

**SENTIDO Y VALOR DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN  
LAS OBRAS TRONCALES DE HERMANN HELLER.  
WEIMAR Y LOS *ETHISCHE RECHTSGRUNDSÄTZE***  
***SENSE AND VALUE OF THE CONSTITUTIONAL ORDER IN  
THE CORE WORKS OF HERMANN HELLER.  
WEIMAR AND THE ETHISCHE RECHTSGRUNDSÄTZE***

SERGIO RAÚL CASTAÑO\*

Universidad Nacional del Comahue,  
UNSTA, Argentina  
[sergioraulcastano@gmail.com](mailto:sergioraulcastano@gmail.com)

**RESUMEN:**

En las siguientes páginas se estudiarán algunos rasgos salientes del abordaje político-sociológico que hace Hermann Heller de la realidad de la constitución. Ese análisis permitirá observar cómo la realidad empírica misma de la organización constitucional no se explica —ni menos se legitima— sino merced a los principios ético-jurídicos fundamentales (*ethische Rechtsgrundsätze*). La Constitución de Weimar ofrece un ilustrativo ejemplo de esta concepción central de la filosofía política y jurídica de Hermann Heller.

La fuente para esta tarea será la compulsa de las obras principales del gran teórico del Estado.

**Palabras clave:**

Hermann Heller, constitución, fundamentos ético-jurídicos, poder político, Weimar.

**ABSTRACT:**

*This article deals with some salient features of Hermann Heller's political-sociological approach to the reality of the constitution. In so doing it can be verified*

---

\* Catedrático de Derecho Político - Universidad Nacional del Comahue. Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET). Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA).

how the empirical reality itself of the constitutional organization is not explained—not least legitimized—but thanks to the fundamental ethical-legal principles (*ethische Rechtsgrundsätze*). The Weimar Constitution provides an illustrative example of this central conception of Hermann Heller's political and legal philosophy.

The sources for this task are the main systematic works of the great theoretician of the State.

**Keywords:**

Hermann Heller, constitution, ethical-legal foundations, political power-Weimar.

## I. INTRODUCCIÓN

Constitución es “la configuración actual de la *cooperación*, por la que se produce de modo constante y renovado la unidad y ordenación de la organización y que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro”.<sup>1</sup> Coincide con la noción de organización, como la acción de dar forma a la *cooperación* entre los individuos y los grupos, en tanto conscientemente se establece la supra-, sub- y coordinación entre ellos. De allí que quepa hablar de una constitución organizada para referirse a aquella parte de la constitución política que ha sido establecida conscientemente. Ahora bien, por la misma razón debe decirse que no toda la constitución política corresponde a la constitución así conscientemente planeada y establecida.

En efecto, Heller afirma la existencia de una *constitución total del Estado* (*Gesamtverfassung*). En ésta se constata que la organización no lo es todo, como lo podría ser en una sociedad anónima, porque en este caso específico, en el de la constitución política, se hallan comprendidos los hombres en la totalidad de sus determinaciones: raciales, culturales y tradicionales.<sup>2</sup> Es decir, aquí está comprendido todo el hombre, en cuya vida personal la organización afecta profundamente, a la vez que ésta resulta influida por sus miembros. El Estado, pues, es forma de vida organizada y es por ello que su constitución no comprenderá sólo los factores jurídicos de organización, sino asimismo los elementos vitales y los substratos conductuales que nutren el *ser-así* comunitario, presupuesto necesario de la norma jurídica.

## II. NORMALIDAD Y NORMATIVIDAD

Aparece allí entonces la noción de *normalidad*, que es real, y no deóntica: Heller la ubica en el plano del ser social, distinto y complementario del plano del deber ser jurídico-constitucional. Como voluntad y norma, acto y sentido, también ser y deber ser, se hallan en unidad dialéctica en nuestro autor, y representan dimensiones que no pueden ser consideradas aisladas, unilateralmente. La *normalidad* consiste en la concordancia de una conducta con una regla empírica de

<sup>1</sup> *Staatslehre*, TÜBINGEN, J. C. B. Mohr, 1983, p. 282.

<sup>2</sup> *Cfr. Staatslehre*, p. 283.

previsión. Ahora bien, todo obrar ordenado supone una regla de previsión sobre las probabilidades de que ciertas conductas ocurrirán en el futuro como han ocurrido hasta ahora. Y en esa regla de previsión descansa la validez real de cualquier ordenación social. En efecto, la colaboración entre los hombres e incluso su mera coexistencia se torna imposible sin dicha regla de previsión, que indica la conducta normal esperable en individuos y grupos. Ella supone factores naturales y culturales que revisten una relevancia substantiva para la constitución del Estado, y tanto en sentido constructivo como destructivo: en los términos de Heller, esos factores consisten en “la sangre, el suelo, el contagio psíquico colectivo, la comunidad de historia y de cultura”.<sup>3</sup>

