ellas, las de Hermann Heller y Hans Kelsen, se hayan dedicado a una tarea que, en principio, suena abstracta y académica, pero que tenía indudables consecuencias prácticas.

La crisis política y económica que enfrentó Alemania después de la primera guerra mundial, así como la aparición del fascismo y el

comunismo, motivaron la reflexión filosófica sobre el derecho y la organización político-económica de la sociedad. Como afirma John P. McCormick (2013, p. 55), “public lawyers in the Weimar Republic conceptualized the law as a novel means of performing the following pressing tasks that confronted state and society in the twentieth century: the regulation of an industrial economy, the amelioration of economic and the negotiation of cultural disagreement”. Como en otros momentos de adaptación a cambios sociales, en aquella época, el derecho era la herramienta ideal para esta tarea, lo que suscitó intensos debates sobre su adecuada concepción. En la república de Weimar, grupos sociales que habían carecido de influencia política: católicos, socialdemócratas, comunistas, nacionalsocialistas, entre otros, buscaban instrumentar, a veces en pugna con las fuerzas tradicionales, nuevas políticas regulatorias y redistributivas. Así, de acuerdo con McCormick (2013, p. 55), los juristas más notables concibieron la situación de su tiempo como una crisis del derecho originada por los intentos de transitar de un estado de derecho formal-liberal, a uno de carácter social.

El renacimiento del interés por estos temas de la teoría jurídica se dio en uno de los países con mayor tradición en el pensamiento y las artes, que en aquella época “was arguably the foremost crucible of intellectual innovation in political theory and sociology, cultural criticism and film theory, psychology and legal theory, physics and biology and modernism in all of its diverse forms” (McCormick, 2013, p. 1). A los elementos ya señalados para explicar la crisis de Weimar, se puede añadir la aparición de renovadas pasiones nacionalistas, militaristas y expansionistas, generadas por las condiciones que el armisticio le impuso a Alemania; el recrudecimiento del antisemitismo; la inestabilidad política del régimen; la inseguridad y la violencia callejera; la inflación y el desempleo. Todos estos ingredientes se conjuntaron para crear, en un principio, una atmósfera de optimismo sobre el futuro, que luego se convirtió en desesperanza y en un anhelo por rescatar del pasado la figura de un liderazgo fuerte que salvara al país del caos. En resumen, este fue el

escenario en que Heller y Kelsen elaboraron sus ideas y defendieron la democracia como forma de organización política.

Estos autores tuvieron importantes desacuerdos teóricos, que revisaremos en este escrito; pero en el fondo de ellos subyace una diferencia fundamental que me interesa resaltar como primer objetivo, a saber, si existen restricciones morales o no a los contenidos de las normas jurídicas. El segundo objetivo de este escrito es rechazar la tesis de Heller de que el positivismo kelseniano, con su separación conceptual entre derecho y moral, favorecía la justificación de los ataques a la democracia, la división de poderes y los derechos humanos, como se temía que sucediera si los nacionalsocialistas se hacían con el poder. Como sabemos, la posición de Kelsen deriva de su pureza metodológica, de la eliminación de cualquier elemento valorativo, sociológico o político del estudio del derecho; en cambio, para Heller, el concepto de legitimidad entraña límites substantivos al derecho, por lo que su separación de la moral obstaculiza su adecuada conceptualización.

II. Antecedentes

McCormick (2013, p. 60) señala que la crisis del derecho en Weimar no sólo fue producto del debate que había entre las distintas formas de entender el proceso de aplicación de normas a casos específicos, sino que también existía desacuerdo en torno al método más adecuado para analizar y aprehender la práctica jurídica. Sobre este último punto, se pueden distinguir dos posiciones centrales. Por una parte, la de Kelsen y sus seguidores, quienes, según Carl Schmitt, pensaban que la aplicación de una norma a un caso concreto era un ejercicio racional, una operación lógica de subsunción; es decir, si el caso bajo análisis cumplía los criterios establecidos en el antecedente de la norma, la consecuencia (sanción) era debida. Por otra parte, la posición del propio Schmitt, que sostenía que la adjudicación es un proceso que involucra, sobre todo en circunstancias excepcionales no previstas en las mismas normas,

una cadena de razonamientos que van más allá de la subsunción. En estos casos, el juez tiene que tomar en consideración los valores prevalecientes en la sociedad, además de las circunstancias políticas, sociales y económicas relevantes en el momento de la decisión. Sólo así se podrá llegar a una solución congruente con el “espíritu del pueblo” (*Volkgeist*). Estos elementos extrajurídicos no son aprehensibles por la razón, sino mediante otros medios parecidos a la intuición romántica, pero que, en todo caso, se pueden clasificar de irracionales.

Si bien las perspectivas metodológicas de Heller y Kelsen son distintas, ambos compartieron preocupaciones teóricas y políticas. Sus doctrinas se desarrollaron en paralelo, hasta la muerte prematura del primero en España, en 1933. Basta advertir que la teoría pura del derecho empieza a tomar forma con la aparición, en 1911, de la segunda edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, su tesis de habilitación para obtener la categoría de *Privatdozent*. Ahí se encuentran ya algunos de los principales rasgos de su teoría, que serían desarrollados a lo largo de más de sesenta años de producción intelectual. Es importante mencionar que, en este texto temprano, Kelsen reconoce, por primera vez, que su concepción jurídica tiene similitudes epistemológicas con las tesis de Hermann Cohen, en cuanto al método propio de la ciencia del derecho. Entre otros escritos kelsenianos de esta época weimariana podemos citar la *Teoría general del Estado* de 1925 y la primera edición de la *Teoría pura del derecho* de 1934. Aunque esta última fue publicada cuando los nazis ya habían tomado el poder, y la breve democracia de la República había desaparecido, para esa fecha el mundo jurídico alemán ya conocía los aspectos centrales de la teoría pura.

Por su parte, Heller publicó su *Teoría del Estado* en 1934, texto inacabado y concebido como la exposición completa de su doctrina, justo después del arribo de Hitler a la Cancillería y cuando Heller ya se encontraba en España, en un momento en que el régimen nacionalsocialista aún disfrazaba sus verdaderas intenciones con el velo de la conciliación. Recordemos, por ejemplo, que el primer gabinete

del nuevo gobierno no estaba dominado por radicales y adeptos incondicionales, e incluía personajes provenientes de la socialdemocracia y de la democracia cristiana, aunque los comunistas ya habían quedado proscritos. Con anterioridad, en 1927, Heller había publicado *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, donde hay una importante crítica a Kelsen.

Las doctrinas de Kelsen y Heller se enfrentaron en un escenario de constantes ataques a las instituciones de la República de Weimar. El primer aspecto en que sus teorías disienten es en la caracterización del Estado; la primera con su carácter formalista y la segunda con sus rasgos iusmoralistas. Se puede afirmar que de ahí se desprenden sus demás oposiciones: la relativa a la soberanía, a la normatividad del derecho, a la personalidad y a la validez jurídica, entre otras. Decíamos que, en este escrito, abordaremos estas diferencias, para luego hacer un balance de su contribución a la defensa de una democracia que siempre estuvo asediada y que, al final, sucumbió ante las fuerzas políticas más oscuras que llevaban tiempo incubándose en el seno de esa sociedad. Aunque sólo haremos breves referencias a las tesis de Schmitt, estas representan el polo opuesto a ambos autores. Sus ideas estaban tan presentes en la atmósfera política y académica de la época que, por ejemplo, Heller pretende que su doctrina representa un punto intermedio entre los extremos de la teoría pura del derecho y la teología política de Schmitt.

