

La ley constitucional en el Estado social de derecho. Acerca de un concepto fundamental de la teoría del Estado de Hermann Heller¹

Constitutional Law in the social *Rechtsstaat*. On a fundamental concept of Heller's state theory

Oliver W. Lembcke²
Traductor: Ramiro Kiel³

“La ley es una orden, y una orden consiste en la declaración o manifestación de la voluntad de quien manda” (Hobbes, 2011).

Resumen

El artículo analiza la noción de ley constitucional en el Estado social de derecho a partir de una conferencia de Hermann Heller titulada “El concepto de ley en la Constitución del Reich”, que fue pronunciada en 1927 en las jornadas de la Asociación de Profesores Alemanes de teoría jurídica del Estado. En esa conferencia, Heller ejecuta una aguda crítica a las implicancias políticas de la doctrina que distingue un concepto formal y uno material de ley. El artículo se ocupa de describir los fundamentos de esta doctrina y de reconstruir sus antecedentes teóricos e históricos. Además, se recupera la crítica que hace Heller a esa doctrina y su apuesta por un concepto unificado de ley, que se corresponde con el concepto constitucional de ley parlamentaria. Se repara, a su vez, en el debate que suscitó la conferencia entre Heller

Recibido: 1 de marzo de 2023 ~ Aceptado: 6 de mayo 2023 ~ Publicado: 31 de julio de 2023

¹ El artículo fue publicado originalmente como capítulo en Marcus Llanque (Hrgs.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität*, Nomos, 2010, pp. 239-261.

² Berlin, Alemania, 1969. Actualmente se desempeña como profesor de ciencia política en la Universidad de Bochum, Alemania. Es investigador de la Universidad Vrije de Amsterdam, Países Bajos, y miembro del área de política y derecho de la Asociación Alemana de Ciencia Política. Entre sus temas de investigación se encuentran tanto las teorías normativas como las empíricas de la democracia, el control judicial de constitucionalidad, la teoría política y la historia de las ideas del constitucionalismo. Entre sus obras se destacan: Verena Frick & Oliver W. Lembcke (eds.), *Hermann Hellers demokratischer Konstitutionalismus* (2022). Oliver W. Lembcke & Florian Weber (eds.), *Emmanuel Joseph Sieyès: Political Writings* (2014). Oliver W. Lembcke, Claudia Ritzi & Gary S. Schaal (eds.) *Zeitgenössische Demokratietheorie* (2012). *Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts. Ansichten und Meinungen in der Öffentlichkeit 1951-2001* (2010).

³ Correo electrónico: ramirokiel@gmail.com  <https://orcid.org/0000-0002-6256-0607>

y Kelsen. Por último, se analizan las potencialidades de dicha concepción para pensar el vínculo entre democracia y teoría social en el Estado social de derecho.

Palabras clave: Estado social de derecho, ley constitucional, Hermann Heller, democracia.

Abstract

The article analyzes the notion of constitutional law in the social *Rechtsstaat* based on a conference by Hermann Heller titled “The Concept of Law in the Constitution of the *Reich*”, which was delivered in 1927 at the congress of the Association of German Professors of Legal State Theory. In that conference, Heller presents a sharp critique of the political implications of the doctrine that distinguishes a formal from a material concept of law. Therefore, the article aims to describe the foundations of this doctrine and reconstruct its theoretical and historical background. Additionally, it examines Heller's critique of that doctrine and his advocacy for a unified concept of law, which corresponds to the constitutional concept of parliamentary law. Additionally, attention is paid to the debate sparked by the conference between Heller and Kelsen. Lastly, the potentials of this conception are analyzed to consider the connection between democracy and social theory in the social *Rechtsstaat*.

Keywords: social *Rechtsstaat*, constitutional law, Hermann Heller, democracy.

Cinco años después de su fundación, la Asociación de Profesores Alemanes de teoría jurídica del Estado eligió a Max Wenzel y a Hermann Heller como ponentes sobre el tema “El concepto de ley en la Constitución del Reich” para las jornadas que tuvieron lugar en Múnich en 1927⁴. Y es sobre todo gracias a Heller que se recuerda esta reunión; un “momento histórico” de la teoría jurídica del Estado, como señaló Hans Nawiasky medio irónico, medio de mala gana⁵. Incluso si consideramos, desde un punto de vista actual, las diferencias de estilo y formato con las conferencias de la época, debe sorprender la determinación con la que Heller increpó a su gremio. Para él, captar el concepto de ley, tanto en términos dogmáticos como teóricos, implica considerar los fundamentos históricos del Estado constitucional⁶. Sin embargo, en lugar de rendir cuentas sobre las diferentes fuentes del Estado de derecho moderno y

⁴ Heller (1928, pp. 98-134) (principios p. 243, comentario final pp. 244-247).

⁵ Ponencia en *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (1928, p. 180).

⁶ “Por lo tanto, el concepto de ley solo puede ser, en tanto concepto dogmático, histórico” (Roellecke, 1969, p. 239).

desarrollar el concepto dogmático de ley a la luz de una filosofía del Estado específicamente democrática, la teoría del derecho constitucional se adhiere en “rara unanimidad” a la llamada doctrina de la división [*Zweiteilungslehre*] (Heller, 1992b, p. 205), una enseñanza heredada de los tiempos del emperador, “en términos teóricos insostenible, en términos prácticos en parte insignificante y en parte peligrosa” (Heller, 1992b, p. 214).

En vista de esta aguda crítica, no es sorprendente que el debate, centrado en la conferencia de Heller, haya sido muy controvertido; en particular se ha hecho conocido el conflicto que, con despiadada dureza, mantuvieron en público Heller y Kelsen. Esta disputa no se recuerda solamente por la polémica en sí. Más allá del espectáculo, ofreció y sigue ofreciendo hasta el día de hoy un documento de las diferentes concepciones sobre el concepto de ley, y esto se debe en parte a que dos teóricos tan diferentes como Kelsen y Heller coinciden en su crítica a la doctrina dominante; tanto coinciden que Kelsen acusó a Heller de plagio *coram publico*⁷. Para evaluar la validez de estas acusaciones es necesaria una reconstrucción de la crítica de Heller a la doctrina de la división (2) y de su propia concepción (3), a partir de la cual se vuelven evidentes las diferencias con el concepto de ley de Kelsen (4). Sin embargo, primero se deben hacer algunas observaciones fundamentales sobre la doctrina de la división, que reviste mucha importancia para la comprensión dogmática del concepto de ley (5).

1. Doble concepto de ley

Desde sus comienzos, en los que la ley se entendía como expresión de un orden natural, hasta la Modernidad, cuando se convirtió en un instrumento de regulación consciente y planificada del comportamiento humano, el concepto de ley se ha transformado en numerosas ocasiones a lo largo de su historia⁸. En el ámbito alemán, el concepto de ley adquirió su orientación específicamente constitucional en el siglo XIX⁹, en un proceso que está estrechamente relacionado con el fin de la escuela histórica del derecho¹⁰. Hasta la época de las revoluciones burguesas dominaba la opinión de que el derecho era principalmente el producto de una conciencia jurídica común, del “espíritu de pueblo” en palabras de Savigny. La tarea de adaptar el derecho a los desafíos no correspondía a la razón que flota libremente, sino a las fuerzas de cada cultura jurídica –para expresarlo en términos modernos– que “actúan de modo silencioso”. Los juristas son sus representantes legítimos, en particular los teóricos

⁷ Ponencia en *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (1928, pp. 178-179).