Pero como se ha dicho, no toda la constitución del Estado se agota en el plano empírico de la normalidad. Porque la constitución política, entendida como un determinado estado político, solamente puede ser concebida como un ser normativamente conformado. Es así como en el ser de la ordenación social la normación se ha inviscerado de modo tal de valer ya como una segunda naturaleza, o por lo menos como el modelo habitual de la conducta, observado conscientemente según lo impera dicha normación. Luego esa forma de vida organizada (*organisierte Lebensform*) que es el Estado exigirá la presencia concurrente de las normas. Pues sin ellas no hay organización; y, sin la organización, subraya Heller, el Estado carece de efectividad como tal; es más: carece en absoluto de existencia.<sup>4</sup>

Así pues, junto al momento de la normalidad, se yergue, como parte de la constitución política, el momento de la *normatividad*, pues la primera es sólo una parte de la constitución total. La normalidad debe ser siempre reforzada por una norma de juicio valorativa, que sanciona cierta práctica en términos de positiva o negativa como “condición para la existencia humana” —y esto más allá de que tal conducta se produzca con regularidad estadística (pues también se roba y se asesina, ejemplifica Heller)—. La probabilidad del obrar previsible no sólo se ve incrementada por la acción de las normas, sino que incluso son ellas las que a veces causan un determinado obrar. De hecho, la norma, además de criterio de valor, también oficia de regla de previsión. Heller desestima la hipervaloración de la “fuerza normativa de lo fáctico” (Jellinek) por cuanto al lado de ella se delinea la *fuerza normalizadora de la normativo*. En ese sentido Heller insiste en que la norma normaliza: es decir, se irradia en el ser social causando normalidad empírica. Se trata de un momento clave de la constitución política: por sobre la constitución no normada, e influida por ésta, se yergue la constitución informada por las normas.<sup>5</sup>

Ahora bien, no toda normatividad es jurídica. Existe la *normatividad no jurídica*, constituida en primer término por la tradición (*Herkommen*) y la costumbre (*Übung*); éstas abarcan los usos, la moral, la religión, y hasta la moda y las reglas de urbanidad, agrega Heller.<sup>6</sup> Sin perjuicio de la relevancia de estas normas, son las normas jurídicas, aquéllas emanadas de los órganos políticos con

<sup>3</sup> *Staatslehre*, p. 281-5.

<sup>4</sup> *Cfr. Staatslehre*, p. 283.

<sup>5</sup> *Cfr. Staatslehre*, p. 285.

<sup>6</sup> *Cfr. Staatslehre*, p. 285.

la pretensión autoritativa de obligatoriedad general, las que por supuesto adquieren una especial significación para la constitución política. Heller señala que en muchos casos tales normas no han sido sino abstracciones y sistematizaciones extraídas de la realidad social misma (es decir, de la normalidad normada por los factores extrajurídicos). Mas se observa asimismo la imposición política de un querer y un deber ser opuesto a la que había sido la ordenación social hasta ese momento: precisamente al Estado moderno le es esencial una consciente y planificada imposición autoritaria y centralizada de normas tendientes a la normalización uniforme de la sociedad.<sup>7</sup> Heller consagrará muchas de las últimas páginas de su obra póstuma precisamente al diagnóstico de ésta, la forma política contemporánea del Estado.<sup>8</sup> Subrayemos algunas de las líneas fundamentales de su impronta institucional y primeramente cosmovisional.

### III. EL AVANCE DE LA PLANIFICACIÓN JURÍDICA AUTORITARIA CON EL ESTADO MODERNO

Como acaba de anotarse, el Estado moderno porta la nota típica del incremento de la actividad centralizada de normación, que sujeta la realidad social a una normalización planificada; más aún: son propios del Estado moderno un gobierno y una legislación que deciden contra la normalidad social, establecida principalmente por la tradición y la costumbre.<sup>9</sup> Esta forma política, para Heller, ha buscado crear una previsibilidad cada vez mayor en las relaciones sociales, con el fin de cimentar lo que los juristas llaman “seguridad jurídica”, y que para Heller es mera “seguridad de tráfico (económico-comercial)”,<sup>10</sup> El resultado de tal empresa ha sido la racionalización de la administración de justicia a través de un cuerpo profesional *ad hoc* y la centralización de la legislación a través de las codificaciones y de las constituciones escritas<sup>11</sup> —en las que lo definitorio no es la nota de hallarse escritas, sino la planificación sistemática—.<sup>12</sup> Este peculiar *aumento de la normalidad a través del aumento de la normatividad* autoritaria y planificada ha conducido a la *emancipación (Verselbständigung*: también “independización”, “autonomización”) del entramado jurídico-constitucional —como

<sup>7</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 286.

<sup>8</sup> Cfr. *Staatslehre*, esp. pp. 293 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 285 y 286.

<sup>10</sup> Para nuestro autor, por el contrario, la seguridad jurídica consiste en la certeza de sentido y en la certeza de ejecución, y ambas facetas representan una de las funciones peraltadas, en a asegurar la justicia, que cumple el poder del Estado a través de la positivación del Derecho (vide *Staatslehre*, pp. 252-4). Heller echará mano del ejemplo de Hobbes en *De cive*, cuando afirma que hurto, homicidio, injuria, etc., prohibidos por el derecho natural, son determinados por la autoridad pública con un contenido concreto (*Staatslehre*, pp. 254 y 255). Estimamos que Heller se sirve de la formulación de Hobbes, más no del fondo definitoriamente absolutista de su doctrina, para ejemplificar el proceso de determinación de la certeza de sentido por el poder del Estado. No en vano nuestro autor aclara que utiliza el gráfico texto de Hobbes sin olvidar que éste “sacrifica completamente, como es sabido, la juridicidad (*Rechtsmässigkeit*) a la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*)”, p. 254.