Sobre el rechazo de Heller a la teoría pura, es importante tener en mente, como lo enfatiza David Dyzenhaus, que su propósito de no era solamente demostrar los errores del positivismo kelseniano, sino, sobre todo, sus peligros. La teoría de Kelsen no era la solución a la crisis jurídica y política de la democracia weimariana. Por el contrario, dice Heller, al sostener que el derecho y el Estado son sólo las formas que debía adoptar cualquier decisión de poder para ser permanente, esta doctrina había facilitado la aparición de una concepción como la schmittiana. Si cualquier Estado es un Estado de derecho, esta es la mejor justificación de los sistemas dictatoriales. Recordemos que las teorías del Estado que se dispu-

taban en aquel tiempo la supremacía habían generado una crisis debido a su polarización. Por un lado, estaba la tendencia a fundar el derecho en una esfera irracional y mítica, en la noción de pueblo orgánico, que amenazaba con una desbocada metafísica; por el otro, estaba el polo racionalista, que era el antídoto a estos excesos, pero que, debido a su ausencia de valores, era totalmente inútil para resolver los problemas de una teoría general del Estado. La aspiración de cientificidad de las doctrinas positivistas hacía, según Heller, de cualquier decisión arbitraria un acto legalmente objetivo (Dyzenhaus, 1997, pp. 162,171).

III. Teoría del Estado

En la sección anterior nos referimos a la diferencia en los métodos de Heller y Kelsen. Este hecho es la fuente de todas sus demás oposiciones, entre ellas la de sus teorías del Estado. Al hablar de sus métodos, debemos tener en cuenta que ambos asumen la distinción de las ciencias, postulada por el neokantismo de la escuela de Baden, entre ciencias de la naturaleza y ciencias culturales o del espíritu. Sin embargo, las similitudes llegan hasta ahí. En oposición a Kelsen, Heller sostiene que el método adecuado para la teoría del Estado es el sociológico, ya que se trata de una disciplina sobre fenómenos reales (espaciotemporales), que no son obra de la razón o meras creaciones ideales. Si bien las normas jurídicas, y el orden mismo que ellas conforman, poseen un sentido, éste no es independiente de la realidad psico-física, es decir, de la voluntad de los creadores y aplicadores del derecho y de las circunstancias en que estas acciones se desarrollan. Por el contrario, tal sentido es abstraído de esta realidad. Dice Heller que, de la misma forma que toda actividad o institución social, el Estado es una unidad dialéctica de acto y sentido. Ello es así porque el sentido de las normas es resultado de fenómenos sociales y estos, a su vez, son influidos por el contenido de las normas vigentes. De aquí se desprende la tesis de que “el Estado no es otra cosa que una forma de vida humano-

social, vida en forma y forma que nace de la vida" (Heller, 1968, p. 59). El Estado es, para Heller, forma y contenido; no es una estructura formal vacía, sino que se define también por sus contenidos. Por esto, cualquier explicación del derecho y el Estado que elimine las valoraciones políticas, termina en una teoría del derecho y del Estado sin derecho y sin Estado, en la medida en que pierde, irremediablemente, su objeto de estudio (Heller, 1965, p. 309).

Aquí las diferencias con Kelsen son evidentes. Para éste, el Estado es un sistema de normas jurídicas con un alto grado de centralización de funciones, en el cual la creación y la aplicación normativa están a cargo de órganos especializados. En una democracia constitucional, estas funciones se asignan a diferentes órganos, al contrario de lo que sucede en una autocracia o dictadura. Como afirma Heller, en coincidencia en este punto con Kelsen: "el Estado se destaca porque sus órganos reclaman, normalmente con éxito, la aplicación, a ellos reservada, del poder físico coactivo" (Heller, 1965, p. 248). La identificación de Estado y derecho lleva a Kelsen a concluir que todo estado es un estado de derecho (*Rechtsstaat*), en virtud de que aquél es sólo una forma que el orden jurídico puede adoptar. Como veremos, a esta concepción formalista del Estado de derecho Heller opone una noción substantiva, lo que implica que este sólo se alcanza cuando el derecho incluye normas que protegen ciertos valores o persiguen determinados fines.

Cuando se habla de la persona del Estado, a lo que nos referimos, sostiene Kelsen, es a la unidad de ese conjunto de normas. Esta unidad no tiene un sentido substantivo, es decir, no denota un conjunto de valores, sentimientos u otros elementos psicológicos o sociológicos, sino que se trata sólo de una unidad formal. Esto significa que las normas de un orden están relacionadas entre sí por cadenas de validez, pues todas ellas obtienen su validez, en última instancia, de una misma norma fundamental, y forma así un orden jurídico unitario. Para Kelsen, el método propio de la teoría del derecho es el normativo, dado que estamos ante una ciencia ideal, cuyo objeto no son hechos reales sino el sentido de ciertos actos de voluntad o normas.

En este punto surge una de las principales críticas de Heller a Kelsen. La teoría del Estado no puede ser pura en tanto las personas, es decir, los sujetos al orden jurídico son las que conforman su objeto de estudio. En este sentido, todos integramos el grupo social llamado Estado, con el cual mantenemos diversos tipos de relaciones (Heller, 1965, p. 62). Heller sostiene que esta teoría es una disciplina de lo real, ya que estudia cómo se originan, desde una perspectiva sociológica, las “formaciones de sentido”. Para explicar la forma en que surgen, se preservan y desaparecen los estados, es necesario tomar en cuenta factores naturales y culturales. Este tipo de estudio nos enseña, por ejemplo, que es más probable que una organización social estatal surja y se mantenga ahí donde sus miembros tienen una comunidad de cultura: un mismo lenguaje, costumbres similares, una religión común, en suma, un patrimonio cultural compartido por la mayoría de sus integrantes (Heller, 1965, pp. 174-183).

En contraste con esta concepción, la doctrina kelseniana parece un ejercicio lógico-conceptual vacío, que no logra apresar la esencia del Estado, el cual es una “formación de sentido” que refleja la comunidad de cultura de sus miembros, pues las rígidas formas de esta teoría son incapaces de albergar la materia viva que conforma al Estado. Para Heller, la unidad de los órdenes jurídicos no es de naturaleza lógica, ya que no se trata de sistemas libres de contradicciones y lagunas. Si concebimos al Estado como una unidad lógica sin contradicciones, su substrato no puede ser una voluntad real, pues esta puede querer A y no A. En tanto nada impide que una voluntad psicológica sea contradictoria consigo misma, la unidad lógica del Estado sólo puede ser una construcción ideal (Heller, 1965, pp. 184, 186). Sin embargo, su unidad real es teleológica e histórico-social, pues hablamos de un orden unitario de normas cuando estas se dirigen a materializar una determinada situación social, es decir, cuando están inspiradas por los mismos ideales y valores.

La unidad del orden jurídico tiene, para Kelsen, un carácter formal, en tanto su fundamento es una norma lógica *a priori*, supuesto

necesario del pensamiento jurídico, a la manera en que las categorías kantianas del entendimiento son la condición de posibilidad del conocimiento de la naturaleza como un conjunto de juicios sintéticos *a priori*. Por el contrario, para Heller, esta unidad es dinámica porque es producto de un proceso histórico en el que las aspiraciones y los ideales de una cultura van adquiriendo realidad normativa. Por ello, “para quien niegue la existencia de la voluntad estatal como creadora y renovadora del derecho, la individualidad histórica de un orden jurídico es absolutamente incomprensible e inconstruible” (Heller, 1965, p. 188).

