

## LA REPUBLICA SIN SOBERANO: LA QUERELLA SOBRE EL ESTATUTO DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

*Claudio Anibal Contreras<sup>130</sup>*

Recibido em: 21/10/2019  
Aprovado em: 06/02/2020

### RESUMEN

En el presente artículo vamos a analizar los orígenes de la Constitución alemana desde los comienzos de la República Federal. Con respecto a ello, la historia constitucional desarrolló dos líneas de lectura sobre tal época: en primer lugar la que se enfoca sobre el rol de la escuela de Friburgo y el pensamiento ordoliberal; en segundo lugar, la que se enfoca en el giro socialdemócrata de la escuela de Frankfurt ante la crisis del socialismo. En tercer lugar, sin embargo, es preciso considerar el desarrollo del pensamiento reaccionario de Forsthoff, Gehlen y Schelsky en la teoría política, y sus consecuencias sobre el problema de la biopolítica.

**Palabras claves:** Ley de Bonn. Administración. Prestación. Intereses. Constitución.

### 1 INTRODUCCIÓN

Hemos señalado en análisis anteriores que la oposición entre los positivistas, como Kelsen, y los decisionistas, como Schmitt, pero también las posturas matizadas de la negociación en Heller por el Estado social de derecho y la administrativa del Estado prestador en Forsthoff, quedaba del todo por fuera del ámbito de discusión de la República Federal Alemana. En primer lugar porque los conceptos de soberanía y constitución, pero también de derecho social y administración del bienestar, que habían regido en los años de Weimar, pasan a un segundo plano al plantearse el problema de un liberalismo del “orden” o neoliberalismo tal como lo formuló la democracia cristiana y aun la social-democracia de Brandt.

Hemos analizado la posición de los neoliberales a partir de los análisis de Francois Bilger

---

<sup>130</sup> Advogado da UNLP. Doutor em ciências jurídicas pela UNLP. Professor na Universidade Nacional do Noroeste da Província de Buenos Aires e na Universidade de El Salvador de Buenos Aires.

sobre el ordoliberalismo alemán en la postguerra y su concepto del Estado de derecho: nos toca, en confrontación, analizar el modo en que se establece una noción de la administración sin “Estado”. Es ejemplar el hecho de que Forsthoff trató de adaptar sus conceptos administrativos en los años setenta: en sus análisis de la Sociedad industrial Forsthoff asume una postura crítica con respecto a sus tesis antecedentes sobre el Estado totalitario, pero a la vez intenta analizar cómo es posible el sostén de un gobierno y una administración sin un Estado soberano. Para Forsthoff, la República Federal de Alemania surgía bajo unas circunstancias que la exponen a las repercusiones de la sociedad industrial en mayor medida que a la mayoría de los Estados que le eran contemporáneos. Se proponía, entonces considerar a la República Federal de Alemania como el paradigma del Estado de la sociedad industrial. El problema concierne entonces al modo en que se puede abordar la cuestión constitucional en la segunda mitad del siglo XX: para Forsthoff la República Federal presenta un modelo del estado sin Estado que vendría a ser un paradigma para el fin de siglo.

## **2 LA DISTINCIÓN ENTRE EL ESTADO TOTALITARIO Y EL ESTADO SOCIAL.**

Ernst Forsthoff fue uno de los alumnos de Carl Schmitt que tentó de establecer un nexo directo entre las políticas estatales del bienestar masivo (*Massenfürsorge*) que fueran puestas en vistas, no ya a la aplicación de la ley en la preservación de los derechos, sino al modo en que la vida humana misma es asumida, por fuera del derecho en sus condiciones biológicas de existencia como una “procura de la existencia” (*Daseins Vorsorge*), y la estructura jurídico-política del Tercer Reich en términos de un Estado total. Estas últimas se habían propuestos desde inicios de la década del treinta, como lo nota Mehring (Schlink-Jacobson, 2000: 318) el desmantelamiento de la relación de inmanencia entre la preservación de los derechos subjetivos y la participación democrática en términos de apelación, representativa-cameral, judicial-fiscal, procesual o litigante, penal o civil, a la legalidad. En otros términos anulaba cualquier tipo de apelación al reconocimiento de derechos (no solo los liberales subjetivos), así como al protocolo formal legal que en el *Rechtsstaat* tal como lo formulaban los tratadistas de Weimar (Jellinek, Weber, Kelsen) tenía que asegurar el pasaje de la legalidad a la administración por medio de la “aplicación” correcta de la ley.

El punto en que el concepto de la administración en Forsthoff entra en contacto con el nazismo es precisamente aquel en que se ve desligada de toda referencia a los derechos constitucionales de Weimar, y a los protocolos de aplicación de la ley del *Rechtsstaat* liberal: la administración surge entonces como una instancia política independiente que puede ser adosada a un aparato diverso pero no incompatible que en el momento de su adhesión al nazismo Forsthoff denominará el Estado total. El punto común de esta articulación es el problema de la biopolítica: por un lado la administración “directa” sin restricciones de derechos ni de legalidad formal, reemplaza el problema de la decisión soberana sobre un espacio de localización (*Ortung*) que formulaba Schmitt o aun Heller (Schmitt, 2000: 363), para suponer la existencia de un “espacio vital” (*Lebensraum*), por otro el Estado total supone la formación de una instancia de gobierno que se define por el aparato exclusionario del racismo donde la unidad “de especie” del pueblo se presenta como únicamente distinguible a partir de la “expulsión” de un otro. Ahora bien, el problema reside en si es posible distinguir entre una biopolítica administrativa del “espacio vital”, y una biopolítica gubernativa del racismo, o si bien son la misma y en qué medida.