<sup>11</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 286 y 287.

<sup>12</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 305 y 306.

conexión de sentido y organización normativa— respecto de la realidad social.<sup>13</sup> Pero aun en este escenario de hipertrofia del factor consciente, racionalista, planificado, autoritativo frente a la realidad social, ¿cabe, para Heller, resolver dicha realidad social en la organización normativa del poder? En otros términos, ¿el ordenamiento jurídico como formación ideal de sentido, absorbe al Estado como formación social real? La respuesta es negativa: la realidad social total se distinguirá siempre de la organización jurídica como el todo de la parte,<sup>14</sup> incluso cuando la objetivación metódico-doctrinal y la emancipación político-cosmovisional han erigido al Derecho —y a su quintaesencia, la constitución jurídica— en un factor que se pretende unilateralmente decisorio.

#### IV. LA NECESARIA IMBRICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y NORMALIDAD

##### 1. *Función individualizadora del Derecho por la materia social*

Al ensayar una respuesta fundada a la anterior cuestión deberemos recalcar en las observaciones que hace Heller desde el punto de vista *sistemático*, si por tal entendemos las consideraciones que quepan formularse más allá de la circunstancia epocal que signa la aparición del Estado moderno en general y del régimen constitucional-representativo en particular. Así como realidad y significación, voluntad y norma, entran en composición dialéctica y dan lugar a la vida política como una existencia normativamente informada, así la constitución total resulta de la unidad de normalidad y normatividad —jurídica y extrajurídica—. Ahora bien, ¿cómo juega la norma jurídica de valoración frente a todos estos distintos planos o mejor momentos de la constitución total? Decimos mejor “momentos” porque se hallan en relación dialéctica de complementariedad. Y ¿cómo juegan todos los factores extrajurídicos de la constitución frente a lo jurídico-legal (legal ordinario y legal constitucional)? Heller mismo afirma que en la cuestión de la complementariedad o contradicción de normalidad y normatividad radica el problema fundamental de toda sociología del Derecho y del Estado.<sup>15</sup>

Ante todo, Heller resalta que en la existencia social tal como tiene lugar en la constitución política real pueden darse ámbitos de normalidad sin normatividad; pero al contrario no hay normatividad sin normalidad y esto se constata en la organización del Estado. En efecto, todo derecho vigente es realidad, realidad normativamente regulada; y las normas constitucionales valen como (diríamos nosotros: *son también*) reglas empíricas de la realidad de la organización estatal. Las constituciones políticas, remata Heller, son formas de actividad, y son formas a la vez normadas y normales.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 293 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 295, 298 y 299.

<sup>15</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 286.

<sup>16</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 285. En este lugar Heller critica el *Sollen* kelseniano, elaborado con metódico divorcio de la realidad social —y no deja de señalar la inconsecuencia de Kelsen—, quien a pesar de su postulado divorcio debe acudir a la observancia habitual para poder construir su idea de validez jurídico-normativa.

A Heller le interesa en general —y en este lugar, en relación con normatividad y normalidad, también lo subraya— el factor de permanencia que representan las normas y la constitución. Para Heller sin la continuidad de las normas sociales no habría ni continuidad de la realidad social ni continuidad de la constitución. Y es la fuerza normalizadora de las normas la que sustenta la generalización temporal y personal de la normalidad y, con ello, la permanencia de la constitución. Mediante una norma que obliga incluso a su propio autor se crea una continuidad constitucional y un *status* político, y es así como la dominación actual e imprevisible se torna continua y previsible. Por otro lado, la validez de una norma presupone una situación general previsible; un derecho de situación, por el contrario, correspondería a un caos permanente.<sup>17</sup> Esta última tesis apunta expresamente al decisionismo de Carl Schmitt, tomando al pie de la letra (¿Retorciendo, tal vez?) la idea de éste de que todo Derecho sería derecho de situación.<sup>18</sup>

Pero entremos directamente en la cuestión misma, comenzando por su primera faceta: la de la complementariedad entre normatividad y normalidad. Heller sostiene que la constitución jurídica no se reduce nunca a los solos preceptos autorizados por el constituyente, dado que el contenido (*Inhalt*) de éstos y su modo concreto de validez (*Geltungsweise*) se determina (en el sentido de que termina de perfilarse y completarse) de acuerdo con las cualidades o rasgos propios (*Eigenschaften*) de aquéllos a quienes se dirige. Esto parecería comportar más que el principio realista clásico de que la norma debe estar conmensurada a lo normado;<sup>19</sup> vendría a significar que la norma tendrá efectividad real y vigencia concreta a partir de una determinada recepción por un cierto medio humano y social. En palabras de Heller, la constitución jurídica formará un todo (concreto) con un mundo circundante compuesto por “normalidades antropológicas, geográficas, étnicas, antropológicas y sociales” —y, desde ya, por normatividades extrajurídicas—. Esa materia compuesta por la normalidad y por la normatividad extrajurídica determinará la individualidad de la constitución jurídica en tanto norma jurídica. El ejemplo que provee nuestro autor es el del código procesal de José II de Austria, que habría dado lugar a dos formas distintas de procedimiento en dos regiones distintas del Imperio: oral y directo en Países Bajos, escrito e indirecto en Austria.<sup>20</sup>

---

Sean cuales fueren sus incoherencias, la crítica helleriana al esquema de Kelsen de separación entre ser y deber ser estriba en que ella no se hace cargo del efecto que ejerce el sistema normativo en el plano del ser. A su vez la idea schmittiana de la constitución positiva como decisión incurre en el defecto contrario: el de preterir o minusvalorar el momento normativo (p. 286).