La concepción sociológica del Estado rechaza el irreconciliable dualismo entre ser y deber ser, o entre naturaleza y cultura, que está en la base de la metodología kelseniana. Heller reconoce que estas esferas de la realidad son antagónicas, que ninguna de las dos puede ser referida o explicada por la otra, pues tienen una lógica diferente: la naturaleza es lo que acontece, mientras que la cultura es lo que consideramos valioso. Sin embargo, a pesar de esta distinción, ser y deber ser están enlazados en la organización social estatal. En ella, naturaleza y cultura son, cada una, condición *sine qua non* de la existencia de la otra. Así, cualquier norma tiene que hacer referencia a un estado de cosas al cual aspira, pues de lo contrario sería un deber ser vacío, la pura forma de las normas despojada de substancia. Asimismo, no es posible una realidad social sin normatividad. Heller reconoce que hay una tensión entre norma y realidad, pero que esta no debe resolverse a favor de una o de otra. Por el contrario, sólo podemos comprender el Estado, o cualquier ordenación normativa, si rechazamos la idea kelseniana del abismo infranqueable entre ser y deber ser y, en su lugar, pensamos en una relación dialéctica donde ambas esferas se influyen mutuamente. En este sentido, los conceptos de la ciencia jurídica reflejan procesos sociales reales. Sin referencia a estos hechos, dicha disciplina “se pierde en el espacio infinito” (Heller, 1965, p. 197).

Y es justo en esta reflexión sobre la dialéctica entre realidad y valor donde Heller desliza, de manera sigilosa, otra importante consecuencia de su teoría del Estado, que claramente se opone

a la doctrina kelseniana. Dice Heller: “Todas las ordenaciones normativas sociales constituyen limitaciones del albedrío en el sentido de lo injusto. Las ordenaciones normativas sociales se refieren a los hombres en cuanto soportes de intereses y entes capaces de querer” (Heller, 1965, p. 203). De estas líneas son de destacar dos elementos: el que las normas cumplen la función de hacer realidad la idea de justicia y que estas regulan los intereses y deseos de las personas. Resulta obvio que, si queremos materializar una realidad social, es necesario restringir determinados intereses y favorecer otros. La persona jurídica es pensada así a manera de un sujeto psicológico que quiere y desea. Esto es una consecuencia de la aplicación del método sociológico al estudio del Estado.

En contraste con esta tesis, para el enfoque formalista y normativo de Kelsen, la persona jurídica no es una unidad psicológica que posee intereses y desea que la sociedad se organice conforme a estos, sino que constituye solamente un punto de imputación de derechos y obligaciones. Se trata de una noción auxiliar de la ciencia jurídica que facilita la exposición de un conjunto de normas que se aplican a un mismo sujeto. Como insistía Kelsen muy enfáticamente, el ser humano natural, en sus aspectos fisiológicos o psicológicos, no entra en la consideración del derecho. Cuando se afirma que las personas están sujetas al orden jurídico, esto sólo puede querer decir que determinadas conductas de estas son la condición para la aplicación de sanciones. De otra forma, dice Kelsen, estaríamos incorporando elementos naturalistas a nuestra explicación de lo que es el derecho o el Estado, y cometeríamos así un sincretismo metodológico inaceptable.

IV. El derecho y el Estado

Una de las consecuencias más importantes del método de la teoría pura es la identificación entre Estado y derecho. Si el primero es un modo de organización específica de la conducta humana, debemos caracterizarlo usando el método normativo de la ciencia del de-

recho. Concebir al Estado como una realidad a la vez ideal y real, al estilo de Heller, cuyo análisis requeriría también del método sociológico es, según Kelsen, un sincretismo inaceptable, pues implica duplicar el objeto de estudio de la ciencia del derecho. Cuando nuestro interés es, por ejemplo, descubrir las causas del surgimiento o caída de los estados, estamos, para Kelsen, en el campo de la sociología, de la historia económica o de la política, pero entonces ya no tenemos en la mira al Estado como construcción jurídica, sino su realidad empírica. Así, bajo las premisas del método normativo no se plantea el problema de la prioridad histórica del derecho o el Estado, pues éste surge al pensarlos como dos entidades de diferente naturaleza. En este sentido, toda concepción dualista tiene que responder a la pregunta de si primero apareció el derecho y después el Estado, o si, por el contrario, aquel nace a partir de relaciones de poder fácticas y después somete su actuación a normas. Heller niega que sea posible responder esta interrogante priorizando uno de los dos elementos, y propone la existencia de una “correlativa vinculación” entre ellos (Heller, 1965, p. 206). Como veremos, a pesar de todos sus esfuerzos, Heller no alcanza a formular una solución satisfactoria a este problema.

Surge aquí de nuevo el asunto de la conexión entre ser y deber ser, pues el Estado en Heller tiene dos facetas, una real y otra ideal. El derecho también tiene esta naturaleza dual, en la medida en que el acto de voluntad que positiviza una norma es una “unidad dialéctica” de ser y deber ser. Sin embargo, en ocasiones Heller parece sugerir que el derecho es principalmente una construcción de sentidos (Heller, 1965, p. 207). Para advertir este carácter dual del orden jurídico basta adoptar, alternativamente, la perspectiva de la autoridad que emite la norma y la de sus destinatarios. Para el mandatario, la norma es la expresión de la voluntad de que estos se comporten de cierta manera. Este acto existe junto con los demás hechos espaciotemporales del mundo. En cambio, para el mandado, la norma es obligación, con una validez objetiva independiente del acto de su emisión. Recordemos brevemente que la teoría pura rechaza

esta concepción porque el sentido objetivo de las normas es independiente de los actos que desembocan en su promulgación.

Dice Heller que “el derecho [...] sólo puede ser comprendido como un querer si se le concibe, a la vez, como un deber ser” (Heller, 1965, p. 208). Pero ¿cómo es esto posible?, ¿cómo es que lo que alguien quiere se convierte en una obligación para los demás? Esto sucede debido a que el poder que crea el mandato está ya sometido a normas, o sea, no es un poder bruto sin limitaciones. En otras palabras, la voluntad estatal creadora de derecho no está situada fuera de toda regulación, sino que también está regida por normas. Heller reconoce que el mérito de Kelsen es haber señalado que la validez jurídica no puede fundarse en un mero acto de poder. Sin embargo, su solución, que consiste en postular una norma fundamental, no resuelve el problema. La norma básica dice: “condúctete de acuerdo con lo que ordena el monarca o el parlamento”. Pero, para Heller, esto es la expresión de una voluntad estatal libre de toda norma. En consecuencia, la constitución de un orden jurídico y todas sus demás normas serían producto de un poder de decisión *legibus solutus*, que en cada caso es la autoridad constituyente (Heller, 1965, p. 208).