El problema de esta distinción es el siguiente: mientras que la biopolítica de racismo de Estado deja de verse operante en el discurso político de la post-guerra, el problema del “espacio vital” y de la administración se mantiene y se adosa a los discursos en torno al Estado social: este tránsito puede verse en el mismo discurso de Forsthoff, quien mantiene como una solución de continuidad entre el nazismo y la República Federal, el problema del pasaje de un Estado de derecho liberal, orientado hacia los derechos individuales, a un Estado social, orientado hacia la “procura de la existencia”. El problema es particularmente alarmante por la extrema puerilidad con que el discurso de los juriconsultos ha adoptado el concepto de “procura existencial” de Forsthoff como un “aporte” al problema de los “derechos sociales”, pero ante todo sin revisión alguna del modo en que esto se liga al problema de la biopolítica, y menos aún al problema de las políticas eugenésicas y racistas. Del mismo modo que, como lo nota Agamben, es problemático el nexo en Schmitt entre una teoría racista de la conducción del pueblo por parte del *Führer* en términos de pastorado, y la teoría schmittiana de la constitución de la democracia por la voluntad del pueblo en la aclamación: si bien ambas coinciden en el facismo nazi, sin embargo, mientras que la primera sucumbe con el mismo, la segunda trasciende a las democracias contemporáneas y llega hasta sus formulaciones habermasianas.

Ahora bien el silencio de la jurisprudencia con respecto a ello es tal que llega al punto de que, en el tratamiento que hace Landwerlin sobre la cuestión de este pasaje en Forsthoff, da una especie de “salto” de la crisis de los derechos sociales del Estado de derecho liberal en la Constitución de Weimar, a la formación del Estado social de derecho con la ley de Bonn en la postguerra entre los cuales la evidencia del hiato no deja de sorprender: en este “salto” Forsthoff encontraría el pasaje a un Estado social donde la técnica asumiría las condiciones de la existencia humana en su vida biológica. Pero Lanwerlin no refiere, sin embargo que Forsthoff considera que es el nacional-socialismo el movimiento que inaugura este pasaje del Estado de derecho, que se ocupa de la garantía de la libertad individual, al Estado social, que asume la *Dasein Vorsorge*. Obviamente Forsthoff modificará en la postguerra los términos de esta formulación adaptando a las condiciones formales del derecho de la República Federal Alemana, las formulaciones del Estado social: pero en términos generales el problema de la procura existencial y el estado de seguridad social es el mismo entre sus formulaciones nacional-socialistas y sus formulaciones republicanas.

Desde el punto de vista de la polémica que sigue durante la postguerra entre Fosthoff y Abendroth puede permitírnos entender a su vez aquella que en la economía vendría a establecerse entre Keynes y Hayek, el problema de la biopolítica tiene que modificar sus formulaciones. En otros términos ¿puede hablarse de una ruptura de una tanatopolítica del racismo, donde el eugentismo implicaría a su vez una teoría de la degeneración de la raza en los estados totalitarios, a una biopolítica de la seguridad poblacional en términos de sus formulaciones por parte del neoliberalismo de la postguerra? Más, distinguiendo distinguiendo sus funciones, no se trata de preguntar hasta qué punto las políticas de la “vida” y la “vivienda” y de las condiciones de vida “dignas” se diferencian de aquellas del eugenetismo racial a nivel de su formulación efectiva. Se trata de preguntar más bien cual es el campo de sujeción en que se ponen en disputa las diferencias entre un racismo y un socialismo, entre una administración de la necesidades y una gestión del ambiente, no solo con respecto a la función que cumplen, sino, ante todo, con respecto al dispositivo exclusionario que implican. En segundo lugar, ¿de qué modo la administración del estado prestacional y el reconocimiento de derechos sociales del Estado social de derecho se distinguen a nivel de que puede diferenciarse entre la función de seguridad y la función de liberalidad? El planteo de estas cuestiones solo puede determinarse a partir de la distinción, no ya entre un aspecto procedimental frente a un proceso epistemológico, sino al problema de la

determinación de instancias de apelación que permitan la definición de un campo de sujeción en juego. Es evidente entonces que no podemos reducir, como Cavalletti lo hizo recientemente, la biopolítica al dispositivo del racismo que lleva a la distinción amigo-enemigo a aquella biológica de la degeneración y eugenesia: hay otro aspecto del biopoder, que no siempre le fue separado, que concierne a la gestión de la vida en formas diversas. En primer lugar como administración prestacional de las necesidades vitales en la “procura de la subsistencia” (*Daseinvorsorge*), en segundo lugar como gobierno del ambiente en vistas a la inversión de los recursos vitales en la “política de la vida” (*Vitalpolitik*): es en este punto, me parece, que hay que interrogar a las disputas entre el Estado social de derecho y el *Rule of law* neoliberal.

### **3 LAS REFORMULACIONES EPISTEMOLÓGICAS DE LA POSTGUERRA: EL CONCEPTO HISTÓRICO DEL ESTADO.**

Forsthoff no renuncia, sin embargo, a la confrontación con las tesis weberianas del Estado de derecho, y toma partido por concebir al Estado moderno como soberano en el sentido de la potestad mayor, y no solo del monopolio del poder coercitivo: junto a la soberanía, el Estado moderno coloca su *justificación*. Esta justificación del poder del Estado por sí mismo “ante Dios” que forma el concepto de soberanía, supone la retirada del campo de la política de las pretendidas «verdades reveladas» defendidas por los partidos religiosos en pugna. Pero aparte de ello, la unión de soberanía y razón tenía un significado aún válido para los racionalistas como Hobbes. De allí que la racionalidad, que Weber consideraba algo específicamente distintivo del Estado burgués de derecho, se encontraría vinculada al Estado moderno caracterizado por la soberanía, desde su mismo nacimiento. Forsthoff se confronta entonces con Weber afirmando que el concepto mismo del Estado es moderno con respecto a su noción del la soberanía, antes que aquella del Estado de derecho: la soberanía confiere a su titular no sólo el monopolio de la violencia legítima, sino también la capacidad incompañada de definir lo legal y lo ilegal, y ello sin sanciones en caso de abuso de poder (Forsthoff, 1971: 25).