<sup>17</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 286 y 287.

<sup>18</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 287. En *Politische Theologie* (2ª. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1934, p. 20) Schmitt no niega, antes al contrario, que la norma exija normalidad porque mal podría aplicarse a un caos. Lo que significa el “*Alles Recht ist ‘Situationsrecht’*” no es, pues, que el derecho (la norma) vaya a regir en situaciones irrepetibles y mudables; sino que el soberano decide qué es un *normaler Zustand*.

<sup>19</sup> Así en Tomás de Aquino, *S. Th.*, I-IIae., 96, 2 c y ad 2um; y en *Suma Contra Gentiles*, III, 71 y especialmente III, 111: “conviene observar diversa razón de orden en el gobierno de la ciudad, según las diversas condiciones de quienes están sujetos al gobierno”. Vide asimismo, *S. Th.*, Ia., 103, 5 ad 2um. Cfr., en general CASTAÑO, Sergio R., *La racionalidad de la ley*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1995, pp. 80-82.

<sup>20</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 288-289.

Este planteo, que resalta la función individualizadora del Derecho por la materia social, ya había sido antecedido por los desarrollos de *Die Souveränität*. Allí se explicita y aclara la función de la potestad suprema, a cuyo cargo corre lo primordial de dicha función individualizadora. Heller juzga negativamente la pretensión de lo que él llama un *ordre naturel* universal e impersonal que contendría por derivación la totalidad hermética y sin lagunas del ordenamiento jurídico de un Estado —y sin solución de continuidad, también del ordenamiento internacional—. Según Heller, Kelsen no sería sino la culminación del iusnaturalismo racionalista de los siglos anteriores. En esa línea Heller expresa, respecto del presente tema, que si por un lado la existencia del Derecho depende de la acción de una unidad decisoria soberana, por otro lado la validez jurídica (positiva), diversa de la validez lógica, se perfila a partir de los datos históricos, culturales, sociales, humanos en suma, fuera de los cuales se torna ilusoria. Así pues, las normas positivas deben no solo su existencia, sino también su validez, a la acción individualizadora de un poder decisorio concreta y culturalmente situado, que determina las normas en función de un talante comunitario y no a partir de una idea abstracta, como lo pretende el racionalismo kelseniano. La unidad de voluntad soberana cumple así con la tarea de la positivación, que significa: traducir el sentido de los *ethische Rechtsgrundsätze* en una situación determinada, confiriendo individualidad concreta a los principios suprapositivos. La positividad del Derecho implica una certeza de sentido, es decir la adecuación del valor universal del principio a una circunstancia histórica determinada. Y en eso reside la validez concreta de la norma jurídica. En tal función positivadora del Derecho radica Heller la esencia de la soberanía. Ahora bien, el propio acto de voluntad del poder del Estado ya es un producto de las condiciones naturales y culturales de la vida comunitaria. Y es en tal carácter como la voluntad estatal resulta inmanente a la individualidad de cada norma, cuyo conjunto constituye un orden normativo también individualizado, es decir, concreto. Esa individualidad histórica y culturalmente situada es lógicamente inderivable de cualquier norma general: de allí la irreductibilidad de lo social-concreto a lo abstracto-teorético. Heller se sirve aquí de otro ejemplo de la historia del Derecho: el código Napoleón rigió y se manifestó diversamente en Francia y en Renania, señala. Y ello no por la letra de la ley, sino por el sentido de los términos en el que cobraba realidad el acto del poder legiferante propio de cada escenario político. El legislador es representante de la voluntad del Estado, y ésta compensa los valores de la comunidad con el fin de acrisolar su unidad; de allí que tales valores resulten decisivos para la función (legítima) de legislador. Es así como los principios fundamentales sobre el orden político, el orden familiar y la propiedad se hallan en buena medida sustraídos al arbitrio del autor de la ley.<sup>21</sup> Este protagonismo de lo concreto afinado en la vida social, continúa diciendo en *La soberanía*, adquiere especial valimiento cuando el legislador delega en la comunidad la determinación del contenido de las normas, remitiéndolo a las buenas costumbres, los usos comerciales, la naturaleza de la cosa, la buena fe, etc.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *Die Souveränität*, Berlín, De Gruyter, 1927, p. 85.

<sup>22</sup> Cfr. *Souveränität*, p. 95.