Decíamos que, en opinión de Heller, no podemos concebir el Estado sin derecho y viceversa. El derecho crea poderes que ejercen los órganos del Estado. Con ellos se introduce la noción de validez jurídica. Por su parte, el Estado crea derecho, pues su voluntad es la que positiviza las normas del orden jurídico. Con el propósito de diferenciar su posición de la de Kelsen y la de Schmitt, Heller afirma que Estado y derecho no están ni en una “unidad indiferenciada”, ni en una “irreductible oposición” (Heller, 1965, pp. 208-209). Así, concluye que “el poder del Estado es, pues, siempre legal, es decir, poder político jurídicamente organizado. Un complejo de relaciones sociales organizadas sistemáticamente en unidad de poder se convierte en un complejo de relaciones jurídicas ordenadas sistemáticamente en unidad de ordenación —derivado de la constitución positiva” (Heller, 1965, p. 261). De esta manera, el derecho y el Estado están presentes siempre el uno en el otro.

Como veremos, en un momento Heller llega a admitir la superioridad del Estado sobre el derecho, lo que, a pesar suyo, lo asemejaría en este punto a Schmitt.

V. Los principios éticos fundamentales

Las normas de la voluntad estatal se justifican, según Heller, por su apego a estos principios, los cuales, si bien son jurídicos, tienen un carácter suprapositivo. Estos emergen de la cultura, de las condiciones de vida de una sociedad. Heller admite que dicho contexto cultural puede variar históricamente; sin embargo, es posible, en una determinada época, hacer un bosquejo de este con validez general (Heller, 1965, p. 210). La posición de Heller sobre el tipo de validez que poseen tales principios no siempre es clara. Por una parte, dice que esta es *a priori*, lo que implicaría su inmutabilidad; por otra, afirma que, la mayoría de las veces, su validez varía con el tiempo y el círculo de cultura en cuestión (Heller, 1965, p. 275).

Heller es ambiguo acerca de cuáles son estos principios. Aunque en momentos se refiere a las nociones de justicia e igualdad frente al derecho, también menciona los ideales socialdemócratas de justicia social e igualdad material, lo que implica una concepción substantiva y no sólo formal de dichos principios. (Vita, 2014, p. 192). Incluso, llega a decir que estos abarcan la forma política del Estado, el tipo de organización familiar y el régimen de propiedad, por lo que su estructura no puede ser alterada por el legislador. En otro punto, agrega que la seguridad para la vida social, junto con la justicia, son los dos valores jurídicos fundamentales (Heller, 1965, pp. 197, 198). No cabe duda de que Heller tiene en mente los valores de la socialdemocracia, los cuales transforma en derecho natural mediante el expediente de los principios éticos. Ello se corrobora en las siguientes palabras: “[I]o que es auténtico derecho natural, es designado por nosotros: «principio constitutivo del derecho» o «norma jurídica fundamental» y debe distinguirse

pulcramente, tanto de las normas jurídicas positivas cuanto de las normas fundamentales de la lógica jurídica” (Heller, 1965, p. 238).

En este punto aparecen la noción de legitimidad que Heller retoma de Max Weber para expresar la función de los principios éticos del derecho. La autoridad de los órganos del Estado se sustenta en que son reconocidos por los sujetos del derecho. Así, el poder legal de una autoridad es legítimo sólo si, quienes están a él sometidos, reconocen que sus ordenamientos son congruentes con los principios éticos que rigen el derecho (Heller, 1965, p. 262). Tenemos entonces que las normas jurídicas son válidas en la medida en que manifiestan los valores de una comunidad de cultura: “damos el nombre de validez del derecho a esta existencia de las normas jurídicas como una objetivación particular del espíritu” (Heller, 1965, p. 128). Esta validez es, sin duda, relativa, ya que los principios éticos fundamentales valen si son reconocidos por todas las comunidades culturales (Heller, 1965, p. 129).

La tesis de que el derecho no se agota en las normas positivas lleva a la idea de que hay una Constitución normada y otra no normada. Dentro de la primera están las normas jurídicas y las extrajurídicas, mientras que la segunda está constituida por conductas no sujetas a derecho pero que suelen ser pautas comunes de comportamiento en un grupo social. En una Constitución, dice Heller, se verifica también la relación dialéctica entre ser y deber ser, en tanto su existencia consiste en postular una situación social que se desea alcanzar porque se piensa valiosa. Para establecer la validez del primer tipo de Constitución es necesario considerar tanto sus elementos normados, pero no jurídicos (principios éticos fundamentales), como aquellos que son parte de ella, pero no están normados (comportamientos regulares en la sociedad). Así, “el contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por lo propósitos y cualidades del que la dicta, sino además y sobre todo, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan” (Heller, 1965, p. 274). Dicho de otro modo, la fuerza obligatoria de una

norma deriva de las normas éticas fundamentales y de la autoridad que otorgamos a la comunidad para crearlas. (Heller, 1965, p. 133).

Desde la perspectiva helleriana, para el racionalismo kelseniano, que sólo admite la existencia del derecho positivo, el juez es una suerte de autómatas sometido al imperio de las normas positivas (Heller, 1965, p. 255). En cambio, en su concepción, los jueces deben, a la hora de resolver casos, tomar en cuenta no sólo tales normas, sino también, para usar la distinción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1996), los principios jurídicos implícitos y explícitos del orden jurídico. Como se puede apreciar, la doctrina de Heller es un antecedente histórico de la teoría interpretativa de Ronald Dworkin.

Ante la disyuntiva abierta por Kelsen y Schmitt, de que la validez de la Constitución o tiene su origen lógico en una norma fundamental desprovista de poder, pues se trata sólo de un supuesto epistemológico, o bien es válida debido a que una voluntad política, no sujeta a norma alguna, así lo quiere, Heller se decanta por una tercera opción. La Constitución no es producto de un poder sin regulación, porque eso implica soslayar que el derecho crea poderes. Pero, entonces, ¿cómo distinguir un poder meramente fáctico de uno jurídico?; o en términos de Hart, ¿qué diferencia hay entre la situación del asaltante que demanda mi dinero bajo la amenaza de un daño físico y la solicitud de la autoridad fiscal para ponerme al corriente en el pago de mis impuestos? A esto Heller responde que la Constitución no es un poder sin norma. Las relaciones fácticas de poder se vuelven permanentes, y se expresan en una Constitución, cuando las decisiones de quienes detentan el poder son obedecidas, al menos, por los "súbditos más influyentes" porque, además de otros motivos probables, las consideran normas válidas formal y substancialmente. De esta forma, "eficacia y validez, ser y deber ser de la Constitución han de mantenerse lógicamente separados, sin duda, pero aparecen relacionados, sin embargo, en la misma realidad constitucional en la que lo uno aparece siempre junto con lo otro" (Heller, 1968, p. 297).

Veamos con más detalle los principios éticos fundamentales del derecho. La concepción helleriana adelanta ya algunos rasgos que se les atribuyen en los debates contemporáneos sobre la distinción entre reglas y principios. Una de sus características es la falta de concreción, lo que hace que no puedan ser aplicados directamente por los jueces a la decisión de casos, sino que son “normas sociales de ordenación”, que sirven como reglas interpretativas para decidir que normas deben aplicarse en un caso (Heller, 1968, p. 275). Ejemplos de principios jurídicos positivos que dejan un amplio margen para que los jueces los concreten de la forma que consideren más adecuada son los referidos a las buenas costumbres, la buena fe, los usos del comercio o la equidad. El margen que existe para su interpretación se debe a que su contenido varía históricamente (Heller, 1968, pp. 275, 276).

