

## HERMANN HELLER Y EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN

Pablo E. SLAVIN\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de Constitución.* III. *Las lagunas en el derecho.* IV. *Conclusión.*

La única finalidad justa debe ser la reconstrucción de la sociedad sobre unos cimientos tales que la pobreza resulte imposible.

Oscar WILDE, *El alma del hombre bajo el socialismo.*

### I. INTRODUCCIÓN

Compartimos el pensamiento del historiador inglés Edward Carr, quien en su obra *¿Qué es la historia?* afirma que ésta tiene una doble función, "...hacer que el hombre pueda comprender la sociedad del pasado, e incrementar su dominio del presente...". Con esa idea es que nos proponemos recuperar críticamente el pensamiento de un autor como Hermann Heller (1891-1933), quien desarrolló su actividad en la Alemania de la República de Weimar.

La Constitución dictada en Alemania en 1919, y objeto de especial análisis por este autor, fue resultado de duras negociaciones entre la burguesía, el proletariado y los sectores más reaccionarios de un país que salía derrotado de la Primera Guerra Mundial.

\* Abogado, magíster en ciencia y filosofía política (UNMDP); profesor titular exclusivo de derecho político y adjunto de derecho del trabajo y la seguridad social, Facultad de Derecho (UNMDP); director del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau" (CIDDH), y director del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNMDP), Argentina.

En ese contexto, cuestiones como las disputas con el “normativismo” de Hans Kelsen y el “decisionismo” de Carl Schmitt, el papel de la Constitución en la vida social y su defensa irrestricta, la existencia de lagunas en el derecho, la búsqueda de “principios éticos” como fundamento de legitimidad, son abordadas por Heller con meridiana claridad.

Estamos convencidos de que las ideas de Hermann Heller conservan toda su actualidad, y es por ello que creemos que su análisis crítico será un valioso aporte para enfrentar los desafíos que plantea el constitucionalismo en el siglo XXI.

## II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

En su *Teoría del Estado*<sup>1</sup> (obra que quedara inconclusa ante la prematura muerte del autor, ocurrida durante su exilio en España, en noviembre de 1933), Heller nos ofrece cinco conceptos de Constitución: dos sociológicos y tres jurídicos.

El primero y más amplio es el que se refiere a la estructura concreta del poder, a su existencia real en la actividad del Estado. Parte de tomar en cuenta los “factores reales de poder”, aquellos grupos o sectores como la Iglesia, el ejército, la aristocracia, la burguesía industrial, por ejemplo, que son quienes verdaderamente detentan el poder en la sociedad, y que en dicho carácter establecen las reglas de convivencia. Se toma en consideración la real correlación de fuerzas entre las distintas clases sociales.

El segundo concepto, más restringido, pero aun de naturaleza sociológica, es el que señala una situación jurídica estatal como básica y fundante. Esto es observado desde un punto de vista histórico-político, y remarca el carácter permanente de dicho ordenamiento.

Desde el punto de vista jurídico, Heller destaca una primera acepción, que califica como Constitución en sentido material “amplio”, y que abarca a todas las normas jurídicas existentes en el Estado, tanto las incluidas en el texto constitucional como las demás normas dictadas. No establece distinción alguna entre normas fundamentales y derivadas.

El concepto de Constitución material “estricto” guarda, según nuestro autor, profundas reminiscencias iusnaturalistas. Se basa en la creencia de que es posible establecer una ordenación fundamental, cerrada, sin lagunas, y de validez suprahistórica, de la cual se deriven todas las demás normas del plexo jurídico estatal. Heller no comparte esta idea al sostener que

---

<sup>1</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, 1934, edición 1961, pp. 294 y ss.

...una Constitución histórica concreta no es nunca un sistema cerrado, lógico, sostenido en algunos axiomas suprahistóricos... las Constituciones materiales en sentido estricto consisten siempre en una pluralidad de leyes constitucionales entre las cuales se caracteriza a un documento, por su superior importancia, como la Constitución formal...

El quinto concepto es, precisamente, el de Constitución “formal”. Se entiende por tal a todos los preceptos jurídicos contenidos por escrito en el texto constitucional, los que dependen de la decisión exclusiva del legislador.