## 2. La normatividad extrajurídica y la constitución de Weimar

En *Teoría de Estado*, donde por momentos la normalidad y la normatividad no jurídica sociales parecen asumir por sí mismas una función relevante en la determinación del contenido de las normas —entiéndase: ya como erigidas en un polo dialéctico frente al poder mismo—, Heller retoma la idea de *La soberanía* y señala que el legislador suele hacer un doble orden de remisiones. Una remisión *material* (es decir, con un contenido o materia determinada), como cuando el constituyente de Weimar elenca en la segunda parte de la constitución alemana toda una serie de principios que, como los de los artículos 119 y 120, no serían todavía preceptos jurídicos directamente aplicables por el juez; no obstante lo cual tales principios son más que una mera orientación para el legislador. Ello rezan: “Art. 119: El matrimonio, fundamento de la vida familiar y de la conservación y aumento de la nación, queda bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de los dos sexos. Incumbe al Estado y a los Municipios mirar por la pureza, sanidad y mejoramiento de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a medidas de protección compensadoras. La maternidad tiene derecho a la protección y auxilio del Estado. Art. 120: La educación de la prole para el desarrollo corporal, espiritual y social, constituyen el deber supremo, y un derecho natural de los padres; la comunidad política velará por su cumplimiento”. Los de tal naturaleza, dice Heller, son los únicos principios jurídicos que conoce la inmensa mayoría de los ciudadanos. Y son ellos —y no los preceptos positivos de los códigos— los que en la praxis ayudan a asegurar la ordenación de la realidad social.<sup>23</sup> En su entrada “*Estado*” había clarificado esta idea. En efecto, decía Heller allí, aunque los padres no conocen el derecho de familia hasta que no tienen un litigio legal, no obstante sí saben que deben alimentar a sus hijos —y esto es porque conocen el principio ético-jurídico fundamental—.<sup>24</sup>

Por otra parte, en *El concepto de ley en la constitución del Reich* Heller había citado, junto con el 119 y 120, varios artículos de la constitución de Weimar como ejemplos de *Rechtsgrundsätze*.<sup>25</sup> Reproducimos a continuación algunos de los más significativos de entre ellos. Art. 133: Todos los ciudadanos están obligados a prestar al Estado y al Municipio servicios personales, con arreglo a las leyes. El deber militar se regulará por los preceptos de la ley de Defensa Nacional del Imperio. Esta ley determinará también en qué medida han de limitarse algunos derechos fundamentales a los individuos pertenecientes a la fuerza armada, para el cumplimiento de su misión y el mantenimiento de la disciplina.

<sup>23</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 290.

<sup>24</sup> Cfr. HELLER, Hermann, “*Staat*”, en Vierkandt, Alfred (ed.), *Handwörterbuch der Soziologie*, unveränderter Neudruck, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1959 (1ª edición 1931). Hay traducción castellana como Apéndice en CASTAÑO, Sergio R., *Hermann Heller y el valor de la vida política*, prólogo de Jerónimo Molina Cano (Real Academia de Ciencias Morales), México, Derecho Global, 2018.

<sup>25</sup> Cfr. HELLER, Hermann, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, en *Das Recht der freien Meinungsäußerung - Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, Berichte von Karl Rothenbücher, Rodolf Smend, Hermann Heller und Max Wenzel (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4), Berlin & Leipzig, De Gruyter, 1928, p. 120.



Art. 134: Todos los ciudadanos, sin distinción, contribuirán a las cargas públicas en proporción a sus haberes y conforme a la ley. Art. 151: La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica. Art. 155: El reparto y utilización del suelo serán vigilados por el Estado en forma que se impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana y a todas las familias alemanas, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio económico que responda a sus necesidades [...] Art. 163: Todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad y sin perjuicio de su libertad personal. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales del Imperio dictarán las disposiciones complementarias.

Pero el legislador puede no formular el contenido de los preceptos, sino hacer una remisión formal a los principios jurídicos (*Rechtsgrundsätze*) imperantes en la sociedad. Es lo que hace cuando remite a las buenas costumbres, a la buena fe, a los usos del comercio. En esos casos se concede un poder al juez para decidir sobre las base de la existencia de principios legítimados por la sociedad. Para Heller esto es manifestativo a la vez de la necesidad de complementar la normatividad jurídica con la normalidad sociológica, pero siempre —remárguese— *con la normalidad positivamente valorada*; así como manifestativo de la imposibilidad de determinar de una vez y para siempre el contenido de tales normas sociales complementarias. Si unimos esta observación de Heller con la anterior —acerca de los principios jurídicos que el pueblo conoce sin necesidad de ninguna versación técnico-legal— arribamos a la constatación de que en la normalidad social late un patrimonio ético-jurídico general y firmemente arraigado.<sup>26</sup>

## V. “LA CONSTITUCIÓN DICE DEMASIADO POCO...”

A partir de todo lo afirmado Heller establece una conclusión que refuerza las anteriores tesis. Incluso en las normas que no remiten a los principios ético-jurídicos vigentes en la sociedad resulta imposible interpretar o aplicar la mayor parte de los preceptos constitucionales sin apelar a tales principios. En tanto formación normativa de sentido, la constitución jurídica, si queda huérfana de toda apelación a la normalidad social positivamente valorada, “dice siempre demasiado poco (*besagt immer zu wenig*)”, señala Heller. La mayor parte —y, sobre todo, los principales de sus preceptos— recién adquieren un sentido práctico efectivo cuando son puestos en relación con los principios que expresan la estructura social. Heller pone el ejemplo de la igualdad ante la ley; una igualdad que si, por ejemplo, de derechos políticos se tratase, dependerá en su contenido de aquello que los principios que imperan en la sociedad hayan aceptado puede igualarse. Respecto de lo cual han decidido en otro tiempo los criterios de admisibilidad censitaria, o