Una consecuencia de las anteriores ideas es que la unidad o identidad de una Constitución sólo puede establecerse empíricamente, pues, contrario a lo que sostiene Kelsen, este no es un problema lógico normativo. Para la teoría pura, un conjunto de normas constituye un sistema cuando su validez deriva, en última instancia, de la misma norma fundamental. En cambio, para Heller, la pregunta acerca de la continuidad o discontinuidad de una Constitución sólo puede responderse desde la perspectiva de la sociología, en la medida en que la unidad de un orden jurídico depende tanto de la eficacia de las normas, es decir, de que la mayoría de las personas ajuste su conducta a ellas, como del grado de homogeneidad cultural de los miembros del grupo social. A estos factores externos habría que agregar, entre otros, las condiciones naturales en que se sitúa cada estado, porque estas pueden contribuir a su permanencia o desintegración. Por lo tanto, es claro que, para Heller, la pregunta sobre la unidad del orden jurídico se resuelve al recurrir a consideraciones fácticas y no normativas (Heller, 1968, pp. 248, 283).

VI. La crítica de Heller a la noción de soberanía de Kelsen

La oposición de las doctrinas de estos autores se condensa en el concepto de soberanía. Acorde con sus principios metodológicos, Kelsen sostiene una noción formalista, en tanto que la de Heller puede ser calificada de voluntarista. Para este, la teoría pura alcanza su grado máximo de despersonalización del derecho al postular que el problema de la soberanía no tiene que ver con la pregunta acerca de quién es su titular, sino que se trata de un concepto cuya función es dar unidad a un conjunto de normas refiriéndolas a un mismo centro de imputación. Como bien sabemos, según Kelsen, en cada estado particular, el órgano superior de creación normativa es soberano porque todas las normas del orden tienen, en última instancia, su origen en él. La autoridad de este órgano no proviene de otro situado en un nivel superior, sino que es sólo supuesta.

Esta es, precisamente, la función que desempeña la norma básica. Ella es un supuesto necesario para interpretar una serie de hechos empíricos como actos creadores de derecho. Sin esta presuposición teórica no sería posible la interpretación jurídica de los hechos creadores de la primera Constitución histórica de un orden normativo. Hay que agregar aquí que muchas de las confusiones a que ha dado lugar la teoría pura se deben a que Kelsen llama norma a lo que en realidad es un supuesto teórico de la ciencia jurídica.

Decíamos que, para Heller, la doctrina de la norma básica equivale a negar el problema fundamental de la ciencia normativa: la relación que existe entre norma y personalidad, es decir, entre los imperativos y la voluntad de quien los dicta. Con esta doctrina, el momento de la positivización del derecho queda en la oscuridad, pues la Constitución adquiere su validez de un acto de voluntad constituyente y no de una norma lógica. Si asumimos, con Kelsen, que "cada persona es únicamente la personificación ficticia de un sistema de normas" (Heller, 1965, p. 90), no hay voluntad con autoridad jurídica y sólo es soberano el orden jurídico. Dentro de los parámetros de la teoría de Heller, en la cual el poder es creador

de derecho y este, a su vez, establece autoridad, la idea de que la validez de la Constitución proviene de una norma que sólo posee una validez lógica, pero cuyo contenido lo fija la voluntad de la autoridad constituyente, es un sinsentido.

El que Kelsen haya denominado norma fundamental a lo que realmente es, de acuerdo con la filosofía neokantiana que influyó en su concepción metodológica, un principio necesario *a priori* del conocimiento del derecho, es la causa de muchas de las críticas a esta doctrina. Así sucede con la de Heller, quien afirma que es imposible postular la existencia de una norma que se aplica a un poder decisorio cuando este aún no ha surgido. El derecho no se crea mediante una categoría del entendimiento al estilo de Kant, sino por actos concretos de voluntad (Heller, 1965, p. 268). Incluso Heller llega a decir que: “la norma jurídica fundamental suprema de todo estado, que es presupuesto de todo derecho, es el derecho a su preservación” (Heller, 1965, p. 294). De esta forma, se introduce, como principio ético jurídico fundamental, el derecho del Estado a su preservación. Esto refuerza la convicción de que, en el fondo de su pensamiento reposa la idea de que, en casos excepcionales, la voluntad soberana estatal puede actuar *contra legem* para salvar su existencia. A favor de Kelsen, hay que señalar que la norma básica cumple una función de fundamentación teórica, por lo que resulta un error pensar que con ella podemos explicar la forma en que los órdenes jurídicos aparecen en la realidad histórica.

Para Heller, “el positivismo jurídico [es una] doctrina que no reconoce a la individualidad ninguna función, ni lógica ni jurídica” (Heller, 1965, p. 120). Esto es así debido a que, si partimos, como Kelsen, de una noción naturalista de voluntad, resulta claro que esta, al ser un fenómeno de la naturaleza, no puede ser el origen del sentido objetivo (deber ser), de las normas (Heller, 1965, p. 123). Kelsen, dice Heller, sustituye la voluntad soberana positivizadora del derecho por una norma lógico-jurídica, pero esta, al carecer de contenido específico, dado que puede adoptar cualquiera dependiendo del orden que fundamente, no equivale a un

acto de voluntad concreto que positiviza las normas de una Constitución. Recuérdele que la norma básica sólo autoriza que la coacción sea aplicada en la forma en que lo determine el monarca o el parlamento, o cualquier otro órgano constituyente, y nos pide actuar conforme a las normas que estos emitan. El hecho de que Kelsen fundamente la validez de las normas jurídicas en una abstracción lógica sin contenido lo convierte, dice Heller, en una especie de iusnaturalista, en tanto que tal fundamento no es un acto humano de positivización sino un presupuesto teórico. La diferencia con el iusnaturalismo tradicional es que, en este, las normas del derecho deducen también su contenido de su principio de validez, el cual suele tener un carácter divino o natural. La consecuencia de convertir la polémica sobre la soberanía en un asunto acerca de los presupuestos del conocimiento jurídico es, concluye Heller, que el soberano ya no es el Estado sino el jurista kelseniano. El error consiste en asumir que es una norma lógica o, lo que equivale a lo mismo, la ciencia jurídica, la que determina si el Estado es o no competente para crear derecho. Heller se pregunta retóricamente:

¿No hay algo, preguntamos, que nos obliga a admitir una unidad social real como sustrato de la personalidad jurídica? Nada, contesta Kelsen: el punto de imputación del derecho es establecido libremente por el jurista, que en este aspecto es plenamente soberano; para el jurista, orden normativo y punto de imputación, relación y personalidad jurídica, son una misma cosa (Heller, 1965, p. 150).

El reclamo a Kelsen es que ha desubstancializado nociones clave de la teoría jurídica como la de Estado, soberanía y persona. Su anti-naturalismo, la tesis de que la esfera normativa está lógicamente separada de la realidad fáctica, que el derecho debe ser explicado únicamente mediante conceptos jurídicos y que, por lo tanto, hay que rechazar cualquier noción proveniente del campo de la política, la moral o la sociología, lo conduce a concebir tales conceptos como meras funciones o relaciones. Así, la persona jurídica deja de ser una voluntad real creadora de derecho para transformarse

en una multiplicidad de normas relacionadas entre sí, que forman una unidad porque comparten un mismo origen lógico. En suma, la persona jurídica no es concebida de manera naturalista, sino como un complejo de normas. En cambio, para Heller, la construcción escalonada del orden jurídico requiere, en su inicio, de un acto psico-físico. Una norma meramente supuesta no puede realizar el trabajo de fundamento último del derecho.