La concepción de Constitución que pregona Heller, como él mismo lo reconoce en forma expresa, parte de la vieja distinción de Ferdinand Lassalle (1862)<sup>2</sup> entre Constitución formal, la “hoja de papel”, y la Constitución material, “los factores reales de poder”.

Sostiene Heller que “...en última instancia, siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder...”<sup>3</sup>

### *Normalidad y normatividad*

Partiendo de esta idea, Hermann Heller efectúa una interesante correlación entre los conceptos de normalidad y normatividad. Con base en ello distingue la Constitución no normada, dada por la conducta habitual de los habitantes, de la Constitución normada. Y esta última puede estar normada extrajurídicamente, mediante la costumbre, la moda, etcétera, o jurídicamente, a través de un texto constitucional expreso y consciente.

En toda comunidad, los miembros rigen sus conductas de acuerdo con ciertos parámetros que aceptan como reglas de convivencia. Dichas reglas surgen de las relaciones reales de poder, y constituyen una normalidad. Pese a que las relaciones de poder se encuentran en constante cambio, existe una cierta permanencia en las reglas, de tal forma que la vida no resulte un caos.

Con la concepción *dialéctica* que sirve de guía a su pensamiento, Heller expresa que

...así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico de lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser

<sup>2</sup> Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, 1862, 1978.

<sup>3</sup> Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 278.

y el deber ser en el concepto de la Constitución. Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que le dan forma las normas...<sup>4</sup>

La Constitución aparece como la transformación de la normalidad en normatividad. Pero no debemos confundirnos y creer que se trata de una simple deducción lógica. Los hombres, acostumbrados a ciertas reglas de convivencia, deciden fijar expresamente las mismas en un texto, como una forma de garantizar su cumplimiento y estabilidad, al tiempo que promueven un plan de vida a futuro. Del ser de la vida diaria, se pasa al establecimiento de un deber ser jurídico.

Según nuestro autor, "...la convivencia humana, y con mayor motivo la cooperación entre los hombres, son totalmente imposibles sin la aplicación consciente o inconsciente de esta regla de previsión...".<sup>5</sup> La Constitución actúa como una regla de previsión, en la medida en que permite a los habitantes poder establecer un cierto plan de vida a mediano y largo plazo, con la seguridad de que las bases sobre las cuales intenten su construcción no se verán alteradas.

Pero la Constitución no consiste solamente en reproducir la normalidad de forma jurídica. A lo "normal normativizado" se le agregan normas de carácter preceptivo y directivo.

No debemos confundir la interrelación ser-deber ser que pregona Heller, con considerar al deber ser como un mero reflejo del ser. El tránsito del ser al deber ser que describe es de carácter dialéctico. No consiste en el simple establecimiento de un deber ser preceptivo, que fije mediante reglas jurídicas lo que ya existe en el comportamiento habitual, sino también un deber ser ideal que plantee los objetivos y fines que desean alcanzar los miembros de esa comunidad.

Lassalle sostenía que

...allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país... De nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales de poder..<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 270.

<sup>6</sup> Lassalle, Ferdinand, 1862, *op. cit.*, pp. 51 y 55.

Siguiendo esta idea, afirma Heller que "...la Constitución real del Estado conoce ciertamente una normalidad sin normatividad pero no, al contrario, una validez normativa sin normalidad...".<sup>7</sup> Todo Estado cuenta con una Constitución, un orden de convivencia, una normalidad, aun cuando dichas reglas no hayan sido objeto de formulación jurídica. Pero no existe validez normativa si las reglas establecidas jurídicamente no tienen acatamiento en la vida diaria.

El legislador no crea un derecho válido por sí mismo, sino una oferta para el pueblo de un plan a futuro. Dicha oferta podrá ser rechazada o aceptada. Recién si se produce la última situación, si la norma que establece el legislador es aceptada y cumplida por la población, es que nos encontramos en presencia de un derecho vigente, en el sentido de Heller.

La existencia misma del Estado, entendido como "...una organización territorial capaz de imponer su poder como contrapeso a todas las demás asociaciones y personas dentro de sus fronteras y de regular así y dar una expresión integrada a las actividades sociales relacionadas entre sí de sus habitantes..."<sup>8</sup>, depende de esta relación dialéctica entre normalidad y normatividad.