⁸ Sobre la historia del concepto de ley: Grawet (2004, pp. 863-922).

⁹ Cf. Starck (1995, p. 18).

¹⁰ Schröder ofrece un panorama sobre la relación entre los conceptos de derecho y ley (2006, pp. 275-285).

del derecho, mientras que el legislador sólo posee una especie de función de articulación. Él es el órgano del espíritu de pueblo, en cierto modo su voz, con la que se expresa la convicción comunitaria¹¹.

Al mismo tiempo, surge otra comprensión del derecho basada en la voluntad, que hace que el concepto de ley dependa menos del contenido y más del autor, y por lo tanto, del proceso de elaboración de la ley. Esta nueva orientación se enfoca en los fines y mira hacia el futuro. A medida que, al menos desde las revoluciones burguesas y el surgimiento de la cuestión social, la fuerza cohesiva de las convicciones sociales se desvanece, también las convicciones –jurídicas– de la comunidad pierden autoridad para determinar qué es derecho. El concepto de derecho empieza a emanciparse de las referencias a la justicia y a la razón, que provenían tanto del pensamiento jurídico idealista como del historicista. Así, el concepto de derecho se vuelve “más empírico”: es la “voluntad” la que determina la situación jurídica a través de leyes, ya sea la voluntad general, en el sentido de una filosofía democrática, o la voluntad estatal efectiva en términos de la *realpolitik*¹².

Sin embargo, la formación de la voluntad estatal fue precisamente uno de los problemas arquitectónicos fundamentales del Imperio alemán. Esto se puso de manifiesto en la llamada disputa constitucional prusiana (1859-1866). Allí se expresaron con claridad las tensiones inherentes al modelo de la monarquía constitucional, cuyos fundamentos constitucionales fueron puestos en cuestión por los problemas prácticos relacionados con una delimitación poco clara entre las competencias legislativas y ejecutivas. La competencia legislativa compartida entre el parlamento y la monarquía dejaba abierta la cuestión de cuándo era necesaria una ley y cuándo la administración, dirigida por el monarca, podía actuar de forma autónoma. En términos históricos, mucho dependía de la solución de la cuestión alemana, en la que Bismarck demostró su habilidad como estadista, no solo mediante las victorias en política exterior, sino también mediante el proyecto de ley de indemnización, con el que, como se sabe, pudo ganar a una parte de la burguesía para su política¹³.

Debido a su naturaleza, el apoyo de la teoría jurídica del Estado a la situación política del Imperio fue más sutil, pero no por eso menos importante. A modo de recordatorio: el desencadenante de la disputa constitucional prusiana fue el aumento del presupuesto militar, que la mayoría liberal en la cámara de diputados se negó a aprobar. La “solución”, como fue presentada por Paul Laband y su escuela, propone

¹¹ Sobre el carácter orgánico del derecho, así como sobre el rol del legislador cf. Von Savigny (1973, pp. 11-13).

¹² Para una exposición más detallada véase Böckenförde (1981).

¹³ Sobre el conflicto: Huber (1988, pp. 275-369).

un concepto “doble” de ley¹⁴ que distingue entre la ley en sentido formal y material¹⁵; esta diferenciación entró en la literatura como la llamada doctrina de la división. Según esta teoría, las leyes formales se limitan a establecer la “concordancia entre la Corona y el parlamento”, como en el caso de la elaboración de un presupuesto; las leyes materiales, por su parte, contienen una norma jurídica de aplicación general y, por lo tanto, son expresión de la “voluntad estatal” (Schröder, 2006, p. 279); se habla de leyes formales cuando son emitidas por el parlamento.

Una de las consecuencias políticas directas de esta construcción se hace evidente cuando se toma en cuenta que, para Laband, “la elaboración del presupuesto no satisface ninguna necesidad del derecho, sino una necesidad económica” (1870, p. 637). Por lo tanto, el presupuesto no contiene, en términos generales, reglas jurídicas, sino simplemente un cálculo que se basa en hechos y no en normas. Según Heller, sería difícil encontrar un “malentendido más grave en relación con el derecho presupuestario en la historia del Estado de derecho” (1992b, p. 236), ya que esto conduce a una contradicción en los términos, como señaló Albert Haenel, a quien Heller remite: “El presupuesto es la guía para la administración, que debe cumplir en la medida en que dependa de su voluntad” (1888, p. 314). Así, queda en evidencia el contenido normativo de esta determinación (Heller, 1992b, p. 237). Igualmente clara es, de todas formas, la dirección política de la posición de Laband: se minimiza la importancia del presupuesto. Una ley presupuestaria tiene el carácter de un acto formal, en términos normativos sin importancia para el círculo de quienes están sometidos al derecho, por lo que, en caso de duda –léase: en caso de una disputa constitucional– esa “ley” puede ser prescindible. En esta consideración ve Heller (1992b, p. 235) “la fatal y mayor importancia” de la doctrina de la división. En las antiguas doctrinas del concepto de ley, que se orientaban por el criterio de la generalidad (véase 2.1), aún se podía argumentar que la ley presupuestaria carecía de durabilidad y, por lo tanto, de la dimensión temporal de la generalidad. Según Heller, sin embargo, el hecho de que la escuela de Laband, que rechaza el criterio de la generalidad, aún otorgue al presupuesto un valor meramente formal, subraya la importancia de la ideología para la génesis de la doctrina de la división. De acuerdo con su orientación estructural, su objetivo es fortalecer, en el marco de la monarquía constitucional, al poder ejecutivo, ya que está en su lógica restringir el acceso del poder legislativo a las regulaciones de la organización interna del Estado (por ejemplo, el derecho disciplinario y burocrático), siempre que, “por su naturaleza”, no

¹⁴ Cf. Laband: “La palabra ley adquiere en la ciencia jurídica un significado doble, el material y el formal” (1911, p. 1).

¹⁵ El hecho de que Laband se ocupara del derecho presupuestario fue decisivo para el desarrollo de esta doctrina. Véase en particular Laband (1870, pp. 625-707; 1886, pp. 172-196).

caigan dentro del ámbito de la legislación o estén expresamente asignados al poder legislativo por la constitución. Precisamente el tratamiento de las reservas de ley presupone, sin embargo, un criterio para distinguir leyes formales y materiales, si es que la doctrina de la división quiere hacerle justicia a su pretensión de racionalidad. Todo depende, entonces, de la cuestión de cómo se puede determinar y justificar tal criterio, y es en torno a esta cuestión que la crítica de Heller encuentra su punto de partida¹⁶.

2. La crítica de Heller a la doctrina de la división

Heller sintetiza en la siguiente fórmula la necesidad de la doctrina de la división de presentar un criterio para la distinción entre leyes formales y materiales: “toda ley en sentido material debe ser al mismo tiempo una ley en sentido formal, excepto cuando una ley formal renuncia explícitamente a esta exigencia” (1992, p. 231). Y agrega:

Dado que la ordenación social inmediatamente pretendida, que se refiere a la característica de la ley material a partir de las consignas de 'generalidad' y 'libertad y propiedad', no es en modo alguno adecuada para distinguir la ley material de cualquier ley formal, este principio del Estado de derecho se disuelve, al igual que aquella demarcación, en la nada (1992, p. 231).