Estas distinciones hechas por Forsthoff son decisivas ante todo con respecto al problema de la posibilidad de una República sin soberanía como la Federal Alemana de la postguerra: Foucault había reconstruido la historia de la misma con respecto al neoliberalismo, pero es preciso, a la

inversa, hacerlo también desde el punto de vista de los críticos del publicismo jurídico. Para Forsthoff, como para Schmitt, esto tiene sus raíces en las revoluciones burguesas del siglo XIX, pero en la postguerra llega sobrepasar los principios del Estado (Schmitt, 2000: 234). Más allá de la oposición entre un partido liberal democrático y un partido monárquico restaurador, la formación de la noción del Estado de derecho pasó a regir desde mediados del siglo XIX: el Estado era una personalidad abstracta, donde soberanía y gobierno eran atributos jurídicos, cuya efectucción se definía en la constitución y en la administración jurisprudencial. De allí que no puede afirmarse sin más que la teoría del Estado como persona jurídica fuese concebida desde el primer momento como un ataque al principio monárquico. Este antecedente del Estado de derecho del siglo XIX, sin embargo, sufrirá modificaciones fundamentales hasta ser reformulado a fines de la postguerra por la Ley de Bonn (Forsthoff, 1971: 34).

#### **4 EL PROBLEMA DEL FIN DE LA PRIMERA GUERRA Y LA FORMACIÓN DE LA REPUBLICA DE WEIMAR: ESPARTAQUISMO, MONARQUISMO Y SOCIAL-DEMOCRACIA.**

Rosa de Luxemburgo se había ocupado durante los años de la Primera Guerra de criticar los principios moderadores de la social-democracia para evitar que la misma cooptara a los obreros alemanes: una vez perdida la guerra y caído el viejo orden, era propicia la situación para una revolución social. Esta teoría era a la vez política y económica: política porque suponía una vacancia de poder, y económica porque suponía un desgaste mayor de la productividad en recursos bélicos. Para Forsthoff, esta situación viene a renovar el problema político de los conceptos fundamentales del derecho político, frente a la situación de formalización positivista que regía desde mediados del siglo XIX: el resultado de la guerra mundial y la revolución de noviembre de 1918 que era consecuente, y daba el pie a tal transformación (Forsthoff, 1971: 43).

Según el mismo, se trató de una lucha por el poder (con todas las características de la guerra civil) y, consiguientemente por la soberanía, entre la izquierda radical espartaquista y los revolucionarios moderados (es decir, la socialdemocracia), agrupados en el consejo de comisarios del pueblo, acabó con la derrota de la izquierda. La dictadura del proletariado, el estado de excepción, el estado de necesidad habían dejado de ser términos teóricos. El poder firme del Estado,

actuando dentro de los límites de la ley, había dejado de ser una realidad incontestada. Forsthoff describe, en tal contexto, el surgimiento de la teoría decisionista, que oponía lo existencial y lo vital de la situación factual, a las formas abstractas del derecho positivo:

Estados de excepción y transcurso normal de la vida constitucional se superponían. En tal situación, bastaba una frase para situar de nuevo a la soberanía en el centro de atención de la teoría del derecho y del Estado. Con tal frase se iniciaba la «Teología política» de Carl Schmitt en 1922: *es soberano quien decide sobre el estado de excepción». Si la soberanía es el derecho y la efectiva capacidad de decidir en los conflictos existenciales, la cuestión de la soberanía puede convertirse en algo anticuado si la vida transcurre normalmente y libre de conflictos, e incluso puede llegar a olvidarse cuando fuerzas políticas antagónicas (como las fuerzas monárquicas y republicanas en el siglo XIX) se ponen de acuerdo respecto a una normalidad constitucional, y tal normalidad es respetada, como ocurrió en el caso de la monarquía constitucional.* (Forsthoff, 1971:19).

Para Forsthoff, la socialdemocracia de Weimar no era en verdad un régimen: se trataba más bien de un acuerdo de sectores para frenar el avance de los partidos políticos de extrema izquierda y derecha. En otros términos, se pretendía que los intereses económicos fueran a la vez moderados por los grupos sociales en la formación de una burocracia administrativa y de sindicatos y asociaciones de negociación de los partidos. Forsthoff es entonces congruente aquí con los diagnósticos sobre la socialdemocracia, tanto de la izquierda, por parte de Rosa de Luxemburgo, como de la derecha, por parte de Carl Schmitt: la falta de una determinación soberana, sea de la dictadura del proletariado, sea de la monarquía, generaba una crisis gubernamental (Schmitt, 2002; 126).

Forsthoff considera estos problemas que atravesaban a la República de Weimar en términos de una crisis de la política Estatal: en otros términos, el Estado se veía absorbido por las demandas de lo social y lo económico, y no podía ejercer ninguna decisión suprema. Analiza entonces las circunstancias indicadas impidieron a la República convertirse en un Estado lo suficientemente fuerte como para afrontar la crisis que comenzó con las elecciones de septiembre de 1930. Este problema, de la formación de un aparato soberano totalitario alcanzado por medios administrativos es la paradoja que Forsthoff viene a plantear, cuya expresión es la declaración de un estado de excepción “legal” en el nazismo: de allí que rechace sus tesis sobre el “Estado totalitario”. Este último se muestra ante todo como una especie de anulación de la politicidad y, como, diría Arendt, una asunción de la masa impolítica (Arendt, 1993: 32) .