El Estado tiene una continuidad. El considerar a las determinaciones fundamentales de la Constitución como normaciones, y no como simples decisiones (como lo hace Carl Schmitt), es lo que permite comprender el sentido unitario que la Constitución conserva a pesar del transcurso del tiempo.

Heller lanza duras críticas al normativismo de Kelsen y al decisionismo de Schmitt, al afirmar que la

...concepción de Kelsen priva a las normas de su sentido ser-deber ser; pero, además, no puede desarrollarla por completo, pues inmediatamente se ve obligado a poner de relieve la importancia que tiene el momento de la observancia ordinaria para la positividad, o sea, en realidad, para la validez y existencia de las normas jurídicas. En el error opuesto incurre Schmitt, quien subestima completamente la normatividad exaltando, en oposición a ella, la existencialidad, de modo que viene a concebir a la Constitución no como norma, sino sólo como decisión...<sup>9</sup>

La propuesta que lanza Heller es clara. Su concepción se corresponde con un realismo marcadamente dialéctico. Hans Kelsen permanece en el

<sup>7</sup> Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 271.

<sup>8</sup> *Idem*, "El poder político", artículo incluido en el libro *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, 1996, p. 76.

<sup>9</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 1934, p. 271.

plano del deber ser; Carl Schmitt lo hace en el del ser. Para Heller, en cambio, ser y deber ser se encuentran indisolublemente ligados en el mundo real.

El ser y el deber ser son, sin duda, elementos antagónicos que no pueden referirse ni el uno al otro ni ambos a una común raíz lógica, pero que sí pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues un deber ser social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiere de dar forma, no sería en puridad, un deber ser. Por otra parte, como Kelsen acertadamente indica, no existe un ser social sin normas sociales. La ‘tensión’, pues, entre ser y deber ser no debe resolverse nunca unilateralmente, ni a favor de lo normativo ni del lado de la realidad social. Sólo se comprende de manera cabal la ordenación normativa social si se considera y da por supuesto que el ser y el deber ser no se hallan en un estado de aislamiento y en una anti-dialéctica ausencia de relación, sino, por el contrario, en una correlativa coordinación...<sup>10</sup>

Es inútil establecer normas que no guarden correspondencia alguna con lo que sucede en la realidad. El deber ser (la norma) le da cuerpo al ser (la realidad) y asegura su permanencia.

También Schmitt se suma a los ataques al normativismo kelseniano, cuando expresa que

...en Kelsen, sólo valen las normas positivas, es decir, aquellas que realmente valen; no valen porque en justicia deban valer, sino sólo porque son positivas, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el deber ser y desaparece la normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es positivismo...<sup>11</sup>

¿De qué sirve una norma que castigue con diez años de cárcel a los hombres que vuelen a más de diez metros de altura por sus propios medios, si hasta el presente el ser humano no puede volar? ¿Qué acatamiento tendrá una norma que ordene usar tapados de piel y ropa de abrigo en países con clima tropical? “...Tan desatinado es disponer que no es lícito a los hombres morir, como, por el contrario, ordenárselo...”<sup>12</sup>

Es evidente que dichas normas serán de imposible cumplimiento, o bien carecerán de aplicación (*desuetudo*).

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>11</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1927, 1982, p. 34.

<sup>12</sup> Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 202.

El logismo normativo que representan Kelsen y su escuela, al contraponer el deber ser, de carácter jurídico, al ser, de carácter social, sin que entre ellos exista modo alguno de relación, considerando al primero como un deber ser independiente de toda orden y de toda observancia, atiende única y unilateralmente a la normatividad y olvida que todo el deber social se relaciona constantemente con un querer humano y que las normas sociales no son afirmaciones teóricas, sino exigencias dirigidas a la voluntad del hombre...<sup>13</sup>

El ataque a Kelsen es una constante en los escritos de Hermann Heller. Pero esto no significa en modo alguno considerar a Heller cercano al decisionismo schmittiano, como algunos intérpretes han querido ver.

Schmitt declaraba que

...en realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra voluntad significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser... La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da... En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente...<sup>14</sup>

Para Schmitt, todo es decisión, existencia. Poca importancia tendrá el orden jurídico si, en última instancia, todo depende exclusivamente de una voluntad.

No hay que perder de vista que toda la construcción teórica de Schmitt sirvió de sustento al régimen nazi de Hitler, en el que tuvo activa participación desde 1933 hasta 1936.