Si se quiere resumir la crítica de Heller a la doctrina de la división en una sola frase, esta radica en que carece de un concepto material del Estado de derecho (1992b, pp. 223-224). Solo por eso se puede llegar a una equiparación, en su opinión errada, de la ley material con cualquier norma jurídica¹⁷. Esto resulta, según Heller (1992b, p. 220), en una extensión arbitraria del concepto de ley, en la que se omite la historia del desarrollo del concepto constitucional de ley. Sin embargo, sin esta intromisión en el contexto histórico no puede accederse al concepto de ley, puesto que, por ser una manifestación cultural de la capacidad ordenativa de lo político, no puede entenderse desde principios intemporales. Puesto que, según Heller, la doctrina de la división desconoce esto, tampoco tiene en cuenta las conexiones históricas. Por eso, en el caso de las leyes materiales, relega la importancia del legislador como autor de las decisiones (1.) y, en el caso de las leyes formales, el propósito ordenador, que no

¹⁶ Starck ofrece una breve exposición de las críticas (1970, pp. 101-103).

¹⁷ Determinante para la diferencia entre las dos posiciones es la consideración de Laband, según la cual no habría “ningún pensamiento que no pueda volverse el contenido de una ley” (1911, p. 63); una opinión similar puede encontrarse en Kelsen (1969, p. 201). En cambio, Heller sostiene que “¡hay muchos pensamientos que no pueden ser contenidos en una ley constitucional!” (1992b, p. 222).

siempre tiene que ser digno de una ley, pero aun así puede tener una importancia central –léase: material– para la comunidad, incluso cuando se trata “solo” de instrucciones internas (2.).

2.1 Ley material

A los tres mencionados intentos de justificación –generalidad, libertad y propiedad, ordenación social– Heller les encuentra el mismo defecto: determinan una justificación teórica, o incluso lógica, cuando en realidad solo puede haber una justificación práctica o convencional. Heller presenta tres argumentos con los que intenta demostrar la insuficiencia de la doctrina de la división. Para empezar con el problema más evidente: aquel que define a la norma jurídica a partir del fin de la ordenación social debe poder precisar este fin (Heller, 1992b, p. 218). De lo contrario, esta determinación sufre el problema conceptual de incluir todos los fenómenos pero no poder excluir ninguno. Y el problema tampoco puede resolverse apelando a la intención del legislador, puesto que, como formuló Anschütz, la determinación de la ley material según la “dirección de la voluntad del órgano que dicta las normas” conduce a resultados arbitrarios (1913, pp. 36-37). Esto es tan evidente, en particular si se pone atención al momento de la intención, que incluso Kelsen y Heller concuerdan en este punto¹⁸.

La fórmula de la “intervención en la libertad y la propiedad de los ciudadanos” no corre mejor suerte como criterio para determinar la ley material, ya que conduce con necesidad a la conclusión de que el derecho que regula la organización del Estado no es derecho, y por lo tanto no puede ser violado. Así, la estructura interna del Estado, en cuya declinación republicana Kant apoyó su teoría de la paz, queda por fuera del terreno del Estado de derecho. Mientras que se protegen tanto los derechos civiles como la propiedad de los ciudadanos, la protección de todos aquellos elementos que hacen posible la libre formación de la voluntad en el interior del Estado deja de ser una cuestión jurídica; es, en palabras de Heller, la expresión “de un constitucionalismo muy primitivo” (1992b, p. 219)¹⁹.

Con los dos criterios mencionados concluye, en principio, la crítica al concepto material de ley propio de la doctrina de la división. Por último, la tercera característica para determinar una norma jurídica, es decir, el criterio de generalidad, ya ha sido rechazada por la doctrina dominante como insuficiente (Heller, 1992b, pp. 214-215)²⁰. Heller coincide con este rechazo, y su crítica se dirige sobre todo contra Carl Schmitt, que en su escrito sobre el parlamentarismo volvió a introducir la

¹⁸ Sobre este aspecto, Heller (1992b, p.218) se refiere explícitamente a Kelsen (1923, pp. 552-553).

¹⁹ Cf. Neumann (1986, p. 117, p. 125).

²⁰ Sobre este tema véase Starck (1987).

característica de la generalidad en la discusión²¹. La generalidad de la ley resulta para Schmitt de la racionalidad específica del Estado de derecho, que encuentra su expresión en las regulaciones generales y abstractas que se refieren a un destinatario abierto²². El hecho de que con frecuencia las leyes presenten un alto grado de generalidad no es discutido por Heller. Sin embargo, para él este criterio es, en términos conceptuales, una “casualidad técnico-organizativa” (1992b, p. 215), ya que los desafíos concretos de tener que actuar en diferentes situaciones políticas pueden requerir que el legislador regule casos individuales mediante una ley. Heller nombra una serie de ejemplos: reglamentación de reemplazos, distinciones, ayuda en catástrofes, etc. ¿Quién sino el parlamento debería decidir si se le prohíbe al emperador alemán regresar desde los Países Bajos, independientemente de si esta norma, en virtud de la exigencia de generalidad, valga para “los diez emperadores siguientes” (Heller, 1992b, p. 217)?²³ La pregunta contiene la respuesta. Así, estaba fuera de toda duda que el parlamento debía decidir sobre la “mudanza” de la capital de Bonn a Berlín, para nombrar un ejemplo de la historia reciente de la República alemana.

Sin embargo, no son sólo los momentos históricamente importantes los que han convertido a las llamadas leyes medida [*Maßnahmegesetze*] en un hecho cotidiano de la realidad jurídica²⁴. Antes bien, son una consecuencia lógica, aunque a menudo criticada, del carácter interventor y formador de la política económica y social del moderno Estado social, en el que el gobierno ha reemplazado al parlamento en el rol del legislador que planifica²⁵. Este desarrollo no hace que el criterio de generalidad se vuelva superfluo como un “postulado” de una buena legislación, ni en el sentido de regulaciones generales ni en el sentido de la capacidad de generalización comprometida con la justicia, pero “falla ante la necesidad práctica de la diferenciación” en la política (Roellecke, 1969, p. 194). Y esto proporciona, se podría agregar, un ejemplo ilustrativo del escepticismo de Heller acerca de querer determinar el concepto de ley a priori a partir de categorías intemporales. Una ley

²¹ Sobre las diferentes dimensiones de la generalidad de la ley, Starck (1987, pp. 9-48).

²² Schmitt: “La piedra de toque tanto del pensamiento constitucional como del absolutista es el concepto de ley, aunque naturalmente no en lo que desde Laband en Alemania se llama ley en sentido formal, que es todo lo que se realiza con la participación de la representación del pueblo, sino un enunciado determinado según criterios lógicos. La diferencia decisiva sigue siendo si la ley es un enunciado general y racional, o bien una medida, una disposición particular y concreta, un mandato” (1991, p. 54).

²³ En este ejemplo se pone de manifiesto el falso contraste entre la evaluación racional y el mandato autocrático, con el cual Schmitt caracteriza el parlamentarismo.

²⁴ La literatura sobre la llamada ley medida es inabarcable: después de un tratamiento que al comienzo fue general –véase por ejemplo Zeidler (1961)–, el tema se convierte en una aparición normal de los innumerables campos del derecho, y es, así como estas, tanto síntoma como causa del proceso de juridificación.

²⁵ Análisis clásicos de Forsthoff (1955, pp. 221-236). Véase también Drath (1977, pp. 154-196).

constitucional, que según él solo es apropiada para la democracia parlamentaria, no se diferencia de otras normas por principios formales o de justicia, “sino solo por su mayor validez material”, por la que se caracterizan las decisiones del parlamento (Heller, 1992b, p. 225).