## **5 LA REPUBLICA FEDERAL Y LA LEY DE BONN: EL PROBLEMA DE LA “MUERTE DEL ESTADO”.**

Forsthoff analiza el problema del surgimiento de la Republica Federal en términos de una “legalidad aplicada” sin recurso a ninguna de las formaciones soberanas: pero esta legalidad no es, sin embargo, aquella que “traduce” los preceptos de la ley fundamental, ni que los aplica en una administración de jurisprudencia correcta. Para comprender el advenimientos de ello se detiene ante todo sobre el problema de la tratadística del Estado de derecho tal como se la formulaba en el siglo XIX de Von Mohl a Jellinek. Los tratadistas del Estado de derecho, comprenden precisamente que es preciso que el Estado haga valer por medio de intervenciones sociales los derechos que le pertenecen a su persona y por ello, garantiza a los individuos: estos teóricos del Estado de la mitad del siglo pasado, como von Mohl, von Stein y von Gneist (que ciertamente eran conscientes de los peligros que suponía el poder social), no vieron ninguna contradicción en aprobar la intervención colaboradora del Estado en los procesos sociales, sin renunciar a la separación Estado-sociedad: se oponían con ello al formalismo de Laband, Sthal y Jellinek. Estaban de acuerdo en que la desigualdad social encontraba su contrapartida dialéctica en la igualdad ciudadana, y que el lugar de la libertad no era la sociedad, sino el Estado. La libertad tiene como protector al Estado, cuya principal misión es, según von Stein, evitar que aparezcan nuevas clases jurídicamente privilegiadas a partir de la existente desigualdad social: en otros términos, en su visión anti-revolucionaria y ricardiana de la sociedad, el problema estaba en evitar el pauperismo. Pero a la vez, el problema partía de que el Estado era el portador de los derechos constitucionales como persona jurídica, y no los individuos que estaban sujetos al mismo. De hecho, la realización social pudo hallar su camino sólo por encima del Estado: esto para Fosthoff es un hecho consumado ya en la Republica de Weimar: en la seguridad social, las instituciones de derecho del trabajo, y sobre todo las múltiples formas de la participación social suponen un cuidado y elaborado instrumental a disposición de una real actualización de objetivos sociales. Tal instrumental puede necesitar ciertas mejoras en esta o aquella dirección, pero en conjunto puede considerarse como acabado, porque en las últimas décadas no se le han añadido novedades esenciales. Ahora bien, esta forma de la socialización que es común a los Estado socialistas y capitalistas es lo que se propone analizar con respecto al problema de de la Ley de Bonn (Forsthoff, 1971: p48).

## 6 EL PROBLEMA DE LA TÉCNICA INDUSTRIAL Y LA PLANIFICACIÓN COMO MODOS DE SOCIALIZACIÓN DEL ESTADO.

Para Forsthoff, si en el siglo XIX lo que pasaba a primar era el problema de la transformación social por la industrialización, en las sociedades de masas industriales lo que pasa a regir es la técnica. Esta se presenta como un principio independiente que avanza por encima de las condiciones económicas, sociales, políticas y jurídicas que se le subordinan: reflexión que por otro lado, viene desde Jünger y Gelner, Schelsky pero a la cual Forsthoff le agrega las consideraciones de Walter Benjamin; Rosa de Luxemburgo y Raymond Aaron. En este sentido, Forsthoff modifica su noción del Estado social, tal como este oponía un intervencionismo al Estado de derecho delo positivismo en el siglo XIX: el predominio de la técnica se impone por encima de las formas económicas, sociales, y jurídicas de modo tal que estas se modifican por el mismo. Con respecto a ello, dice, sería ingenuo pretender una “limitación” del mismo avance técnico por el derecho, tal como los derechos privados liberales “limitaban” al Estado: la cuestión política es más compleja, y supone una transición intermedia que es preciso analizar. Según la misma, el problema social venía precisamente a fijar la forma de “derechos sociales” de carácter facultativo y no limitativo, cuya función en la esfera privada era clara, pero que en la esfera publica tenía un carácter eminentemente político.

Ahora bien, no sucede lo mismo que con lo social, y sus derechos facultativos respectivos que con respecto a la técnica y sus usos: ya que otra peculiaridad esencial a la técnica es su afinidad con el poder al cual se ve asociado de forma directa. En este punto Forsthoff reformula la oposición entre los marxistas y los sansimonianos que Walter Benjamin había formulado en su *Libro de los Pasajes*: mientras que Marx consideraba la división social que sucedió a la caída del feudalismo como una división de clases, bajo las condiciones creadas por el capitalismo, Saint Simón veía el desarrollo de la técnica como la iniciación de una si social nueva y definitiva. Forsthoff, a diferencia de Benjamin, considera que esto indicaría su “superioridad” sobre Marx, la cual reside en que el primero consideraba a la técnica como algo nuevo y sin precedentes. La natural consecuencia de esto fue el relativamente escaso interés de Saint Simón y sus seguidores por los problemas sociales: esto constituía sin duda su defecto político y económico. Aquí Forsthoff cita a Benjamin:

“Los saintsimonistas han previsto el desarrollo de la economía mundial, pero no el

desarrollo de la lucha de clases. Junto a su participación en empresas comerciales e industriales a mediados de siglo, se encuentra su desvinculación de las cuestiones que atañen al proletariado”(Forsthoff, 1971: 71).

La consideración de Forsthoff sin embargo es incompatible con el análisis de la técnica tal como lo formulaba Benjamin: para este no se trata simplemente de encontrar una especie de distribución y provisión social de los medios técnicos, sino, a la inversa, de delimitar su uso político. Para Forsthoff, en cambio esta manera hay que plantear la pregunta por la relación entre realización técnica y orden político del Estado en términos del derecho. Benjamin, por otro lado, había negado la posibilidad de un “dominio” de la técnica por encima del ser humano y la naturaleza a través del Estado cuestionando el mismo eje de la distinción.