Muy por el contrario, para un socialdemócrata como Heller, derecho y poder se necesitan mutuamente. Así como quien detenta el poder tiene la facultad y la posibilidad de dictar las normas, así también es, mediante el derecho, como una situación momentánea de poder logra perdurar y obtener aprobación. Por eso afirma Heller que el derecho crea poder.

Le responde a Schmitt sosteniendo que "...naturalmente que en la base de toda normación, no sólo de la Constitución sino de cualquier ley, existe una decisión más o menos política del que crea la norma...", pero "...ninguna decisión puede, sin normatividad, producir una normalidad y, por tanto, una continuidad de la conducta...".<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> Schmitt, Carl, 1927, *op. cit.*, pp. 34, 46 y 47.

<sup>15</sup> Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 284.

El derecho, empero, sólo puede ser comprendido como un querer si se le concibe, a la vez, como un deber ser... El gran mérito crítico de Hans Kelsen ha sido el haber señalado que la validez jurídica no puede basarse en su establecimiento por un poder de voluntad no sometido a normas...<sup>16</sup>

Heller es plenamente consciente de las gravísimas consecuencias que arrastra consigo el pensamiento de Schmitt y su exaltación de la decisión por sobre la norma.

### III. LAS LAGUNAS EN EL DERECHO

Históricamente, los sectores más influyentes de la sociedad, los factores reales de poder en el vocabulario de Lasalle, han visto en la objetivación de la normalidad mediante el derecho, una forma de asegurar su poder de hecho, transformándolo en uno de derecho, y alcanzando de ese modo cierta previsibilidad. El proceso de objetivación, del dictado de los preceptos jurídicos, puede ser llevado a cabo mediante un procedimiento autoritario, uno libre y democrático, o bien por los usos y costumbres, como lo fue en Inglaterra. El establecimiento del Estado moderno, y con él el de la burocracia estatal con su organización, sirvieron para que, paulatinamente, se fuera produciendo una autonomía del derecho, de la normalidad. El derecho comenzó a tener una vida propia que apareció como independiente del contexto histórico-social. De ahí el error, para Heller, en que incurre el “positivismo logístico” (como él lo denomina), y con él Kelsen, de considerar al derecho como un ordenamiento cerrado sin “lagunas”. Esto le resulta absolutamente insostenible. Nunca puede considerarse a la normatividad como algo totalmente separado de la normalidad.

En realidad, la suma de preceptos jurídicos existentes no constituye jamás un sistema lógicamente cerrado y unitario; son siempre una obra humana con lagunas e imperfecta... La exigencia jurídica de la ausencia de lagunas en la realidad normativa jurídica no es tampoco, como quieren los lógico-normativos, un postulado apriorístico del jurista, sino que sólo puede proclamarse, con sentido, en la organización del Estado Moderno, y realizarse, hasta un cierto grado, sólo por ella y en ella...<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 286.



La inexistencia de lagunas es una ficción, un presupuesto lógico sobre el que se construye el Estado moderno. Se funda en la falsa creencia de un orden jurídico absolutamente impersonal.

Esta democracia formal, que ha perdido la fe en un derecho material, cuyas clases representativas ya no pueden creer en su derecho de representación y en la que las contradicciones de clases hacen imposible la creencia en la existencia de una voluntad générale, tiene un gran interés en oponerse a la idea de que la organización estatal implica el dominio de una clase sobre otras; para justificar esta oposición propaga la tesis de la existencia de un poder total y objetivo de la ley...<sup>18</sup>

Con el fin de erradicar la justicia privada, el Estado moderno se vio obligado a encontrar siempre una solución jurídica que evitara el uso de la fuerza por mano propia. El conflicto se resuelve mediante una decisión jurídica o, en última instancia, política. Siempre, detrás de toda sentencia o resolución administrativa está presente un acto de voluntad individual.

El Estado de derecho puede garantizar una cierta armonía en el derecho penal, civil, o procesal, y el llenado de muchas de las lagunas que allí pudieran presentarse, ya que ellos se encuentran bajo el amparo del derecho constitucional. Pero es ahí, en el ámbito del derecho constitucional, donde se presentan lagunas de imposible solución.