2.2 Ley formal

A primera vista, la doctrina de la división parece llegar a la misma conclusión con su concepción de la ley formal: las leyes que carecen de una determinación material siguen siendo leyes porque fueron promulgadas por el parlamento. Sin embargo, detrás de esto no se encuentra la idea de la autodeterminación soberana del pueblo a través de sus representantes parlamentarios, sino la diferenciación de los poderes del Estado mediante la división de poderes, según la cual cada poder dispone sobre su propio ámbito de competencia. En resumen, según la doctrina de la división, la “esencia” del parlamento radica en “poder” hacer leyes, al igual que los tribunales solo pueden dictar sentencias. El resto es administración. Por lo tanto, la ley formal no es una expresión de la soberanía popular, sino una categoría conceptual que incluye toda actividad legislativa, y que, o carece de contenido normativo, o se desvía de su naturaleza a través de actos administrativos o judiciales.

El ejemplo clásico para la primera alternativa es la ley de presupuesto, como ya mostró el esbozo de la génesis de la teoría de la doctrina de la división (ver 1.). Otros ejemplos son más exóticos o de naturaleza banal, como fragmentos de leyes, definiciones de conceptos, constataciones de hechos o declaraciones programáticas. En palabras de Laband (1886, p. 182):

Nada es más fácil que recolectar innumerables ejemplos en “leyes” antiguas o nuevas, en las cuales, en lugar de una disposición, se proporciona una definición científica o una consideración teórica²⁶.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿por qué, en primer lugar, se debería dar el nombre de ley a un acto no normativo? Para Heller, esto expresa la separación entre forma y contenido que es característica del pensamiento positivista, y que en este contexto conduce a resultados sin sentido: “Un acto no normativo del legislativo está tan lejos de ser una ley como una villa en Grunewald, construida al estilo de un castillo medieval, de un castillo” (1992b, p. 222). Sin embargo, detrás de esta crítica se encuentra el argumento real de Heller, que se dirige contra la teoría de las funciones materiales del Estado. Si bien la doctrina de la división debe tomar a esa teoría como

²⁶ Un ejemplo de “plena y justificada intención” por parte del legislador (Laband, 1886, p. 183) sería la ley prusiana del 4 de junio de 1876, que autorizó un acuerdo con el Reich alemán mediante el cual se transfirieron los derechos del Estado sobre los ferrocarriles al Reich.

presupuesto, como se muestra claramente en los actos de legislación, jurisprudencia y administración como la segunda de las alternativas mencionadas, según Heller no puede fundamentarla de modo adecuado. Querer establecer la división de poderes sobre la base de funciones estatales a priori es “inútil”, porque “todos los actos estatales están orientados, por su naturaleza, al mismo objetivo de la organización unitaria del comportamiento social de los habitantes del territorio” (1992b, p. 224).

Las dificultades para encontrar el criterio de distinción entre jurisprudencia y legislación ilustran de manera ejemplar el problema de una teoría de las funciones materiales del Estado²⁷. De las posiciones que Heller discute brevemente, solo la de Anschütz es adecuada para fundamentar la naturaleza de la autoridad judicial en el sentido de la doctrina de la división. Para Anschütz, la sentencia es una “constatación” basada en una “inferencia lógica” (1913, p. 47), a diferencia del mandato, que es propio de la legislación. Aquellos que adoptan este argumento se ubican en la tradición de las teorías jurídicas metodológicas, que apelan a la lógica de la subsunción para describir la actividad judicial. Sin embargo, “ya es de conocimiento general que la aplicación del derecho no es solo, ni en primer lugar, un razonamiento silogístico” (Kaufmann, 1997, p. 54). Heller destaca con razón que incluso el movimiento de “derecho libre”²⁸ ha cuestionado considerablemente el dogma de la subsunción (1992b, p.222). Sin embargo, si uno se acerca a las ideas de este movimiento, por ejemplo si se asume con Laband que la sentencia judicial siempre contiene una norma jurídica vinculante²⁹, se diluye la diferencia específica entre la jurisprudencia y la legislación.

De esto Heller concluyó que cualquier intento de delimitación lógica entre la legislación y otras funciones estatales está condenado al fracaso: es “un absurdo, porque cualquier intento de racionalización [*Logisierung*] de las fuerzas sustanciales de la vida sociohistórica es un absurdo” (1992b, p. 230). Los mandatos estatales son una creación de derecho, independientemente si se trata de leyes, reglamentos, disposiciones o sentencias (1992b, p. 227). Todas ellas representan una forma de individualización de una norma por una autoridad designada para ello, lo que a su vez

²⁷ Heller no se detiene mucho tiempo en las leyes formales que contienen actos administrativos: “Mientras la doctrina dominante admite no poder determinar positivamente la “esencia” de la administración, y mientras además no disponga de un concepto útil de la norma jurídica, que debería proporcionar el *principium divisionis*, también esta parte de la doctrina parece ser más o menos arbitraria y carente de fundamentos” (1992, p. 223).

²⁸ El concepto se remonta a Ehrlich (1903, p. 5). Determinante para esta corriente fue el escrito de von Bülow (1985).

²⁹ Por su parte, Georg Jellinek se orienta sobre todo en la obligación del juez de estar vinculado a la ley, que prescribe su proceso de toma de decisiones; Heller le opone la jurisdicción arbitral (1928, p. 222). Más allá de esta objeción, todo depende de lo que se entienda por la obligación del juez de estar vinculado a la ley y al derecho.

crea una nueva norma³⁰. Este proceso de individualización incluye a la legislación, e incluso a la sanción de la constitución, y ambas concretizan normas superiores –ya sean los llamados principios del derecho [*Rechtsgrundsätze*] o la constitución en sí (1992b, pp. 228-229)–. Hasta qué punto la legislación (o la sanción de la constitución) contribuye, en este proceso, a la individualización de normas o si lo deja a otros órganos estatales, es, en principio, una cuestión política que depende de las relaciones de poder, las situaciones de interés y cuestiones de estilo³¹.

Algo similar ocurre con la reserva de ley: “lo que pertenece a la reserva de ley, qué temas aborda la legislación, no es determinado por la lógica o por una fórmula teórica, sino por la tradición, la conveniencia, la situación de poder y la conciencia jurídica” (1992b, p. 230). Según Heller, el reconocimiento internacional de otro Estado puede ser realizado tanto por un acto administrativo del presidente como por una ley del parlamento. Si la doctrina de la división fuera consecuente tendría que demostrar la solución necesariamente correcta por una u otra opción (para luego ser refutada por la realidad). Esta doctrina ha evitado, empero, defender su causa de manera consistente en muchos aspectos, puesto que también le atribuye carácter de norma jurídica a las regulaciones “puramente” organizativas de la primera parte de la constitución de Weimar³², cuando en realidad, como señala acertadamente Heller, tendría que considerar esta parte como una ley meramente formal, pero materialmente como una ordenanza administrativa (1992b, p. 231).

3. Ley constitucional

Laband no ha dejado ninguna duda de que el concepto doble de ley también significa cosas diferentes: “ley en el sentido material y ley en el sentido formal (...) son dos conceptos completamente diferentes, cada uno de los cuales está determinado por una característica diferente, uno por el contenido y otro por la forma de una declaración de voluntad” (1911, p. 63). Sin embargo, para Heller el análisis de la constitución de Weimar muestra con claridad que el término “ley” debe entenderse como la ley constitucional parlamentaria con contenido normativo (1992b, p. 231). Según nuestro autor, la república de Weimar superó, en tanto Estado de derecho

³⁰ Las ideas de Heller sobre el proceso de individualización se discuten en la teoría de la interpretación constitucional en la República Federal alemana bajo el término de la “concretización”, un término que fue introducido en la discusión principalmente por Hesse (1995, pp. 24-30).