Forsthoff considera que, si bien el Estado no “muere”, sin embargo se transforma radicalmente con respecto a su estatuto soberano: el problema de la “decisión” mermaría entre la técnica que avanza y las formas posibles de su socialización. Sin embargo, a su vez considera que las determinaciones política y jurídicas de la Republica Federal parten de una “situación” y no de una decisión radical. Forsthoff se propone entonces un cometido meramente expositivo: mostrar las transformaciones que han experimentado las constituciones democrático-parlamentarias del Estado de Derecho y cómo ello repercute en la particularidad del Estado de la sociedad industrial. De allí que pase por las distintas instituciones de la Republica Federal desde su formación (Forsthoff, 1971: 65).

## **7 EL ESTADO TOTALITARIO Y EL ESTADO ORDO-LIBERAL.**

El problema determinante de Forsthoff está en mostrar cómo el orden determinado por la Ley de Bonn parte de una situación dejada por la derrota del nacionalsocialismo sin una instancia de decisión clara. Tal instancia supone que el orden jurídico sea delimitado a través de un mismo “espíritu” estatal: noción que, si bien permite descalificar y distanciarse del dominio totalitario y de la dictadura comunista, sin embargo, no especifica sus propios términos. Forsthoff describe en ese punto al situación de los demócratas liberales de la postguerra: el Estado es descalificado en los devocionarios particulares de la pequeña burguesía intelectual adherido continuamente a la sospecha del totalitarismo, mientras que los arranques políticos en el interior del pueblo son descritos, mientras no se orienten a la derecha, en los liberadores tonos de una democracia llena de

vida. Con tal distinción la forma del consenso social es elevada como fin al cual los medios estatales tiene que ser reducidos.

Forsthoff se distancia de esta forma generalizada del consenso y la opinión pública, para especificar el problema del “espíritu” con respecto a las supuestas decisiones políticas que fundarían a la constitución de Bonn. Tal como Schmitt lo había diagnosticado con respecto a la Constitución de Weimar, su carácter mixto y a la vez contradictorio con respecto al problema de la herencia monárquica y la forma liberal, así Forsthoff lo hace con respecto a la Ley de Bonn, y su forma liberal ajustada a los preceptos sociales del Estado social de derecho (Forsthoff, 1971: 69).

Por último Forsthoff considera de forma crítica las posturas de Kojève, de las cuales estaba al tanto: no hay ni un fin del Estado, ni tampoco un fin de la historia, sino una modificación del concepto mismo del estado y de su devenir en el que no ingresan ni “espíritu” ni “historia”: “¿Se llega con ello al Estado sin situación-límite y con ello el tantas veces mentado fin de la historia?” Para Forsthoff sería esta una apresurada y equivocada conclusión. Más bien indica la aparición de un nuevo tipo de Estado, absolutamente sin precedentes, el cambio de la escena política mundial. El punto del análisis de Forsthoff está precisamente en relevar el terreno para una exposición de las instituciones de la República Federal. (Forsthoff, 1971: 76).

## 8 LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN.

La tesis central de Forsthoff reside en el hecho de que no hay constitución por decisión soberana, sino una ley fundamental por simple determinación de la situación. La Ley Fundamental no es el resultado de una decisión política, sino el producto de una situación de debilidad sin par a consecuencia de las devastaciones de una guerra perdida. Ahora bien, se retoman con ello las tesis de *Legalidad y Legitimidad* sosteniendo que Schmitt fue el primero en exponer que la posibilidad de reforma constitucional no puede ser ilimitada (Schmitt, 2002: 32). El sentido de su teoría es, sencillamente, que el legislador de la reforma constitucional ejerce un poder que le está atribuido por la constitución. Por ello, lógicamente, no puede ser absolutamente dueño de la constitución, porque de esta manera perdería el sustento que le legitima para actuar jurídicamente. Forsthoff retoma entonces el problema de la postulación de valores adicionales a formular de procedimientos jurídicos para fundamental a la constitución frente a los ordenamientos de la casuística, tal como

lo proponía Kelsen. Más importante que ese permanente estado de inseguridad de la constitución es tal asunto: una constitución que sea exponente de una decisión tiene el grado de evidencia inmanente a toda decisión. Por el contrario, situaciones y constituciones que sean producto de una situación se presentan como objetos de especulación. Forsthoff se basa en este punto en análisis que provienen ante todo de la sociología de Raymond Aaron, y de la consideración del problema de las mentalidades de la postguerra tal como las definiría Schelsky: la práctica jurídica corresponde a la mentalidad general, que —políticamente— se encuentra resignada. Es preciso distinguir entonces entre el Estado de derecho del siglo XIX, que venía a limitar el ejercicio del poder del Estado, y el Estado de derecho de la postguerra que se presenta como un principio en sí mismo. Ahora bien para Forsthoff la unidad nacional que se buscaba en el siglo XIX está destrozada: la demolición de la tradición, que ha caminado paralela al proceso de industrialización, ha debilitado también, cuando no apagado, la conciencia de comunidad nacional. Esto repercute en el rango y la función de la constitución. Forsthoff describe la previsión de la existencia distinguiéndola de la dominación política como la prestación de un servicio “impolítico”: la acción del Estado, en cuanto estructura integrada, es a través del cumplimiento de las funciones que le fueron llegando en el proceso de desarrollo industrial y de los que no se pudo escapar: la previsión de la existencia («*Daseinsvorsorge*») y la redistribución social. Con la vinculación al producto nacional como rasero para la redistribución y a las necesidades de la previsión de la existencia, la República Federal se ha sometido a un imperativo fáctico que elimina la soberanía interna del Estado.