<sup>26</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 290.

por sexos (criterios no expresados en la letra de la ley). Piénsese asimismo, agregamos nosotros, en todos los derechos proclamados en la constitución norteamericana, muchos de los cuales —y de los más importantes— no alcanzaron a los habitantes de raza negra hasta 1865 y los años inmediatos (lo cual se ilustra por el caso “Dred Scott” y las enmiendas 13<sup>a</sup>, 15<sup>a</sup>).

Debe notarse que la normalidad que entra en composición dialéctica con la normatividad es necesariamente aquélla positivamente valorada. Y la *valoración*, como es obvio, penderá de *normas*; las cuales, por tratarse del ámbito extrajurídico, serán ante todo normas ético-jurídicas y religiosas. Son éstas, pues, las que se componen con las normas jurídicas para completar su sentido —y para hacerlas incluso comprensibles—. <sup>27</sup>

## VI. EL SUPUESTO DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA Y CONSTITUCIONAL ENFRENTADA CON LA NORMALIDAD Y CON LAS NORMAS COMUNITARIAS NO JURÍDICAS

En Heller la normatividad jurídica “se engrana”, por así decir, con la normalidad y con las formas de normatividad no jurídicas. Pero puede ocurrir, y de esto la historia del Estado moderno ha ofrecido no pocos ejemplos, que la constitución política entre en colisión con esos factores no jurídicos. Es decir, que ella se enfrente con las vigencias sociales cristalizadas en la tradición, como señala Heller que a menudo ha ocurrido. <sup>28</sup> La tradición había sido ya antes señalada por Heller como “la más antigua, universal y seguramente más eficaz” forma de legitimación de una ordenación. A su vigencia inveterada e incontestada suele unírsele la nota de santidad (*Heiligkeit*). En el transcurso de la Historia, los valores afectivamente acogidos de la tradición han tomado a menudo la forma de principios éticos racionalmente asequibles, tal como ocurrió con el derecho natural de la *Stoa* antigua. <sup>29</sup>

Heller plantea dicha colisión bajo la forma de una falta de confirmación (*Bewahrung*) social de la oferta (“*Offerte*”) del legislador. Dicha falta de confirmación puede deberse a que la sociedad no requiera de las normas propuestas, es decir que éstas carezcan de necesidad; o que, directamente, sean objeto de rechazo por la sociedad. Como ejemplo genéricamente común Heller señala el caso del código civil austríaco, una tercera parte del cual hasta tal punto no ha dejado rastro en la vida comunitaria que podría derogarse sin que esto impactara en la realidad social. Por su parte, Argentina ofrece el ejemplo del juicio por jurados: una institución ajena al derecho continental que, a pesar de hallarse normada en la constitución argentina desde 1853 (arts. 24 y 118), no ha tenido vigencia en la praxis jurisdiccional.

<sup>27</sup> Otra conclusión de Heller apunta a remarcar que la posibilidad de permanencia de una constitución está precisamente garantizada por la generalidad de sus preceptos, que van adecuándose a las vigencias epocales —eventualmente cambiantes— a partir de su composición con la normalidad vigente, sin necesidad de que el texto constitucional se vea alterado.

<sup>28</sup> *Cfr. Staatslehre*, pp. 285 y 286.

<sup>29</sup> *Staatslehre*, p. 101; *vide*, asimismo, p. 275.

La creación de normas es ante todo el intento de producir mediante esa normatividad consciente una normalidad de las conductas sociales, concorde con dichas normas. Ahora bien, es un hecho que así como el titular del poder supremo puede violar la constitución jurídica y crear Derecho vigente,<sup>30</sup> así también el Estado moderno, munido de su rígida organización burocrática, puede atentar contra la normalidad social y contra la normatividad extrajurídica y violentarlas con éxito.

Sin embargo, los grados de la vigencia que alcance ese “experimento de creación de normas (*Normsetzungsexperiment*)” (*sic*) típico del Estado moderno son variables. Su normatividad contraria a la normalidad puede imponerse en amplios círculos sociales; o en ámbitos restringidos; o entre los jueces y funcionarios; o ni tan siquiera ente éstos. Es que a veces, constata Heller, la realidad social normal y extrajurídicamente normada bajo la forma de usos sociales se muestra más fuerte que la normatividad del Estado.<sup>31</sup> Respecto de este último supuesto —el caso más extremo de predominio de los factores sociales frente al poder— cabría pensar en Argentina en el ejemplo del experimento de las constituciones unitarias de 1819 y 1826 —de raigambre iluminista, racionalista y liberal—, que tuvieron nula vigencia como leyes fundamentales.