³¹ Sobre cuestiones de estilo en teoría constitucional véase Isensee (1999).

³² Un ejemplo ilustrativo de los resultados a los que conduce una postura consecuente es el comentario de Anschütz del segundo párrafo del artículo 45 de la constitución de Weimar. La declaración de guerra y la conclusión de la paz se realizan mediante leyes del *Reich*, que a su juicio no contienen normas jurídicas. Dicho de otra manera, para Anschütz no existe ninguna diferencia normativa si el soberano se reserva el derecho de decidir sobre la guerra o la paz.

material, la separación artificial entre la dimensión material y formal del Estado de derecho, en la que se introdujo sin dificultad el doble concepto de ley, en pos de una vinculación sustancial entre libertad e igualdad que no deja espacio para un doble concepto de ley. Como fundamentación Heller proporciona una serie de argumentos que se pueden ordenar en dos estructuras: las indicaciones más históricas justifican la primacía de la ley constitucional (1.); un mapeo sistemático de las normas clarifica la relación entre las leyes, las normas jurídicas y los principios del derecho (2.).

3.1 Estado de derecho democrático y homogeneidad social

En el Estado de derecho “posrevolucionario” convergen, según Heller, dos convicciones (1992b, p. 210): el principio de autodeterminación política y la creencia en la capacidad de cada persona o grupo para reconocer y representar sus intereses de modo independiente. Junto con el principio de autonomía, esta forma de igualdad política constituye una unidad necesaria que encuentra su expresión en la ley, que Heller denomina ley constitucional. Esta es producto y causa de las condiciones político-constitucionales que permiten a los ciudadanos una participación significativa en la vida política, asumiendo un doble papel en el proceso de formación de la voluntad democrática, como soberanos y como sometidos a las leyes³³. Si las leyes están separadas de estas condiciones de legislación democrática, el Estado de derecho material se reduce a un Estado formal de garantías legales. Del vínculo entre la libertad y la igualdad políticas sólo queda el tenue reflejo de una garantía de igualdad ante la ley, además de algunos derechos fundamentales del individuo que le asignan áreas de libertad en tanto derechos defensivos contra el Estado (1992b, p. 224). En las leyes constitucionales, sin embargo, se refleja la autoría de la legislación autodeterminada del pueblo. Por lo tanto, se convierten en expresión de la *volonté générale* que representa los “valores comunitarios” trascendiendo las diversas situaciones de interés y vinculando todas las acciones estatales a las bases materiales de la comunidad (1992b, p. 225).

Para el pensamiento del Estado material de derecho, aquello que el pueblo decide a través del poder legislativo, de acuerdo con el contrato estatal como ‘piedra de toque de la legalidad’, es una ley legítima en tanto y en cuanto surge de la razón moral autónoma y excluye la arbitrariedad, es decir que es justa. Precisamente por esta razón, la ley autónoma debe tener prioridad sobre todos los demás actos estatales. El poder legislativo no es entendido, entonces, como ‘órgano formal’, sino como representación del

³³ Cf. sobre la participación democrática Heller (1924, pp. 257-374, p. 309, pp. 331-333) y sobre el concepto de ciudadano Heller (1992a, pp. 625-641).

pueblo en tanto unidad de decisión; forma y contenido no pueden separarse (Heller, 1992b, p. 210).

Para la formación del concepto constitucional de ley fueron importantes dos desarrollos. El primero se relaciona con los nombres de Bodin y Hobbes. Si bien los dos pensadores políticos son teóricos de la monarquía absoluta, representan un enfoque racional de la justificación de la dominación que también ha sido decisivo para el concepto de ley: una clara distinción entre los conceptos de derecho (*ius*) y ley (*lex*), en la que la ley se convierte en un instrumento del poder soberano, pero el propio poder permanece vinculado a principios legales superiores (Heller, 1992b, p. 209)³⁴. El segundo desarrollo se refiere a la “autonomía y superioridad de un poder legislativo dependiente del ‘pueblo’ por sobre la justicia y la administración” (1992b, p. 209), acompañada por la transformación de la organización del Estado, en la que el poder soberano, en gran medida no vinculado legalmente, se transforma en una forma de gobierno representativa dirigida por el ideal de la soberanía popular.

Quien observa esta génesis del Estado de derecho debe reconocer la conexión recíproca entre democracia y liberalismo. Heller hace hincapié sobre este punto con una referencia velada a Carl Schmitt: “No debe olvidarse que la moderna teoría constitucional surgió de la base de la doctrina de la soberanía popular” (1992b, p. 210). Es cierto, señala Heller, que el Estado de derecho siempre tuvo una dimensión técnico-instrumental, que se refiere principalmente a los límites del poder estatal, a la organización de los poderes del Estado, así como a la previsibilidad del accionar público. Sin embargo, al lado de esta función limitadora del Estado de derecho existe una función legitimadora muy ligada al ideal democrático de la participación política y que, hasta mediados del siglo XIX, pertenecía también en Alemania a la idea del Estado de derecho. En consecuencia, el concepto de ley también estaba “orientado a un ideal de derecho material, al ideal ético-político de la libertad y la igualdad” (1992b, pp. 210-211). Según Heller, sólo desde este contexto se puede entender y justificar políticamente la “mayor validez material” de la ley (véase arriba).

La ley constitucional, a diferencia del concepto absolutista de ley, necesita una legitimación inmanente a través de un proceso plural y democrático de formación de la voluntad. Requiere, por lo tanto, una ciudadanía que esté preparada para comprometerse políticamente y un parlamentarismo que funcione, en el que los diferentes intereses se traduzcan en una forma política. Según Heller, un requisito fundamental para ello es un cierto grado de homogeneidad social³⁵, que, a diferencia de Schmitt, no entiende como una homogeneidad sustancial, como una armonía

³⁴ Este aspecto es tratado más detalladamente en Heller (1992d, pp. 31-202, pp. 34-38).

³⁵ Véase Heller (1924, pp. 421-433).

carente de conflicto o como hermandad orgánica del pueblo que precede a la vida política (1992e, p. 428)³⁶. En su lugar, la define como un estado socio-psicológico, una conciencia de “nosotros” que escapa a explicaciones simples o identificaciones con valores, características, etc.³⁷, pero que es la condición previa para la organización política (1992f, pp. 346-347). La política tiene, en cierto modo, la posibilidad de llenar el vacío contenido en este sentimiento básico de pertenencia a través de la mediación y el liderazgo, de modo que puedan surgir reglas de juego constitucionales que permitan enfrentar los conflictos políticos sobre la base de intereses contrapuestos.

La democracia parlamentaria se basa en la creencia en la naturaleza racional del ser humano, que puede controlar sus pasiones a través de la razón, resolver sus disputas políticas no mediante la violencia física ni intervenciones divinas, sino mediante el debate racional público (Heller, 1992c, pp. 331-332).

Esta creencia, en la medida en que se extienda en la sociedad, crea los requisitos para resolver los conflictos políticos con medios democráticos y pacíficos. Y esta contribución a la paz, antes de cualquier competencia por el mejor argumento, marca la tarea primordial de la política (1992f, pp. 313-314). En qué medida los ciudadanos tienen conciencia de que pueden resolver sus propios problemas de manera racional a través de la política, es para Heller una cuestión fundamentalmente cultural. Un pueblo unido posee esta conciencia y tiene la voluntad de organizarse políticamente para enfrentar los diferentes desafíos. Hasta cierto punto, el Estado también puede contribuir a formar esta conciencia, pero cuando una cultura política así se erosiona, ya no se debate, sino que se impone (1992e, p. 428).