Los análisis de Forsthoff se apoyan ante todo en el modo en que ciertos publicistas del siglo XIX se opusieron a la escuela kantiana del Estado de derecho (Petersen, Laband, Von Sthal) estableciendo un modo del Estado social (Von Mohl, Von Stein, Von Gneist), antes de que en la República de Weimar se planteara el problema de la oposición entre el positivismo puro del deber ser de Kelsen y el decisionismo puro de la existencia en Schmitt. La tesis general de Forsthoff, entonces, reside en afirmar que, con la formación de la República federal la Administración ha perdido la posición de primacía que ostentaba frente a la sociedad. Se apunta un proceso que conduce a despojar a la Administración de su esencia soberana y a equipararla a las formas de organización sociales. Concluye allí Forsthoff que tal la equivocación básica de los pronosticadores que interpretan el futuro a la manera de Orwell, mencionada anteriormente, pensar que la extensión de la Administración estatal ha de significar necesariamente también el acrecentamiento del poder

del Estado. Forsthoff entonces llega aquí a sacar conclusiones sobre el problema de la indistinción entre la esfera pública y privada cercanas a las de Arendt (Arendt, 1993: 46). Se indica el problema de la especialización técnica en los puestos estatales: la moderna Administración necesita en manera elevada de saber especializado. Sus puestos más importantes están cubiertos con especialistas. La asimilación del jurista a la moderna Administración se cumplió de manera que también el saber jurídico se convirtió en especializado. Y como no es progresivamente activable, se le eliminó de la Administración activa, configuradora, y se le redujo a lo indispensable, al papel de asesor jurídico. Tal situación, sin duda, ocupa el problema de la privatización de la función del “asesor” o “abogado” (Forsthoff, 1971: 146).

Uno de los primeros problemas que nota Forsthoff aquí es que la ley establece determinados imperativos sin control estatal y deja su aplicación a las funciones técnicas especializadas. Entonces la planificación no es el lugar de una decisión determinante sino de una consecución que sigue los lineamientos de la situación dada. Sin embargo, Forsthoff analiza un caso de planificación posterior al de los tiempos de la reconstrucción y del denominado “milagro económico” para mostrar como este carácter situacional del planismo “despega” de sus presupuestos iniciales. Tal situación exige un control y este presupone, necesariamente, la autoridad del Estado, pero no más autoridad de la que posee todo Estado que pretenda semejante denominación. Para Forsthoff, quien no desee tal autoridad, no se debería pasmar, si un buen día, bajo las repercusiones del incontrolado proceso técnico, se ve sumido en circunstancias tales, que comparada con ellas, incluso la vida en un rígido Estado autoritario parecería más soportable.

Forsthoff se detiene a su vez en la cuestión de la formación de las asociaciones hasta la persona estatal: esta viene a diferir radicalmente de aquella que consideraba al Estado como una especie de tercero garante de los contratos en la sociedad civil. La aparición de los grupos de interés en la esfera constitucional de la República Federal era algo nuevo: ciertamente, ya hubo grupos con objetivos político-económicos durante la Constitución del «Reich» de Weimar. Forsthoff considera allí que el problema de la coacción del Estado y no simplemente la coerción de la ley por la ley es lo que está en juego más allá del problema de los intereses. Uno de los problemas que surge es precisamente la anulación del elementos político e “ideológico” de los partidos: estos ya no operan en la franja de los extremos, sino que, más bien, se anexan a los grupos de interés que los solventan. De este modo Forsthoff concluye el hecho de que la forma del gobierno por consentimiento tiene el peligro de mantener las formas de sujeción a través del interés concertado

(Forsthoff, 1971: 178).

## **9 CONCLUSIONES. EL PROBLEMA DE LA CRISIS DEL SOCIALISMO EN LA REPUBLICA FEDERAL.**

Es sorprendente que la tradición jurídica haya discutido o retomado estos análisis de Forsthoff, e incluso cuando sea de forma medianamente crítica (como es el caso de Landwerlin) sin percatarse de esta relación de la formulación biopolítica tiene su primera exposición y no es abandonada desde la teoría del Estado total: así, de Delgado Ocando, Combellas, Diaz (venezolanos) a Galiana Saura (española) o Reinhold Zippelius (alemán), la fórmula del Estado social de derecho parece verse equiparada con aquella de la “procura de la existencia”. Pero, en verdad, no se hace del todo posible conciliar la forma del Estado social de Forsthoff con aquella del Estado social de derecho de Heller: ello fue un punto de disputa entre los socialistas alemanes durante los años setenta. La disputa reconstruida por Landerlin y gira en torno a la época de la República Federal alemana y el debate sobre el problema de la genealogía del Estado social de derecho en el que se reclamaban los socialistas de la post-guerra. Mientras que Abendroth refiere el antecedente de los mismos, que ya habían tenido cierto reconocimiento en la República de Weimar, a los derechos de trabajo de los socialistas franceses de la *Comune de Paris* en 1848 (tal como lo afirmaba Heller), Forsthoff en cambio lo remonta al fracaso de la revolución liberal alemana –también de 1848- luego del cual los proto-socialistas como Von Stein establecieron una teoría de las necesidades sociales.

En todo caso la tesis de Forsthoff va a residir en la imposibilidad de establecer una solución de continuidad entre la instancia de los derechos constitucionales y la instancia de los actos administrativos: mientras que a los primeros pertenece el Estado de derecho con sus prerrogativas, a los segundos se refiere la situación cambiante de la “procura de la existencia” (*Daseinsvorsorge*). Con esta rearticulación Forsthoff modifica su intento de articular al Estado total con el aparato administrativo volviendo entonces a recurrir a la constitución: el agente de asunción de la denominada “edad industrial” basada en la técnica no es ya el estado totalitario sino el Estado federal, democrático y social que proclama la Ley de Bonn. El diagnóstico de Forsthoff entonces ya no refiere la transformación de la técnica al advenimiento del estado totalitario nazi, sino a las

transformaciones graduales de la industrialización y las políticas poblacionales hasta la Primer Guerra:

La dependencia individual de factores extra-individuales se solapaba por el hecho de la entonces todavía existente economía de la libre circulación (*freie Verkehrswirtschaft*) que desconocía del paro estructural y que satisfacía sin dificultades la necesidades de suministro (...) Pero al quedar estrangulada la economía del libre mercado por la Primera Guerra mundial, al desaparecer el dualismo entre estado y sociedad (...) fue labor del estado acometer la satisfacción de las necesidades individuales (Forsthoff, 1958: 216).