## VII. EL PROBLEMA DE UNA VALIDEZ UNIVERSAL Y OBJETIVA MÁS ALLÁ DE LA VIGENCIA NORMAL

Se presenta a consideración la cuestión de la naturaleza de los *ethische Rechtsgrundsätze* que complementan el contenido concreto de las normas; que condicionan su vigencia; y a partir de los cuales ellas pueden ser interpretadas. Estos principios (“normas sociales de ordenación”) resultan asimismo como la columna vertebral de la normatividad no jurídica. Más aún: ellos tienen la máxima significación para la existencia misma de la constitución, como complemento, o incluso por sí solos. Pues bien, para nuestro autor, estos principios son, en parte, de naturaleza “apriorística” y validez universal; aunque en su mayoría son propios de círculos determinados de cultura, e históricamente variables.<sup>32</sup> ¿Cómo interpretar esta distinta caracterización? En nuestro libro *Hermann Heller y el valor de la vida política* decimos: “Heller ha hecho lugar a la posibilidad de existencia de algunos principios *a priori*. Si por *a priori* se entiende independiente de la experiencia del agente, se trataría entonces de principios innatos en cuanto a su cognoscibilidad; si se lo entendiera por independencia de los condicionamientos históricos (“culturales” en sentido amplio), la expresión podría referirse a principios válidos para todo hombre. En cualquiera de los dos casos se trataría de principios universales y necesarios: no *culturales* sino *naturales* en su fundamento”.<sup>33</sup> Ahora bien, junto a tales principios universales existen principios propios de círculos de cultura, es decir, particulares, sea de una comunidad, sea de un ámbito mayor.

<sup>30</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 293.

<sup>31</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 291-2.

<sup>32</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 289.

<sup>33</sup> CASTAÑO, Sergio R., *Hermann Heller y el valor de la vida política*, p. 72.

Dentro de estos principios que dependen de circunstancias históricas determinadas y que invisten carácter de criterios normativos fundamentales se debe contar, junto a principios religiosos —y seguramente en vinculación con éstos—, a otros de raigambre mayormente tradicional (vide *supra*, nota 29).

## VIII. EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y LOS FUNDAMENTOS OBJETIVOS DE LA JUSTICIA. NORMATIVIDAD SUPRAPOSITIVA, VALOR DE LA VIDA POLÍTICA Y LEGITIMIDAD DEL PODER

### 1. *La soberanía del pueblo como localización deóntica del poder*

Hermann Heller, quien no deja de hacer explícitos los inconvenientes suscitados por el principio de soberanía del pueblo cuando se lo confrontaba con la realidad política objetiva, con todo rescata el significado antiautocrático del principio. Según éste, sostiene Heller, se gobierna “en nombre” del pueblo, a quien se imputa la conformación (“de abajo hacia arriba”) del poder del Estado. Se trata, agrega, de un principio de localización del poder que constituye principalmente un postulado deóntico (*Sollensurteil*) del sistema político, sin por ello representar una ficción.

Se trata entonces de un principio polémico, opuesto al de la autocracia, que expresa un modo de división real del poder, en el cual algunos círculos del pueblo poseen facultades de designación, o eventualmente de control, de los dirigentes. Además de ello, el Estado de Derecho moderno, como forma de Estado aneja a tal principio, garantiza ciertos derechos fundamentales y establece una división de poderes que limita efectivamente el poder político y deja así espacio al goce de libertades para el pueblo. Sin embargo, Heller no se embarca en la retórica mítica de identificar soberanía del pueblo con gobierno efectivo del pueblo, ni tan siquiera de postular el ejercicio del poder por el pueblo como una idea regulativa de la forma democrática del Estado. En efecto, la localización del poder en el pueblo sólo en parte es expresión de la realidad, pues las limitaciones que esta radicación ofrece son múltiples: la posibilidad de que el cuerpo electoral represente una minoría de la población; el desnivel socioeconómico de los ciudadanos; y, más en general, la ley del pequeño número de los que deciden, que se hace verificable en toda organización de dominación, sin la cual no hay ejercicio del poder posible, así se trate de una democracia. Esta ley, en el seno de los partidos políticos, se manifiesta bajo la forma de la concentración de la dirección en un grupo reducido y secundado por una burocracia. Por lo demás, el Estado moderno ha desarrollado una estructura administrativa cuyo funcionariado profesional y estable absorbe buena parte del poder estatal. Así pues, en Heller la soberanía del pueblo —sin dejar de traducirse en una limitación constitucional del poder del Estado—, en tanto principio de localización deóntico, no corresponde, con todo, a la realidad del ejercicio del poder del Estado.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 276-281.