3.2 Normas jurídicas y principios del derecho

En la comparación entre debate e imposición se ilustra la función clave que, según Heller, le corresponde al Estado material de derecho: debe garantizar relaciones legales simétricas entre el legislador, la norma y el destinatario a través de reciprocidad, distribución de responsabilidades y obligaciones (Roellecke, 1969, p. 197). Mientras que en el Estado de derecho formal la preocupación principal es la seguridad de las expectativas en relación con el derecho, el Estado de derecho material mantiene relaciones legales abiertas, y el instrumento que encarna esta idea de manera particular es la ley en sí misma. Sin duda, la ley constitucional también representa una orden legal hacia los sometidos a ella. Pero esta orden se individualiza

³⁶ Cf. además Hermann Heller: *Staatslehre* (1992f, pp. 262-264).

³⁷ “Todos los intentos de encontrar el demiurgo eterno de esta conciencia en una sola esfera vital han fracasado y están destinados a hacerlo” (Heller, 1992, p. 428). Más detallado en Henkel (2007).

en los caminos del derecho para ser reconocible como norma en su forma concreta y, en consecuencia, ser aceptada. Heller cita en este contexto la frase atribuida a Spinoza: “*oboedientia facit imperantem*”, “mandar es encontrar obediencia” (1992d, p. 57).

Bajo las condiciones propias del Estado de derecho esto significa que la legitimidad ya no se refiere a la autoridad del que manda, sino que se orienta hacia una justificación racional. La pregunta sobre los criterios de esta justificación no solo fomenta, en las palabras de Kant, la publicidad de la política, sino que también promueve la democratización debido a la necesidad general de legitimación³⁸. Y así como el derecho acompaña el proceso de individualización de la orden legal de arriba hacia abajo, también acompaña el proceso de formación de voluntades de abajo hacia arriba, en el que se eligen a los representantes. Por lo tanto, Heller ve en la determinación legal del poder político, en la doble perspectiva “*bottom up*” y “*bottom down*”, una característica decisiva de una democracia basada en el Estado de derecho. Esto incluye la elección de representantes, así como sus límites legales en el cargo; regula también la independencia de los funcionarios y proporciona mecanismos de sanción para garantizar la obligación (1992e, pp. 425-427). En esta relación jurídica entre representantes y representados, que tiene su causa en la autodeterminación política del pueblo, radica la diferencia entre la democracia y la autocracia (1992d, p. 97)³⁹.

En lugar de un doble concepto de ley, Heller propone una doble perspectiva del Estado de derecho para desarrollar su teoría de la ley constitucional, con la que intenta hacer justicia a las conexiones normativas tanto desde el punto de vista de la estabilidad como de la legitimidad. El Estado de derecho exige que todos los actos estatales se realicen sobre la base del derecho. Las normas jurídicas superiores del constituyente o del parlamento se individualizan mediante las decisiones de los demás órganos estatales (véase II.2.), sin poder determinar, en cada caso, el resultado de dicha individualización. Se trata, en cambio, de una tarea independiente y autónoma de estos órganos. Por esta razón, Heller sostiene que cada orden estatal –ley, reglamento, disposición y sentencia– es un acto de creación de derecho, siempre y cuando se lleve a cabo por la autoridad correspondiente (1992b, p. 227). Cada uno de estos actos contiene una orden normativa para el subordinado jurídico correspondiente: “lo que desde arriba parece una orden, sentencia o negocio jurídico, desde abajo aparece como una norma jurídica” (1992b, p. 228).

Según Heller, esta doble perspectiva también es adecuada con respecto a aquellos principios jurídicos que no forman parte del derecho positivo, ya que carecen de una suficiente determinación (individualizada) para poder ordenar un

³⁸ Sobre esto véase Dyzenhaus (1997, pp. 196-197).

³⁹ Cf. la comprensión republicana de la política que tiene Heller en Llanque (2001, pp. 37-61).

comportamiento conforme a la norma, pero que sin embargo están conectados con el derecho positivo a través de la cultura –jurídica– correspondiente (1992b, pp. 228-229). Dentro del grupo de los principios del derecho, los principios éticos ofrecen una especie de “orientación para todos los preceptos jurídicos positivos” (1992b, p. 229)⁴⁰; su existencia indica que la voluntad del legislador no es la única fuente de legitimidad. Más aún, aunque no son parte del derecho positivo, los principios éticos forman, junto con las leyes, una unidad normativa que el Estado no puede agotar a través de su legislación⁴¹; aquí es donde se manifiesta la dialéctica entre Estado y derecho en la teoría política de Heller. Esto se ilustra con particular claridad en el caso de los principios del derecho, ya que, al igual que antes con las normas jurídicas, se pueden considerar, en función del orden escalonado del derecho, desde una doble perspectiva: de abajo hacia arriba, obligan al Estado y en particular al legislador, y de arriba hacia abajo, actúan como justificación del creador del derecho (Roellecke, 1969, p. 195, p. 198).

4. Ley como norma suprema: una comparación entre Kelsen y Heller

Estas metáforas de ascenso y descenso, relacionadas con el discurso de Heller sobre la individualización de normas abstractas y generales en decisiones concretas, despertaron, como ya se ha mencionado, la atención de Hans Kelsen en la conferencia de Múnich. Después de la ponencia de Heller, Kelsen expresó los “sentimientos muy contradictorios” que esta le había despertado. Por un lado, la alegría de poder estar de acuerdo con Heller “en todos los puntos esenciales”; por otro lado, la “sorpresa” de que Heller tratara de retratarlo como “representante de una ‘doctrina dominante’ completamente podrida”⁴². Además de la –supuesta– cercanía de Heller a la teoría escalonada del ordenamiento jurídico y la crítica compartida de la doctrina de la división, la conjunta oposición a la teoría de las funciones materiales del Estado también podría haber contribuido a la impresión de que, en esencia, no existen diferencias significativas entre los enfoques teóricos de ambos autores con respecto al concepto de ley; una impresión que, por cierto, no sólo invadió a Kelsen, sino que también se encuentra repetidas veces en la literatura⁴³. Y al igual que en el caso de la retórica de individualización de Heller, que a primera vista es compatible con la teoría escalonada del ordenamiento jurídico elaborada por Merkl y popularizada por

⁴⁰ Bajo el concepto de principios del derecho Heller comprende principios estructurales lógicos y éticos del derecho. Los principios lógicos determinan la forma del derecho, los principios éticos el valor y la sustancia.

⁴¹ Cf. Dyzenhaus (1997, p. 197).

⁴² Ponencia en *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (1928, p. 176).

⁴³ Cf. por ejemplo Möllers (2000, pp. 94-98).

Kelsen, Heller tampoco podría negar que la teoría pura del derecho ha sostenido durante mucho tiempo que la ley no difiere de una directriz administrativa o una sentencia judicial por su propiedad de ser una proposición legal. Pero ahí terminan las similitudes.