De hecho, Forsthoff parece referir aquí de forma directa al estado totalitario al hablar de una “desaparición de las diferencias entre estado y sociedad” luego de la primera guerra, de modo que vuelve a incluir al totalitarismo en el seno del proceso de transformación del espacio vital que este considera. Forsthoff se devela entonces como uno de los continuadores de la tratadística en torno a los medios de asegurar la vida de la población que inicia con los fisiócratas y la *Polizeiwissenschaft* de Von Justi, y que fue seguida por Malthus, y por Ratzel que estudia la vida de las poblaciones en su “medio” y que, a inicios del siglo XX ve formularse el concepto de “espacio vital” (*Lebensraum*).

Forsthoff opone directamente la procura existencial a la libertad: mientras que de esta última solo pueden gozar quienes poseen de los medios para hacerse cargo de sí mismos, en la edad industrial, dice, la mayor parte de la población se halla expuesta con respecto a sus necesidades vitales. Es aquí donde Forsthoff establece una distinción al nivel del denominado “espacio vital”: habría que discernir, afirma, entre el “espacio vital individual” (*beherrschten Lebensraum des Einzelnen*) y el “espacio vital efectivo” (*effektiven Lebensraum*). Aquellos que se encuentran en situación de poder adquisitivo inmediato de algún modo pueden apropiarse de su espacio vital individual: más desde la industrialización la gran masa de las poblaciones, en cambio, se encontraría desprovista de un tal poder. Por ello, no serían suficientes los mecanismos de la libre concurrencia para regular la estabilidad de la economía con respecto al cuerpo de la población.

El alegato de Forsthoff tiene que ser considerado en términos de una modificación del problema de la necesidad con respecto a la seguridad, En los fisiócratas, por ejemplo, es frecuente el análisis del estado de necesidad comprendido en términos económicos como una “carestía”: la misma, según Turgot podía sin embargo solucionarse por medio de mecanismos de la libre concurrencia. No se trataba de la limitación del estado de la parte denominada estéril de la economía, sino de hallar los modos de propulsar la parte “fecunda” concerniente a la productividad de la tierra: a su vez, la población no podía ser identificada con los sectores paupérrimos del

“pueblo” o del “vulgo” que, ante la carestía establecían situaciones de conflicto, de modo que, en rasgos generales el ajuste de la seguridad por medio de la policía y las leyes sobre los disturbios y el incentivo de la productividad eran en general los mecanismos que permitían “resolver” el problema de la excepción. Forsthoff, en cambio, considera, como vimos en la cita inicial, que el mecanismo de la libre concurrencia pierde su eficacia con el crecimiento de las poblaciones al inicio de la era industrial, lo cual debe implicar una modificación de las políticas consecuentes:

“El hombre sin un espacio vital individual (...) necesita de prevenciones organizadas: organización del suministro de grandes dimensiones, para poder conseguir lo que es necesario para su existencia. La procura existencial es entonces todo lo que acontece del lado de la Administración para poner en el disfrute de prestaciones útiles a la generalidad o a un sector de las personas definido por características objetivas” (Forsthoff, 1958: 147).

Habría entonces dos esferas que no se anulan pero que tampoco se cruzan las unas con las otras: una esfera del derecho invulnerable de la libertad constitucional, que concierne al reconocimiento de los derechos y la garantía estatal de la ley por el Estado de derecho: más por otro, sin solución de continuidad o articulación, una esfera de la administración concerniente al gobierno de las necesidades vitales por medio de prestaciones y concesiones gubernamentales. No se trata entonces ya de una relación entre la constitución como instancia de legalidad y de la administración como instancia de la “aplicación” de la ley: se trata más bien de la escisión, algo paradójica entre un aparato de derecho que responde a la ley y un aparato de prestación que responde a la necesidad, tal como si la diferencia entre caso normal regular y caso de necesidad no se basara ya en una decisión sino en una distinción funcional entre derechos y necesidades.

Este segundo Forsthoff se aproxima entonces más a lo que suelen denominarse las políticas keynesianas de intervencionismo estatal que al estado total del fascismo: según estas el intervencionismo estatal vendría a regular la distribución de los servicios y no las empresas privadas porque estas últimas se verían regidas por la anarquía de la libre concurrencia que precisamente es la que provoca las situaciones sociales de necesidad. Pero tampoco podemos considerar simplemente asistencialista el proyecto de Forsthoff: se trata más bien de “dignificar” a las condiciones de vida en el “apilamiento espacial de las poblaciones”. De allí que el concepto de espacio que está en juego no es aquel de la definición fronteriza y móvil del cuerpo poblacional (en Ratzel), ni aquella del “medio” vital urbano (ya en los fisiócratas), sino doméstica o económica de las condiciones de vida: lo que involucra la seguridad social de cada uno, la obra social, la vivienda “digna”, los servicios médicos, etc.

“Estas prestaciones del Estado en el ámbito de la procura existencial hacen del moderno Estado un Estado social (...) lo que es, un estado prestacional y distribuidor (...) las funciones del estado son funciones prestadoras. Sirven para posibilitar la existencia digna a los ciudadanos del Estado. Si son transformadas en medios de dominación, pierden entonces el carácter social. Función social y poder se excluyen mutuamente” (Forsthoff, 1954: 151).

Hay que detenerse sobre el hecho de que Forsthoff no define al Estado social de derecho, sino al “Estado social”: por ello rechaza expresiones en estos términos como el “derecho a la salud” “los derechos laborales”, “los derechos sociales”, etc. De allí que, a diferencia de Heller, Forsthoff no puede aceptar una trasposición de la función administrativa de las prestaciones en aquella constitucional de los derechos: no podrían haber algo así como “derechos sociales”, ya que se involucraría la esfera política de la decisión soberana en el aspecto puramente servicial o administrador de las necesidades poblacionales, al cual, según el mismo, habría que considerar de forma impolítica.