Si, por ejemplo, el precepto de Derecho Constitucional que dispone que el Gobierno, para poder actuar, precisa de la confianza parlamentaria, resulta de imposible cumplimiento cuando en el Parlamento sólo se reúne una mayoría para negar la confianza a todo posible gabinete, no hay medio de llenar esta laguna jurídica absoluta. Este problema de las lagunas absolutas, insoluble para el jurista dogmático, puede irse reduciendo por medio de una jurisdicción constitucional muy amplia, pero nunca ser liquidado por completo...<sup>19</sup>

Lo difícil resulta poder armonizar derecho y poder en el marco de la realidad estatal.

¿Cómo se llenan las lagunas? Los principios éticos del derecho.

¿Cómo entender que la realidad se encuentra en permanente cambio, que el derecho también debe cambiar, pero que al mismo tiempo las normas constitucionales posean una relativa estabilidad?

<sup>18</sup> Heller, Hermann, *La soberanía*, México, 1927, 1995, p. 116.

<sup>19</sup> Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 287.

Sólo desde un punto de vista dialéctico podemos entender que “todo es y no es al mismo tiempo”, que la vida se encuentra en un permanente fluir.

Problema especial es el de determinar de qué modo se puede armonizar la permanencia de las normas con el cambio constante de la realidad. Pero implica una incomprensión total de la importancia política y jurídica del elemento normativo de la Constitución la osada afirmación de Schmitt de que todo derecho es derecho de situación...<sup>20</sup>

Si no existe una relativa permanencia normativa, un cierto grado de previsibilidad, no se puede hablar de la existencia de una Constitución estatal. Es aquí donde Hermann Heller realiza la distinción entre reglas del ser, principios lógicos del derecho, y principios éticos del derecho.

Las reglas del ser son aquellas privadas de normación, son las formas de vida diaria, y remiten a características de cultura, idioma, religión, etcétera.

Los principios lógicos del derecho son producto de la abstracción, y surgen como un resultado de la inducción de preceptos jurídicos y decisiones judiciales.

La cuestión central está dada por los principios éticos del derecho a los que refiere Heller, y que en primera instancia podrían aparecernos como un resabio iusnaturalista. Nada más alejado de la propuesta y el significado que les da nuestro autor. Se trata de principios legitimados por la sociedad, y cuya validez será históricamente variable y guardará relación con el “círculo de cultura” correspondiente. Son principios suprapositivos, y actúan como normas fundamentales.

Estos principios sirven como reglas de ordenación para la comunidad, y como reglas de interpretación para las decisiones judiciales. El legislador constitucional suele reconocer el carácter necesario de dichos principios, y lo efectúa de un modo material y de un modo formal.

El principio de monogamia y el de educación familiar de los hijos son ejemplos que brinda de cómo la Constitución de Weimar recepta principios éticos de modo material. No se trata de preceptos jurídicos positivos, comparables con los que integran el derecho de familia del Código Civil. Sin embargo, son aquellos principios rectores, y no los numerosos artículos del Código Civil, los que realmente conoce la población, y por los cuales rige su comportamiento: “En la práctica, pues, no son estos preceptos jurídicos positivos, sino aquellos principios generales del Derecho los que ayudan a asegurar la ordenación de la realidad social...”.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 273 y 274.

<sup>21</sup> Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 275.

La remisión formal se realiza cuando el legislador se refiere a principios como la buena fe, los usos y costumbres, la igualdad, etcétera. Se trata de un “poder en blanco” que autoriza al juez a interpretar y resolver el caso concreto, adoptando una decisión que tome como guía dichos principios.

Como es evidente, el precepto jurídico positivo representa una formulación más precisa de los preceptos generales legitimados por la sociedad. El establecimiento de modo formal o material de estos preceptos implica, para Heller, reconocer dos cosas:

...la necesidad en que se halla la normatividad jurídica de ser complementada por una normalidad social a la que se le da valor de una manera positiva;... la incapacidad en que se halla para establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas.<sup>22</sup>

La Constitución intenta establecer un plan de futuro para la sociedad. Este plan, de carácter normativo, debe tener alguna probabilidad de ser implementado en dicha comunidad, y al mismo tiempo, guardar relación con los deseos de los miembros de la misma (normalidad). Si las reglas establecidas en la Constitución (normatividad) resultan ajenas al sentir de la población, o son absolutamente imposibles de realizar (por cuestiones económicas, por ejemplo), el abismo entre la hoja de papel y la Constitución real se torna insalvable. Las normas de la Constitución se transforman en una utopía que, como tal, carece de efectividad alguna.