Otra consecuencia del proceso desubstancializador de la ciencia jurídica que lleva a cabo Kelsen es que la actividad del legislador ya no es concebida en términos psicológicos, sino normativamente. Con esto, las personas individuales y colectivas dejan de ser substancias para transformarse en funciones. En sentido contrario a la perspectiva metodológica de la teoría pura, Heller exhorta al estudioso del derecho a buscar, detrás de esa máscara jurídica, los elementos irracionales que conforman la voluntad viva creadora de derecho (Heller, 1965, pp. 198-199).

Leticia Vita ha subrayado que, para Heller, la despersonalización del derecho realizada por Kelsen hunde sus raíces en su ideología liberal. En efecto, Heller insiste en que el Estado, entendido como expresión de los principios jurídicos fundamentales de una comunidad, que además debe garantizar que el derecho positivo concuerde con ellos, no tiene lugar en la teoría pura. Agrega que el origen de las objeciones en contra de la voluntad del Estado es el individualismo dogmático dominante en la ciencia del derecho, que sólo reconoce al hombre aislado y niega realidad a la “vivencia del yo”, con lo que es imposible explicar la vida social. La tesis de la libertad individual que se afirma frente al Estado es el disfraz ideológico de la oposición liberal a la soberanía estatal (Heller, 1965, pp. 179, 309).

La doctrina de la *pureza jurídica*, imperante en Alemania [...] no es, en el mejor de los supuestos, sino una grandiosa ilusión. El análisis de sus aparentes exigencias lógico-jurídicas y, en particular, la irrealidad de su estado, ha puesto de relieve que no es otra cosa más que una valoración política relativa del liberalismo. Su último vástago, la *Teoría pura del derecho*, es, en esencia,

una absolutización metódica del liberalismo, cuyo postulado fundamental: *libertad frente al estado*, es la máscara de la oposición liberal al dogma de la soberanía estatal. (Heller, 1965, p. 309)

Veámos que los principios jurídicos fundamentales de Heller establecen también una distancia con respecto a la voluntad soberana irrestricta de Schmitt (Vita, 2014, pp. 177-178). Aunque como Leticia Vita misma señala, la posición de Heller no estuvo exenta de variaciones, pues si bien en 1927 admitía que el soberano es quien decide, en caso de necesidad, aún contra el derecho, acercándose a la concepción de Schmitt, dos años después cambia de opinión y afirma que el derecho conforma el poder, lo somete a límites y lo legitima.

Con independencia de cuál haya sido la convicción más profunda de Heller sobre este asunto, las palabras que emplea en el texto sobre la soberanía son muy claras: ahí afirma que los casos de las decisiones *contra legem* muestran que la unidad decisoria universal (*suma potestas*), tiene que continuar siendo *legibus soluta*. Y concluye: “¿pensamos que esta situación perdurará hasta que la historia haga que los hombres sean absolutamente justos” (Heller, 1965, p. 205). Es difícil con esto no pensar que, en última instancia, Heller terminó por justificar moralmente un poder estatal que reserva para sí la posibilidad de actuar por encima del derecho. Y aunque insiste en que tales situaciones son extraordinarias, un poder que puede excepcionar cualquier norma cuando lo cree conveniente es un poder absoluto, pues obedecer sólo las normas que uno quiere es no tener restricción alguna. En contra de Kelsen y Schmitt, Vita concluye que, para Heller, la amoralización de la ciencia jurídica conduce a la “glorificación religiosa del poder” (Vita, 2014, pp. 179-181).

En resumen, el mayor problema de la teoría pura es no ser capaz de explicar la positivización del derecho, la cual sólo puede llevarse a cabo mediante actos de voluntad reales. De esta manera, la unidad del orden jurídico es resultado de la unidad fáctica de la voluntad estatal. Esta unidad real está garantizada en la medida en que las normas del orden concuerden con los principios éticos

jurídicos fundamentales. Esta idea contrasta claramente con la concepción formalista de la unidad del derecho y del Estado de Kelsen. Tal unidad, en la teoría pura, no es resultado de que una misma voluntad quiera que los miembros de una comunidad se comporten de cierta forma, sino que tiene que ver con que las normas de un orden puedan remitirse a una misma fuente de validez lógico-formal. Decíamos que, en Heller, el carácter dialéctico de la relación entre Estado y derecho consiste en que la voluntad estatal está ligada por normas, pues en caso contrario se vería privada de poder; pero, a su vez, el Estado es en sí mismo poder porque sólo así puede establecer y asegurar el derecho (Vita, 2014, p. 181).

VII. La positivización del derecho

Uno de los aspectos más controvertidos de la teoría pura es la relación que hay entre la validez de las normas y su eficacia. Se suele señalar que al admitir que esta es una condición de la primera, Kelsen contradice su postulado de la pureza, pues acepta que un factor real, la obediencia a las normas del orden, es necesaria para su validez. Sobre ello diremos algo a continuación. Pero antes veamos las consecuencias que extrae David Dyzenhaus del proceso de despersonalización del derecho que emprende Kelsen, en un texto dedicado a explorar las posturas de este y de Heller en torno al estado de derecho. Ahí afirma que la teoría pura quiere deshacerse de la noción de Estado como actor político; de la de soberanía concibiéndola como expresión de la autonomía y sistematicidad del orden jurídico; y, por último, intenta desaparecer la idea de que el derecho tiene que ser positivizado, pues la validez de sus normas, salvo la de la norma básica, depende de criterios formales (Dyzenhaus, 2000, pp. 30-31).

Si bien las dos primeras afirmaciones son verdaderas, en la medida en que, en efecto, Kelsen no concibe al Estado y su soberanía en términos políticos o morales, es erróneo decir que quiere deshacerse de la positivización del derecho porque este fenómeno

implica dar entrada a actos de voluntad reales. Basta la siguiente cita para ver la centralidad del proceso de positivización en la teoría pura:

Si se considera el orden jurídico como un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos; por tanto, si la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, de la cual es contenido, resulta que la positividad del derecho constituye, desde este punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individuación; la creación y la aplicación del derecho son, pues, problemas jurídicos, y el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y ejecución, una cadena de creaciones sucesivas. *Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto se le individualiza* (Verdross). (Kelsen, 1965, p. 327)

Creación y aplicación del derecho, dice Kelsen, son problemas jurídicos, por lo que su solución no hay que buscarla fuera de la teoría pura, en el ámbito de la política o las relaciones de poder. Así visto el asunto, estos dos momentos de la dinámica jurídica son actos de individuación regulados por normas, no expresiones de una voluntad natural situada fuera del orden jurídico. En el pasaje citado se afirma que la relación entre los actos creadores y aplicadores de derecho y las normas que los regulan es jurídica. Mediante ella, el orden jurídico se individualiza o positiviza. Por esto, se puede sostener que el problema de la eficacia como condición de la validez del derecho no es otro que el de su positivización. Sólo en cuanto sus normas son creadas conforme a las disposiciones superiores que regulan este proceso, acto por el que tales normas supraordenadas son aplicadas, se puede afirmar que un orden jurídico existe. De esta manera, la eficacia de un orden es igual a su individuación, ya que, si sus normas no fueran, por lo general, eficaces, si no se positivizaran, y se quedaran, por ejemplo, sólo a nivel constitucional o de leyes generales, no podríamos decir que tal derecho existe y que regula la conducta de las personas sujetas a él.