En este sentido Forsthoff responde a la situación de la República Federal de la postguerra, donde el desmantelamiento de la soberanía política alemana era un hecho consumado. Sin embargo no deja de ser paradójica esta despolitización de la función social que tiente de excluir de la prestación, es decir, del instrumento de servicio obligante cualquier forma de poder: precisamente cuando es la transformación de los ciudadanos de derecho en funcionarios administradores y operarios asistidos lo que permite la eficacia del poder estatal que, en la mera constitución le estaría vedada. En este sentido el último Forsthoff trata de desligarse de un modo algo paradójico de toda forma de derecho social o planificación de tipo total en la cual el poder político asuma de forma directa las condiciones de existencia del pueblo: hay que conservar, en cambio, un Estado de derecho como constitución del orden político y un Estado social como administración de las necesidades impolíticas (aunque precisamente allí es donde más se politiza la existencia). Contra los socialistas entonces, Forsthoff proclama el concepto del Estado social de derecho, heredado de Heller, como una “fórmula vacía y una banalidad de arriba abajo”:

“Si se entiende la Constitución como un sistema de valores o tan solo como una combinación de valores, se la transforma de un instrumento jurídico de ordenación política que es en un programa social (...) reduciendo la seguridad jurídica al convertir el derecho constitucional en casuística” (Forsthoff, 1977: 192).

La formulación de este paradójico aparato “impolítico” del Estado dual, a la vez como Estado de derecho liberal y como Estado social prestacional, sin embargo, es preciso comprenderla

como algo más que una mera inconsistencia teórica. En primer lugar porque se trata de un procedimiento que permite develar cómo, a nivel del gobierno (que se trata de reducir, sin éxito, al concepto semi-neutral de la administración) las transformaciones del Estado totalitario al nivel del campo de sujeción comprendido como espacio vital subsisten: si bien no lo hacen al nivel de las políticas eugenésicas y racistas del “pueblo”, sí lo hacen al nivel de la provisión de la población en sus necesidades. En segundo lugar, porque permite entender el hecho de que, al verse claudicada la formación soberana de Alemania, la formación jurídico-política en cuestión es pensada con respecto a la inserción en un orden mundial: la misma, presenta ya aquí la oscilación entre el Estado de derecho y el Estado de seguridad que va a ponerse en cuestión en la segunda mitad del siglo veinte hasta la contemporaneidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ARENDDT, HANNHA (1993), **La condición humana**, Paidós, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (1963) **On revolution**. Penguin Putnam. New York.

\_\_\_\_\_ (1963) **Eichmann in Jerusalem**. Viking Press. New York.

ABENDROTH, WOLFGANG, (1977) **Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag**. Suhrkamp, Ffm.

\_\_\_\_\_ (1978) **Der bürgerliche Rechtsstaat**, Suhrkamp, Ffm, 1978.

\_\_\_\_\_ (1968) *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaat im GG der BRD»* (1954), en E. FORSTHOFF (Hrsg.): **Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit**, Darmstadt.

\_\_\_\_\_ (1981) **Sozialgeschichte der europäischen Arbeiterbewegung** (1964), Suhrkamp, Ffm.

BILGER, FRANCOIS (1963) **La pensée économique allemande dans l'Allemagne contemporaine**. Librairie general du droit et jurisprudence. Paris.

FOUCAULT, MICHEL, (2004) **Naissance de la biopolitique**, Paris, Gallimard.

FORSTHOFF, ERNST, (1933) **Der totale Staat**. Hanseatische Verlagsanstalt: Hamburg.

\_\_\_\_\_. (1959) **Rechtsfragen der leistenden Verwaltung**, Kohlhammer : Stuttgart.

- \_\_\_\_\_. (1958) **Tratado de Derecho administrativo**, IEEPP, Madrid.
- \_\_\_\_\_. (1954) **Verfassungsprobleme de Sozialstaates** (1954) M. HOHIDIPUR, Hamburg.
- \_\_\_\_\_. (1966) **Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania**, Alcalá de Henares.
- \_\_\_\_\_. **El Estado de la sociedad industrial** (1977), Madrid, IE
- \_\_\_\_\_. (1967). **Sociedad industrial y administración pública**. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública.
- \_\_\_\_\_. **El Estado de la sociedad industrial** (1971) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.<sup>[1]</sup>
- \_\_\_\_\_. (1986). **El Estado Social**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LANDWERLIN, G. (1987) **Estado social de derecho: Forsthoff y abendroth, dos interpretaciones políticas**. Revista de Estudios políticos, Madrid.
- SCHMITT, CARL (2000) **Der Hüter der Verfassung**. Berlin: Dunker & Humboldt.
- \_\_\_\_\_. (2002) **Legalidad y Legitimidad**. Buenos Aires: Struhart & Cía.
- SCHLINK, BERNARD (2000) **Weimar a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California presses.

## THE REPUBLIC WITH NO SOVEREIGN: THE DISCUSSION ABOUT THE LEGAL STATUS OF BONN'S LAW

### ABSTRACT

In the present article we will make an analysis about the origins of the german Constitution in the beginnings of the Federal Republic. The constitutional history have developed two lines of lecture about that epoch: in first place, the analysis of the ordoliberal politics and economics of Friburg school: in second place, the crisis of socialism and the turn of the Frankfurt school in a social-democratic way of thought. We will focus in a third line of lecture: the rol of the reactionaire tough of Forsthoff, Gehlen and Schelsky in the theory, and his recent use in the speeches of political practice.

**Keywords:** Law of Bonn. Administration. Service. Interest. Constitution.