Pero así como las normas deben guardar correspondencia con la realidad, así también deben ser lo suficientemente flexibles para permitir que la sociedad siga creciendo y transformándose, sin que para ello sea necesaria una ruptura violenta del orden jurídico estatal. La *normalidad* se perfecciona con la *normatividad*, la cual requiere de una permanente *normalidad* que le asegure su vigencia.

La obligatoriedad del derecho positivo no puede entenderse, a menos de derivarla de la fuerza obligatoria de las normas éticas fundamentales del derecho y de la fuerza obligatoria de la autoridad de la comunidad. Pero las normas jurídicas fundamentales obligan sólo ética y no jurídicamente, diferenciándose de los mandamientos autoritarios impuestos coactivamente, en que éstos pueden encontrar obediencia por temor a la coacción, pero sin obligar a la conciencia...<sup>23</sup>

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>23</sup> Heller, Hermann, 1927, *op. cit.*, p. 133.

Heller considera que sin la apelación a los preceptos éticos la mayoría de las normas constitucionales, e incluso numerosos preceptos jurídicos positivos, serían de imposible aplicación. Con llamativa similitud a los planteos que hoy en día efectúa Ronald Dworkin, recomienda

...que si la jurisprudencia positiva, entendida como algo más que una simple técnica jurídica, desea alcanzar resultados satisfactorios, debe dirigir su mirada hacia la investigación de las normas jurídicas fundamentales y de las instituciones jurídicas; la sistematización jurídica es únicamente posible con la ayuda de reglas lógicas y de normas jurídicas fundamentales de naturaleza teleológica...<sup>24</sup>

Un ejemplo de cómo los preceptos se mantienen inmutables pero su contenido va variando según los cambios histórico-sociales, es el de igualdad ante la ley, que existe en todos los regímenes democráticos. De una igualdad meramente formal, se fue avanzando hacia un contenido cada vez más social de la misma; de una igualdad política que sólo incluía a los varones, se pasó a entender que dicha igualdad comprendía también a las mujeres, etcétera.

Sólo existe la Constitución jurídica objetivada en cuanto es constantemente referida al sujeto humano, en cuanto se actualiza constantemente por hombres. El hecho de que, a través de las vivencias y actos concretos en constante fluir, se descubra una estructura de unidad y una Constitución, se debe a que de este fluir trasciende una determinada estructura de poder y un derecho correspondiente a ella, cuyo derecho, precisamente porque sirve a la perduración de aquella estructura de poder, no puede ser un derecho de situación...<sup>25</sup>

¿Queda alguna duda acerca del destinatario de estos párrafos?

El derecho de situación, el sometimiento de toda normación a un plano secundario y por debajo de la decisión, como lo hace Carl Schmitt, conducen, inevitablemente, a que pierda sentido el concepto mismo de Constitución del que estamos hablando. Pero, por otro lado, y lo que resulta aún más grave, le sirve a Schmitt y sus seguidores para considerar legítima toda Constitución por el solo hecho de existir.

El abismo con nuestro autor es enorme. Heller nos dice que “...precisa una Constitución, para ser Constitución, es decir, algo más que una re-

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>25</sup> Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 289.

lación fáctica e inestable de dominación, para valer conforme a derecho, una justificación según principios éticos de derecho...”<sup>26</sup>

En el pensamiento de Heller, toda Constitución que pretenda ser estable deberá buscar un fundamento de justicia para sus normas, lo que no significa negar la posibilidad de que exista un derecho injusto.

Heller se interna en un debate que se profundizará al culminar la Segunda Guerra Mundial, y a partir de las atrocidades cometidas por el nazismo. Autores de la talla de Gustav Radbruch (íntimo amigo de Heller), Alf Ross, H. L. Hart, y actualmente Ernesto Garzón Valdés, Robert Alexy<sup>27</sup> y Ronald Dworkin,<sup>28</sup> por nombrar sólo algunos, han intentado analizar, por diferentes caminos, esta interrelación del derecho con la justicia y la moral.

Para Heller, los principios éticos son valores que permiten legitimar a una Constitución. Pero ¿qué valores defiende Hermann Heller?