Debajo de la superficie se encuentran rápidamente diferencias decisivas. Sobre esto tres indicaciones: (1) según la recepción de Kelsen de la teoría de la ordenación escalonada del orden jurídico, el ordenamiento jurídico se concretiza “en escalones” a partir de la norma fundamental⁴⁴. Heller no tiene nada en común con esta concepción, excepto la idea de la jerarquía de las normas que, en su caso, no es expresión de una prioridad lógica del legislador. Si Kelsen declara: “no sé lo que el señor Heller entiende por ‘fuerza normativa superior’⁴⁵, probablemente se deba a que los argumentos de Heller provienen de la historia constitucional y la filosofía política, es decir, áreas que no tienen lugar en la teoría pura del derecho. Las declaraciones sobre el papel del legislador son significativas para las diferencias en cuestión: mientras que Kelsen hace desaparecer al legislador en exposiciones generales sobre la creación de derecho por debajo de la constitución, lo que da al concepto de ley cierta arbitrariedad (Schröder, 2006, pp. 283-284), para Heller el rango jerárquico de la ley es resultado de un desarrollo histórico en el que el parlamento se convierte en el principal representante de la autodeterminación política de los ciudadanos (Roellecke, 1969, p. 198).

Además, el significado teórico de la teoría de la ordenación escalonada del orden jurídico es fundamentalmente diferente en los dos enfoques: en la teoría pura del derecho lleva, entre otras cosas, a relativizar las diferencias entre la jurisprudencia y la legislación, porque cada acto jurídico tiene elementos tanto de creación de derecho como de ejecución del mismo⁴⁶, una perspectiva que Heller comparte en gran medida. Sin embargo, sus explicaciones sobre la ordenación escalonada del orden jurídico tienen como principal objetivo considerar la responsabilidad legal y política en cada nivel del Estado. Por lo tanto, al poner la atención en el significado constitutivo y constructivo de los campos de acción que surgen del hecho de que los actos jurídicos no son completamente determinables por normas más altas (1992b, pp. 225-226), el argumento de Heller es menos jurídico-teórico y más atento a la teoría de la representación. Tanto Kelsen como Heller están convencidos de que el derecho presupone, en el lenguaje de la moderna teoría de sistemas, un carácter de sistema que asegure la capacidad de vincular decisiones legales en un proceso autorreferencial y que, por lo tanto, garantice su propia independencia (1992f, pp. 382-383): el

⁴⁴ Ponencia en *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (1928, p. 169).

⁴⁵ Ponencia en *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (1928, p. 178).

⁴⁶ Fundamentalmente Merkl (1993, p. 240).

derecho entiende argumentos legales y nada más. Pero a diferencia de Kelsen, para Heller este sistema no es un producto científico, sino una exigencia ética que cada jurista se impone a sí mismo –o no– y que se expresa en la conciencia legal y el arte jurídico para interpretar el derecho como si fuera independiente y carente de lagunas, de manera que se haga valer la unidad, independencia y normatividad del ordenamiento jurídico (Dyzenhaus, 1997, p. 203).

En estrecha relación con la unidad del orden jurídico está, para Kelsen, el concepto de soberanía. Este no se refiere a una cualidad de un objeto real, sino que establece una premisa, a saber, la de “un orden normativo como un orden supremo, cuya validez no se deriva de ningún orden superior” (Kelsen, 1960, p. 334). Mientras que Carl Schmitt sitúa la soberanía allí donde reside el poder fáctico, Kelsen asigna el concepto de soberanía al derecho, que, en tanto sistema unificado, es concebido como soberano. Heller intenta, en cierto modo, mantener el equilibrio entre ambas posiciones cuando plantea la tesis: “la soberanía es la cualidad de una unidad universal de decisión y efectividad, de carácter territorial, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, llegado el caso, incluso contra el derecho” (1992d, p. 185). Por lo tanto, la tarea de la soberanía no se limita a representar la unidad del sistema jurídico; más bien, sirve como un puente desde el derecho positivo hacia los principios éticos del derecho, lo que garantiza que se mantenga abierto el acceso a otra fuente de acción legítima del poder público.

5. Idealidad y realidad

Como es sabido, el concepto de ley que se impuso no fue el de Heller, sino el de Laband. Para un jurista alemán todavía es necesario aclarar si se trata de una ley en sentido material o formal. En este sentido, se podría considerar que la teoría de la ley constitucional de Heller ha fracasado, y que es apenas una nota al margen en mejores libros de texto sobre el derecho de organización del Estado. Pero su objetivo va más allá de la visión limitada del gremio de la teoría jurídica del Estado. Su enfoque ofrece un rico conjunto de ideas desde el vínculo entre la teoría democrática y social, también –y particularmente– para el campo de la teoría del derecho y la teoría constitucional. Lo que también lo distingue claramente de las otras grandes figuras de la teoría del Estado alemana es la conexión entre teoría y práctica, que determina el pensamiento político de Heller y se documenta además en su defensa de un orden jurídico liberal⁴⁷ que haga justicia a ese nombre. En su intervención ante el Tribunal Estatal en 1932, Heller intentó dejar claro ante los jueces qué principios son

⁴⁷ [N. del T.: con el adjetivo liberal [*freiheitlich*] el autor se refiere, en este caso, a la autonomía normativa del derecho y del orden jurídico frente a la política].

indispensables para un sistema legal de este tipo⁴⁸. En primer lugar, hay una conexión necesaria entre competencia y responsabilidad, que no debe ser abandonada incluso en tiempos de crisis, porque de lo contrario el Estado de derecho se anularía a sí mismo. Por lo tanto, una interpretación correcta del artículo 48 de la constitución de Weimar debe establecer, según Heller, que el estado de excepción decretado según la constitución también es un estado legal y, aunque presupone una situación de emergencia, no es idéntico a ella⁴⁹. En segundo lugar, en tales situaciones es crucial la conciencia jurídica de los funcionarios. Precisamente porque cada norma es susceptible de interpretación, para Heller la calidad de cualquier ordenamiento jurídico depende del intérprete; él es la figura clave que puede, en su decisión, darle validez al contenido ético del derecho. Esto vale tanto para el legislador como para el funcionario administrativo o el juez⁵⁰. En tercer lugar, recurriendo a principios éticos del derecho, el Tribunal Estatal podría haber protegido al Estado de derecho de las acometidas de sus enemigos en lugar de adaptar la situación legal a las relaciones de poder.

Los tres principios que, de haber sustentado la decisión del Tribunal Estatal podrían haber contribuido a preservar la democracia y el Estado de derecho en Weimar, forman parte del concepto helleriano de Estado de derecho. Su contenido depende en gran medida de la conexión dialéctica entre la norma y la realidad: “ningún eslabón en la cadena de legitimación, ningún aspecto de la realidad, ni la idealidad ni la realidad se absolutizan, al final cada idea es relativizada nuevamente” (Roellecke, 1969, p. 198). Esto fue aplicado de manera magistral por Heller en el propio concepto de ley. Una pequeña selección puede ser suficiente: la ley se distingue de otras normas jurídicas por su mayor validez, pero debe ajustarse a los principios del derecho. Los principios del derecho relativizan la voluntad del legislador como única fuente de legitimación, pero son a su vez fenómenos culturales que se basan en la acción humana. El legislador marca con su acción todas las actividades estatales, pero depende de la conciencia jurídica del individuo para hacer cumplir sus regulaciones. El individuo puede apelar a su conciencia, pero sólo el pueblo organizado en los órganos estatales puede crear seguridad jurídica. La ley legitima a los representantes del pueblo, pero al mismo tiempo los obliga; se presenta ante los representados como una orden, pero habla en su nombre.

⁴⁸ *Preussen contra Reich* (1933, pp. 77-78).

⁴⁹ Véase Lembcke (2007b, pp. 119-128).