Así, Kelsen habría resuelto las dificultades que para su doctrina representa la noción de eficacia, puesto que la relación de adecuación entre hechos y normas, que este admite debe darse en un cierto grado para que podamos decir que un orden jurídico es válido, no implica que para explicar el derecho sea necesario recurrir, en última instancia, a la realidad empírica. Esto es así porque los actos de creación y aplicación normativa no son eventos naturales en la medida en que estos quedan definidos en una norma, constituyéndose, de esta manera, en “problemas jurídicos”.

En este sentido es posible sostener que el concepto de eficacia, en un orden dinámico, es una categoría lógico-trascendental del sistema kelseniano cuya función es dar por sentada la existencia, para la jurisprudencia, de su objeto de estudio. Sólo en la medida en que un orden es eficaz, es decir, se individualiza, podemos afirmar que existe, que regula la conducta de sus sujetos. Tenemos entonces que, contrario a lo que sostiene Dyzenhaus, de que Kelsen busca deshacerse de la positivización del derecho, este existe sólo en la medida en que se individualiza. La positivización de sus normas es, como dice Kelsen, un “problema jurídico” y no uno de carácter político, pues lo que a la teoría pura le interesa garantizar es la existencia del derecho como objeto de estudio de la ciencia jurídica y no su realidad en tanto fenómeno social. Heller pierde de vista que, para Kelsen, si queremos explicar el derecho como un orden dinámico de la conducta, debemos suponer, para el análisis, un orden positivizado hasta el último nivel de la sentencia. Esto es lo que significa afirmar que la individuación de las normas de un orden jurídico es lo que garantiza su existencia en tanto objeto teórico. En consecuencia, no se trata aquí de la realidad social del derecho, ya que esta no es el objeto de estudio de la teoría pura. Por supuesto que Kelsen aceptó que en la creación del derecho intervienen factores políticos, sociales y de otros tipos, pero sostuvo que la consideración sociológica de estos elementos no es tarea de la ciencia jurídica.

VIII. El proyecto desubstancializador de la doctrina kelseniana¹

En términos generales, la oposición entre Heller y Kelsen gira en torno a que el primero tiene una concepción substancialista del derecho y el Estado, la cual incorpora elementos materiales; en cambio, para el segundo, derecho y Estado son estructuras formales (funciones), que pueden asumir cualquier contenido. Tal diferencia puede rastrearse en las fuentes doctrinales de inspiración de estos autores; mientras que Heller parece apegarse más a las líneas del neokantismo de la escuela de Baden, Kelsen, claramente, se alinea con el de la escuela de Marburgo. No es este el lugar para hacer una caracterización completa de estas dos corrientes de pensamiento que dominaron la filosofía alemana durante la segunda mitad del siglo XIX y los primeros decenios del XX; sin embargo, quizá la diferencia central entre ambas, y la más determinante en la oposición entre estos juristas, es que la escuela de Baden pone su énfasis en el concepto de valor, en tanto la de Marburgo se orienta hacia las preocupaciones epistémico-metodológicas, a las cuales es ajena dicha noción.

El movimiento neokantiano marburgués buscó aplicar el método kantiano de la deducción trascendental a las ciencias de la cultura (*Kulturwissenschaften*). La obra de Hermann Cohen es el mejor ejemplo de este propósito. Por su parte, Kelsen mismo concibió su edificio teórico como la deducción trascendental de las categorías *a priori* de la ciencia del derecho. Así, la teoría pura se inspira en el ideal desubstancializador y de eliminación de dualismos ontológicos que guió a esta escuela. Un texto temprano de Kelsen, en el cual se hace un uso extendido de la noción de función, es *On the Borders between Legal and Sociological Method*, de 1911. Este concepto Kelsen lo toma de Ernst Cassirer, quien lo desarrolla en su monumental obra *Substancia y función*. En ella, Cassirer describe en gran detalle el proceso histórico de desubstancialización que ha

¹ En esta sección se retoman ideas sobre la relación teórica entre Kelsen y Cassirer.

tenido lugar en las ciencias formales y naturales, desde los antiguos griegos hasta la teoría de la relatividad de Einstein. A partir de la filosofía presocrática, primero la matemática y después la física y la química, las disciplinas de la naturaleza han substituido, gradualmente, la noción de substancia por la de función. La más reciente expresión de este proceso, cuando se publicó la segunda parte del texto de Cassirer en 1921, era la concepción del espacio y el tiempo de Einstein. Por su parte, Kelsen hace una analogía entre la noción de átomo de la física moderna, caracterizada como un punto hipotético de relaciones posibles, y el concepto de Estado, en términos de un centro de imputación normativa.

La influencia que, en la teoría pura, tuvo la descripción de Cassirer de esta modificación en la comprensión de los conceptos científicos, se observa en tres aspectos centrales: la concepción de la persona de derecho, del Estado y de la norma jurídica. Ya tuvimos ocasión de mencionar las dos primeras en los apartados anteriores. Con respecto a la tercera, Kelsen dice que la forma general de la norma jurídica pertenece a la esfera de lo ideal, es decir, es una construcción teórica, por lo que no se obtiene mediante observación de la realidad. La proposición jurídica: "si a debe ser b", revela la estructura lógica de las normas y no afirma un hecho particular, por ejemplo, la probabilidad de que un juez aplique una sanción "b", en caso de que se cometa un ilícito "a". Ni siquiera es cierto, sostiene Kelsen, que las normas se expresen realmente de esta forma, pues es frecuente que las partes de estas se encuentren, incluso, en diferentes textos legales. De esta manera, lo que la proposición jurídica manifiesta es la forma lógica de toda norma, la cual, en ocasiones, hay que reconstruir a partir del material jurídico disponible.

Así como en la física la noción de átomo ha dejado su significado de entidad física, para adquirir el sentido de postulado lógico que sirve para expresar un haz de relaciones fundamentales, que son condiciones necesarias para el conocimiento del mundo (Cassirer, 1953, p. 156); en la ciencia del derecho, el concepto de norma se ha convertido en una función, la cual afirma que dos eventos están conectados mediante un nexo imputativo. Más allá de qué

tipo de eventos estén enlazados a manera de ilícitos y sanciones, la forma general de su relación permanece inalterada. De acuerdo con Cassirer, hay dos clases de conceptos: los que representan existencias particulares y los que expresan formas de relación (Cassirer, 1953, p. 165). Para Kelsen, la noción de norma pertenece a esta última.

Tenemos entonces que el *Sollen* kelseniano es el elemento constante en la norma jurídica, o sea, la forma de los juicios por la cual la ciencia del derecho organiza el contenido de un orden jurídico en una unidad sistemática. En este sentido, el “deber ser” expresa la función formal normativa del derecho. Por su parte, los elementos “a” y “b”, los cuales son enlazados en la proposición jurídica, son las variables en la norma de derecho, que puede expresarse simbólicamente como una función $F(a,b)$, en donde F representa el “deber ser” kelseniano. La anterior caracterización funcional de la norma jurídica deja en claro la razón por la que Kelsen excluye de su teoría cualquier elemento psicológico, sociológico o moral en la explicación del derecho.

Además, la concepción de la forma de la norma jurídica como función elimina cualquier interpretación de carácter antropológico, pues no hace referencia a actividad consciente alguna de seres humanos. El *Sollen*, o imputación periférica, es la expresión de la regla progresiva sintética *a priori* mediante la cual un órgano autorizado puede enlazar una sanción a una conducta. En este proceso no se incorpora ningún valor, juicio, ideal u obligación moral. El “deber ser” se refiere solo a la forma de los juicios de la teoría del derecho. En lenguaje kantiano, la imputación es la forma lógica *a priori* de todas las normas posibles, o de la totalidad de la experiencia jurídica.