Como lo expresa de manera reiterada, él aboga por un Estado social de derecho.

Entre los valores esenciales que deben integrar una Constitución éticamente justificable, Heller destaca la división de poderes, la defensa de los derechos fundamentales, la supremacía autoritaria del Estado por sobre la sociedad, el origen democrático de la autoridad política, y límites precisos para la autoridad estatal.

Esta serie de derechos y garantías enumerados conforman un punto de partida, sin embargo, de ninguna forma pueden ser considerados como un límite a la incorporación de nuevos derechos sociales. La gran preocupación es el peligroso avance del “Estado totalitario”, cuya experiencia, Europa, ya estaba sufriendo. Por eso no debe malinterpretarse la expresión Estado autoritario que utiliza Heller. Por “autoritario” hay que comprender “intervencionista”, término mucho más adecuado en el vocabulario actual, y que creemos evita confusiones. Heller aboga por un Estado social que se preocupe por la vida de sus integrantes, y que pueda intervenir y dominar a las fuerzas económicas.

Así como no queremos prescindir de la legitimidad democrática, de igual manera tampoco queremos estar privados bajo ninguna circunstancia de la legalidad del Estado de derecho en una constitución alemana. Deseamos el Es-

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 298.

<sup>27</sup> Véase al respecto Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 41 y ss.

<sup>28</sup> Véanse los trabajos de Ronald Dworkin, en especial *Los derechos en serio*, Barcelona, 1977, pp. 61 y ss. y *El imperio de la justicia*, Barcelona, pp. 74 y ss.

tado autoritario, pero luchamos contra el Estado total... Para nosotros puede tratarse únicamente de someter también el orden del trabajo y de los bienes a la organización del Estado material de derecho, de transformar el Estado liberal en un Estado socialista de derecho, pero no de eliminar el Estado de derecho en general...<sup>29</sup>

Lejos se encuentra nuestro autor de defender una concepción de tipo totalitario. De allí su permanente preocupación por remarcar la imprescindible necesidad de conjugar un Estado que sea a la vez legítimo y legal. Su Estado socialista sigue siendo, fundamentalmente, un Estado de derecho.

Es por eso que destaca el necesario control que debe existir sobre el accionar de los gobernantes, pero aclarando que dicho control debe estar a cargo de tribunales ligados a la ley y no del partido único, como sucede en los países de régimen dictatorial. Su ejemplo para el caso era el de la Rusia soviética.

Entre los derechos fundamentales, sin los cuales resulta imposible el funcionamiento de un Estado democrático, Heller menciona la libertad de prensa, de opinión, de asociación, etcétera. Sostiene que "...como fundamento de legitimación de la organización autoritaria del Estado hacemos valer sólo al pueblo, al pueblo como portador de determinados valores que posibilitan la cultura, y no como masa de opiniones e intereses arbitrarios..."<sup>30</sup> Pregona, para ello, un derecho electoral que respete el principio de igualdad de elección, criticando todo intento de imponer una democracia de tipo plebiscitaria. No debemos olvidar que ésta, la plebiscitaria, era la forma a través de la cual los Estados totalitarios pretendían legitimar su autoridad. Las elecciones libres y los partidos políticos desaparecían, dando lugar a un sistema por el cual el pueblo, entendido como una masa uniforme y sin ideas propias, se reunía en la plaza pública, y por aclamación ratificaba a su líder. Este líder encarnaba el verdadero espíritu del pueblo.

#### IV. CONCLUSIÓN

Cuando Heller promueve la necesaria interrelación dialéctica entre normalidad y normatividad, entre ser y deber ser, lo hace teniendo muy presentes los ataques que por entonces se efectuaban a la Constitución de Weimar. Se le endilgaba ser resultado de un pacto aparentemente espúreo entre la bur-

---

<sup>29</sup> Heller, Hermann, 1931; *Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana*, publicado en *El Sentido de...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 71.

guesía, la aristocracia y el proletariado; de poseer, por ello, profundas contradicciones derivadas de la existencia de principios capitalistas conviviendo con principios socialistas.