Por último, es necesario recordar que para Heller el pueblo en sí mismo no constituye una dimensión política; sólo adquiere tal carácter en la medida en que su existencia se configura en una organización de supra y subordinación, esto es, en que aparece la estructura del poder del Estado. Y precisa magistralmente que el Estado no es el pueblo pero que tampoco está formado por hombres, sino por acciones (*Leistungen*) humanas, ya que diversos grupos reclaman del mismo hombres distintas prestaciones, a partir de las cuales se conforman otras unidades de acción (religiosas, políticas, económicas) que aparecen frente al Estado.<sup>35</sup> En la misma línea, el pueblo no traslada el poder al gobernante, sino que, como conjunto de los gobernados, funda la jefatura política mediante la obediencia: en los términos de Heller, autoriza (*ermächtigen*) el ejercicio del mando.<sup>36</sup>

## 2. *El fundamento último de la justificación del Estado y de la legitimidad del poder*

Es seguramente pertinente concluir esta aproximación a la realidad de Weimar en el contexto del pensamiento sociológico-político-constitucional de Heller señalando que los principios constitutivos del Derecho —o principios ético-jurídicos fundamentales—, factores clave de la normatividad social, desempeñan también —ya como fundamentos suprapositivos del orden jurídico— un papel decisivo para Heller en la justificación del Estado y en la legitimidad del poder político. Así como en la legitimidad de la constitución jurídico-positiva es decir, del ejercicio del poder constituyente.

A la hora de encarar la relación entre *Sein* y *Sollen* Heller no dejará de enfatizar la diferencia entre legalidad y legitimidad frente a las corrientes que en su tiempo habían formulado paradigmáticamente la idea de la absorción de la segunda por la primera (Weber); e incluso también preconizado, ya no como descripción histórico-fenomenológica sino como respuesta idónea al problema de la legitimidad del poder, la resolución del valor jurídico-político en una geometría legal de raigambre positivista-normativista, (Kelsen) —aunque no ajena a tomas de posición liberales y burguesas—. Contra éste último, su más perdurable adversario teórico, Heller sostiene que la legitimidad no surge de la posición arbitraria de un deber ser cualquiera. Tal es precisamente el caso de un poder absolutamente desentendido de los principios ético-jurídicos fundamentales: dado que el poder vigente es fuente de la legalidad positiva, si la juridicidad ha sido reducida a ésta, luego cualquier decisión del poder es Derecho y el problema de la legitimidad queda extrañado fuera del ámbito de la Política, tal como, *ipso facto*, el problema de la justicia ha sido radiado del ámbito de la juridicidad. Así, con semejante presupuesto, en síntesis, todo acto del poder es jurídico y cualquier Estado es Estado de Derecho. La creencia en la legalidad se traduce, en su forma más corriente, en la docilidad a aceptar como legítimo todo precepto jurídico “formalmente correcto”, establecido “según la forma procedimental ordinaria” (Kelsen); tal temperamento

<sup>35</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 268 y 271.

<sup>36</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 269.

es teóricamente falso y además comporta en sí misma, juzga Heller, una involuntaria constatación de la “degeneración (*Degeneration —sic—*)” de la conciencia jurídica.

Con el principio de división de poderes, polémicamente esgrimido contra el absolutismo monárquico, se creyó poder asegurar la legitimidad a través de la legalidad, en la medida en que los representantes del pueblo establecerían la ley que debería ser observada por los demás órganos del poder. Ahora bien, ese principio de organización no basta para garantizar la juridicidad sino en la medida en que se suponga, fundando los actos del órgano democrático legislativo, la acción de una razón práctica que determina para sí misma su propia rectitud. Pero la realidad es que la división de poderes (órganos) no es sino un mero principio de organización del poder, que nada dice la justicia del derecho positivo, si no es merced a una predestinación metafísica que lleve a ello —y en la que nadie cree, acota Heller—. En definitiva, la legalidad del Estado de Derecho democrático no resuelve el problema de la legitimidad.<sup>37</sup>

Lo esencial para la teoría del Estado respecto de este problema clave —cabe concluir con Hermann Heller— radica en dejar establecido que ideología alguna basta por sí misma para justificar el Estado y su poder jurídico de régimen: ni la (hegeliana) “armonización del poder y el Derecho”, ni la legalidad, ni una “ideología de legitimación democrática, nacionalista o bolchevique en tanto tales bastan para sancionar el Estado con valor universal”. Los principios fundamentales se distinguen de las ideologías de legitimación por la generalidad de la validez que ellos confieren, la cual, aunque no resulte siempre absolutamente universal, con todo siempre trasciende la órbita jurisdiccional de los Estados particulares.<sup>38</sup>

En síntesis, para Heller la afirmación y reconocimiento de aquellos principios que constituyen el fundamento de justificación del Estado y del derecho positivo debe tenerse por ya resuelta en el seno de una teoría científica del Estado como ciencia de la realidad. Es que el poder sólo se justifica —radicalmente— por su ejercicio: en los términos de Heller, por el servicio a la justicia (“*Dienst der Gerechtigkeit*”).<sup>39</sup> Ésta, por su parte, se basa en los principios éticos constitutivos del Derecho. Y son esos mismos principios los que deciden en última instancia la legitimidad de una constitución jurídica.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 250-1.

<sup>38</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 251.

<sup>39</sup> Cfr. *Staatslehre*, pp. 251-2.

<sup>40</sup> Cfr. *Staatslehre*, p. 315. Para un estudio más detenido de la posición de Heller respecto de la validez del Derecho, la legitimidad del poder y la justificación del Estado —así como para una discusión más completa sobre la naturaleza de su fundamento: los *etische Rechtsgrundsätze*—, con amplia bibliografía, nos permitimos remitir a CASTAÑO, Sergio R., *Hermann Heller y el valor de la vida política, passim*.