Por otro lado, Kelsen emplea la explicación de Cassirer del desarrollo histórico de los conceptos científicos en su crítica a la tendencia, en la teoría jurídica, a transmutar funciones en cosas o substancias. Esto sucede cuando el Estado es definido en términos de una “realidad psicosocial” o “voluntad colectiva”. Tales fórmulas expresan el hecho de que una pluralidad de actos de vo-

luntad individuales posee un mismo contenido, pero de ninguna manera implican la existencia de una voluntad supraindividual. De esta forma, aquello que es realmente una condición de una conducta específica de individuos particulares, se transforma en una entidad autónoma, o sea, una función se transfigura, mediante una hipóstasis, en una substancia, la cual asume el papel de sujeto real de la conducta (Kelsen, 1965, p. 12). Como veíamos, este fenómeno está en la base del señalamiento de Heller, contra Kelsen, de que la noción de soberanía necesita referirse a un poder real y no ser una mera noción formal. Un proceso similar se desarrolla cuando se piensa que el Estado no es sólo una regulación de la conducta humana con un alto grado de centralización de las funciones de creación y aplicación normativa, sino que forman parte de él los mismos individuos, como unidades psicofísicas, sometidos a la regulación. Aquí, de nuevo, el foco de atención se desplaza de la esfera ideal de los conceptos al terreno de la existencia real de los individuos regidos por el orden. En otras palabras, la referencia es sustituida por lo referido, la relación por lo relacionado. En suma, la función es abandonada por la substancia (Heller, 1965, p. 123).

IX. Consideraciones finales

Decíamos al inicio que el debate entre Heller y Kelsen se dio en el contexto de la polémica en torno al método adecuado para la teoría del derecho. Esta controversia tuvo, de telón de fondo, la constante inestabilidad política que vivía el régimen democrático de Weimar, asediado por sectores civiles y militares que pedían volver a la concentración de poder de la monarquía Guillermina. Si bien ambos juristas unieron fuerzas contra Carl Schmitt en el debate a propósito del golpe de estado a Prusia en 1932, sus puntos de desacuerdo son evidentes. Una de las críticas de Heller a Kelsen dice que la doctrina de la norma básica falla en su intento de fundamentar el derecho. En consecuencia, en el fondo de la teoría pura se aso-

ma una ilimitada voluntad de poder no sujeta a norma alguna. Si el presupuesto teórico de la norma básica es una condición necesaria para interpretar jurídicamente una serie de actos de voluntad, pues sólo así es posible considerarlos actos creadores de normas, parece que, en los orígenes de un orden jurídico, sólo nos encontramos con fuerzas de poder real, las cuales requieren, para que su voluntad se convierta en norma, sólo de un grado mínimo de eficacia. Pero esta crítica pierde el blanco, ya que el objetivo de Kelsen es explicar el origen teórico de la normatividad jurídica y no su comienzo histórico. Para cumplirlo, este sólo puede recurrir a una categoría *a priori* estilo kantiano, en tanto el “deber ser” de las normas no puede derivarse de algún hecho social o moral. La teoría pura ni acepta ni rechaza la idea de que en los inicios temporales de los órdenes jurídicos las normas son resultado de una voluntad ilimitada o, por el contrario, de una sujeta a parámetros políticos o morales. La razón es que ese es un tema que va más allá de sus pretensiones

Heller, por su parte, se embarca en una difícil dialéctica, que no queda del todo clara, entre poder y norma, en la cual ninguno de estos elementos es fundamento del otro, sino que se fundamentan mutuamente. No entraremos aquí en la discusión de la consistencia lógica de una estrategia que hace que un fundamento sea a su vez algo fundado. Pero sí queremos referirnos a la pregunta con que iniciamos: ¿cuál de las teorías, la de Heller o la de Kelsen, constituye una mejor defensa ante regímenes moralmente injustos? Me parece que la respuesta es que ninguna puede evitarlo. Para Kelsen, cualquier contenido puede ser derecho, lo cual además es históricamente cierto. Por otra parte, pedirle algo que expresamente dejó fuera de su consideración teórica, ocuparse no sólo del derecho que es sino también del que debe ser, es una exigencia fuera de lugar.

De otro lado, la referencia helleriana a los principios ético-jurídicos fundamentales no descarta la posibilidad de normas inmorales, ya que conceptos como “espíritu del pueblo” o “estado de cultura”, son tan vagos que, incluso, pueden ser usados para dar a

una ideología criminal un barniz de legitimidad. En este sentido, la teoría pura pone de manifiesto que el contenido de las normas jurídicas depende totalmente de la voluntad de quienes ejercen funciones de autoridad. En el plano político, Kelsen admite que las distintas ideas en torno a cómo debe organizarse una sociedad han buscado una justificación ideológica, pero lo hace tanto el liberalismo, cuando legitima la propiedad privada recurriendo a la idea del derecho natural de los individuos a poseer los frutos de su trabajo, como el socialismo, al sostener que el resultado del esfuerzo individual pertenece al grupo social. Pero su insistencia está en prevenirnos de los intentos de usar el nombre de la ciencia jurídica con fines de justificación ideológica. Esto sucede con el iusnaturalismo tradicional, en el cual, pese a sus esfuerzos por justificar teóricamente un cierto orden social, sólo encontramos, detrás de sus supuestas normas perennes, el rostro del poder desnudo.

Para Heller, los límites al poder (Estado), cuya voluntad se erige en norma, surgen de la misma naturaleza del derecho y, en ese sentido, tienen una justificación teórica. Sin embargo, su tesis de que el derecho y el Estado están presentes el uno en el otro, pero que aun así conservan su propia identidad, resulta poco convincente. Por lo que, a pesar suyo, la gorgona del poder se asoma en su doctrina. Con el añadido de que la introducción de sus principios ético-jurídicos fundamentales, los cuales aparentemente someten al poder, en realidad son fórmulas que pueden legitimar cualquier contenido. En todo caso, parece que debemos seguir confiando en que la experiencia histórica y los progresos civilizatorios de la humanidad hagan que los regímenes políticos se ajusten a los estándares éticos que nos hemos dado a lo largo del tiempo.

X. Referencias

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Ariel.
- Cassirer, E. (1953). *Substance and yunctionn & Einstein's theory of relativity*. Dover Publications.

- Dyzenhaus, D. (1997). *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Clarendon Press.
- Dyzenhaus, D. (2000). The Gorgon head of power: Heller and Kelsen on the Rule of law. En P. C. Caldwell y W. E. Scheuerman, *From liberal democracy to fascism* (pp. 20-46). Humanities Press.
- Heller, H. (1965). *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. (M. de la Cueva, Trad.) Universidad Nacional Autónoma de México.
- Heller, H. (1968). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1965). *Teoría general de Estado*. Editora Nacional.
- McCormick, J. P. (2013). Legal theory and the Weimar crisis of law and social change. En P. E. McCormick, *Weimar thought. A contested legacy* (p. 451). Princeton University Press.
- Vita, L. (2014). *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Cómo citar

IJJ-UNAM

García, Mario, "Heller y Kelsen. Sobre el derecho y el Estado", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 20, núm. 20, 2026, e20253. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2026.20.20253>

APA

García, M. (2026). Heller y Kelsen. Sobre el derecho y el Estado. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 20(20), e20253. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2026.20.20253>