Así, por ejemplo, declaraba Schmitt que

...la Constitución de Weimar no contiene todas las decisiones políticas fundamentales ineludibles en el año 1919. La gran alternativa: ordenación burguesa o socialista de la sociedad, ha sido despachada evidentemente sólo mediante un compromiso. La segunda parte de la Constitución de Weimar muestra en las determinaciones sobre los derechos y deberes fundamentales de los alemanes un carácter mixto, en cierta medida, un grado intermedio entre concepciones burguesas y socialistas...<sup>31</sup>

Lejos de negar estas contradicciones, Heller las reconocía y las consideraba algo digno de admirar. Si la Constitución es el resultado de los factores reales de poder, las contradicciones de la Constitución de Weimar no eran culpa del legislador, sino la expresión de una sociedad contradictoria.

¿Podría cualquier constitución alemana decretar la desaparición de la clase media o del empresariado o sustraer su autoconciencia a la clase obrera organizada? ¿O podría cualquier otra constitución decretar realmente una política cultural católica, protestante o bolchevique?

¡No! Pues estas contradicciones no se deben al legislador de la Constitución, sino que se hallan en nuestra situación social e histórico-espiritual. Ahí deben ser eliminadas primero, y que nuestra forma constitucional nos conceda la libre posibilidad de eliminarlas es justamente su mejor cualidad...<sup>32</sup>

Heller afirma que la Constitución de Weimar poseía los elementos necesarios para hacer de ella una Constitución buena.

Y ¿cuándo una Constitución puede considerarse buena? Nos dice que será calificada como tal aquella

...que deje a las fuerzas que forjan el porvenir, libertad para la formación política futura. Decisiva para el valor de una constitución es, pues, esa relación de la forma creada con la libertad creadora. La constitución más perfecta sería ciertamente aquella en la que la relación necesaria de tensión entre libertad y forma fuese superada y la forma sociopolítica de todos los miembros se afir-

<sup>31</sup> Schmitt, Carl, 1927, *op. cit.*, p. 53.

<sup>32</sup> Heller, Hermann 1924, “El sentido de la política”, publicado en el libro *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, España, 1996, p. 65.

mase en libertad... Calificamos de buena a una constitución actual que realice la forma históricamente necesaria convirtiendo en formas posibilitadoras de cultura la lucha históricamente inevitable, pero que a la vez deje a las fuerzas creadoras de libertad para forjar un futuro más bello.<sup>33</sup>

Sostiene que un déficit de forma implicaría vivir en un estado de guerra civil, de caos; sería como la “revolución permanente” de Trotsky. Al no existir una Constitución estable, no hay posibilidad de prever, de tener certeza sobre la forma en que se pueden llegar a resolver los conflictos que inevitablemente surgen en el seno de cualquier sociedad. Pero un déficit de libertad los acercaría al Estado fascista italiano de Mussolini (el cual Heller había visitado) con todos los peligros que ello implicaría.

La ventaja de una Constitución democrática como la de Weimar por sobre una Constitución autoritaria (y da el ejemplo de la Constitución de Bismarck), es que la primera puede ir superando las contradicciones sociales existentes en forma pacífica, sin violencia; lo que bajo una autoritaria resulta imposible.

La Constitución de Weimar poseía, para Heller, una forma política abierta. No se trata de una fórmula cerrada, inmodificable, sino un producto en elaboración. “...La forma política de un Estado Social de Derecho está sólo en gestación...”.<sup>34</sup> La visión de Heller iba mucho más allá de su tiempo. La fórmula del Estado social de derecho sería consagrada en la España post-Franco, donde fue incorporada al artículo 1o. de la Constitución de 1978.

Y por si alguna duda quedaba acerca de la férrea voluntad democrática de Hermann Heller, sirvan como cierre las siguientes palabras finales:

...Nosotros nos comprometemos a defender la Constitución de Weimar frente a todos los ataques de los ideólogos de la violencia. Si estos provocadores vuelven a hablar irónicamente de la democracia de la papeleta de voto, queremos decirles muy claramente una cosa:

Sabemos muy bien que un Estado no se garantiza solamente con las papeletas de voto, y les probaremos este conocimiento de manera práctica en el momento en el que intenten una agresión violenta. ¡Entonces defenderemos la Constitución de Weimar, si es preciso con las armas en la mano!...<sup>35</sup>

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 62 y 63.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>35</sup> Heller, Hermann, 1929/30, *op. cit.*, p. 67.