⁵⁰ Sobre la cuestión de si, además de la institución del tribunal constitucional, la teoría del Estado de Heller posee una base para una teoría de la interpretación del derecho, véase Dyzenhaus (1997, p. 201) y Maus (1985, pp. 194-220).

En la República alemana se han realizado muchas de estas conexiones dialécticas a través de la diferenciación de niveles entre la constitución y la legislación democrática. Esto tuvo como consecuencia un dominante control de constitucionalidad, cuya sabiduría se manifiesta, entre otras cosas, en saber manejar adecuadamente su propia autoridad⁵¹. Heller se mantuvo escéptico frente a tales relativizaciones de la autodeterminación política entendida en términos participativos. Su concepto de Estado de derecho se orienta a que el proceso de formación de la voluntad democrática quede libre de solidificaciones⁵². En el ejemplo de la ley constitucional se puede reconocer el esfuerzo de Heller por disolver siempre posibles identidades de realidad e idealidad, por ejemplo, entre el legislador y la ley, a favor de relaciones jurídicas que tengan vigencia en la realidad y participen en la eticidad.

Referencias

- ANSCHÜTZ, G. (1913). *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatze und formellen Gesetz*. Berlin.
- BÖCKENFÖRDE, E-W. (1981). *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*. Berlin.
- VON BÜLOW, O. (1885). *Gesetz und Richteramt*.
- DRATH, M. (1977). *Rechts- und Staatslehre als Sozialwissenschaft. Gesammelte Schriften über eine sozio-kulturelle Theorie des Staats und des Rechts*. Berlin.
- DYZENHAUS, D. (1997). *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press Inc.
- EHRLICH, E. (1903). *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*. Leipzig.
- FORSTHOFF, E. (1955). “Über Maßnahme-Gesetze”, en Bachof, O. (Comp.). *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellineck*. Múnich, pp. 221-236.
- GRAWERT, R. (2004). “Gesetz”, en Brunner, O., Conze, W., y Koselleck, R. (Comps.). *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2*. Stuttgart.
- HAENEL, A. (1888). *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*. Leipzig.
- HELLER, H. (1928). “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, en *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*.

⁵¹ In extenso sobre esto Lembcke (2007a).

⁵² Cf. Llanque (2003, p. 231).

- HELLER, H. (1992a). "Bürger und Bourgeois", en *Gesammelte Schriften II*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 625-642.
- HELLER, H. (1992b). "Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung", en *Gesammelte Schriften II*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 203-249.
- HELLER, H. (1992c). "Die politischen Ideenkreise der Gegenwart", en *Gesammelte Schriften I*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 267-412 (Trad. castellana: *Las ideas políticas contemporáneas*. Barcelona: Labor, 1930).
- HELLER, H. (1992d). "Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts", en *Gesammelte Schriften II*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 31-202 (Trad. castellana: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1995).
- HELLER, H. (1992e). "Politische Demokratie und soziale Homogenität", en *Gesammelte Schriften II*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 421-434 (Trad. castellana: "Democracia política y homogeneidad social", en *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1985).
- HELLER, H. (1992f). "Staatslehre", en *Gesammelte Schriften III*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 81-504 (Trad. castellana: *Teoría del Estado*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2014).
- HENKEL, M (2011). *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie*. Mohr Siebeck.
- HESSE, K. (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg.
- HOFMANN, H. (1987). "Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes", en Starck, C. (Comp.). *Die Allgemeinheit des Gesetzes*. Göttingen, pp. 9-10.
- HUBER, E. R. (1988). *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 3. Stuttgart.
- ISENSEE, J. (1999). *Vom Stil der Verfassung. Eine typologische Studie zu Sprache, Thematik und Sinn des Verfassungsgesetzes*. Opladen.
- KAUFMANN, A. (1997). *Rechtsphilosophie*. München. (Trad. castellana: *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2006).
- KAUFMANN, E. (1914). "Verwaltung, Verwaltungsrecht", en von Stengel, K. y Fleischmann, M. (Comps). *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verfassungsrechts*, Bd. 3. Tübingen.
- KELSEN, H. (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- KELSEN, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Wien: (Trad. castellana: *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Colihue, 2011).

- LABAND, P. (1870). “Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung des Norddeutschen Bundes”, en *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen*, 4.
- LABAND, P. (1886). “Zur Lehre vom Budgetrecht”, en *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. 1.
- LABAND, P. (1911). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches in vier Bänden*, Bd. 2. Tübingen.
- LEMBCKE, O. W. (2007a). “Exception Rules? Freedom and Order in a State of Exception”, en Rubio Carrecedo, J. (Comp.). *Political Philosophy. Proceedings of the 22nd IVR World Congress*. Stuttgart.
- LEMBCKE, O. W. (2007b). *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen:
- LLANQUE, M. (2001). “Politik und republikanisches Denken: Hermann Heller”, en Lietzmann, H. y Bleck, W. (Comps.). *Moderne Politik. Politikverständnis im 20. Jahrhundert*. Opladen.
- LLANQUE, M. (2003). “Bürgerschaft, Staat und Regierung: Das Politikverständnis von Hugo Preuß, Carl Schmitt und Hermann Heller”, en Lehnert, D. y Müller, C. (Comps.). *Vom Untertanenverband zur Bürgergenossenschaft. Symposium zum 75. Todestag von Hugo Preuß*. Baden-Baden.
- MAUS, I. (1985). “Hermann Heller und die Staatslehre der Bundesrepublik”, en Müller, C. y Staff, I. (Comps.). *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu Ehren*. Frankfurt a.M.
- MAURER, H. (2004). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München.
- MAYER, O. (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1. München y Leipzig.
- MERKL, A. J. (1993). “Das doppelte Rechtsanlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”, en *Gesammelte Schriften I*. Berlin.
- MÖLLERS, C. (2000). *Staat als Argument*. München.
- NEUMANN, F. (1986). *Demokratischer und autoritärer Staat*. Frankfurt a.M. (Trad. castellana: *El Estado democrático y el Estado autoritario*. Buenos Aires: Paidós, 1968).
- PAWLIK, M. (1994). “Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung”, *Rechtstheorie*, 25.
- PREUSSEN CONTRA REICH (1933). *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*. Berlin. (Trad. castellana: *Vita, L. Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

- ROELLECKE, G. (1969). *Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz*. Mainz.
- VON SAVIGNY, F. K. (1973). "Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", en *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften. Mit einer Einführung von Hans Hattenhauer*. München. (Trad. castellana: *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Ciencia del Derecho*. Valencia: Editorial Tirant Humanidades, 2017).
- SCHMITT, C. (1991). *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin (Trad. castellana: *Los fundamentos históricos-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*. Madrid: Tecnos, 2008).
- SCHRÖDER, J. (2006). "Gesetzesbegriffe im deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Republik", en Kern, B-R. et al. *Humaniora, Medizin, Recht, Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*. Berlin, Heidelberg y Nueva York.
- STARCK, C. (1970). *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff*. Baden-Baden.
- STARCK, C. (1987). *Die Allgemeinheit des Gesetzes*. Göttingen.
- STARCK, C. (1995). *Der demokratische Verfassungsstaat*. Tübingen.
- VEREINIGUNG DER DEUTSCHE STAATSRECHTSLEHRE (1928). "Das Recht der freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutsche Staatsrechtslehre, Heft 4*. Berlin/Leipzig.
- ZEIDLER, K. (1961). *Maßnahmegesetz und klassisches Gesetz. Eine Kritik*. Karlsruhe.