



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Córdova Vianello, Lorenzo

La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en

Kelsen y Schmitt

Cuestiones Constitucionales, núm. 15, julio-diciembre, 2006, pp. 47-68

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501503>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE DERECHO Y PODER DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN Kelsen Y SCHMITT*

Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO**

RESUMEN: En la historia del pensamiento político y jurídico, la relación entre derecho y poder es un problema recurrente, sobre todo al querer subordinar el derecho al poder o bien el poder al derecho. El pensamiento de Hans Kelsen y Carl Schmitt es producto de esta contraposición. El autor aborda el pensamiento de ambos personajes desde cuatro interesantes puntos de vista: la idea de normativismo frente a la de decisionismo, las nociones diferentes de control constitucional, la polémica acerca de quién debe custodiar la Constitución y, finalmente, la democracia en el control constitucional. La creación de un Tribunal Constitucional o el fortalecimiento del presidente del Reich constituye el punto más controvertido entre ambos pensamientos. Concluye el autor que, en Kelsen, garantía de la Constitución y democracia se interconectan; en cambio, en Schmitt, la regulación social puede sucumbir frente al poder arbitrario.

Palabras clave: Derecho, poder, control constitucional.

ABSTRACT: In the history of the political and legal thought, the relation between right and power are a recurrent problem, mainly when being wanted to subordinate the right to the power or the power to the right. The thought of Hans Kelsen and Carl Schmitt is product of this contrast. The author approaches the thought of both personages from four interesting points of view, the idea of normativism as opposed to the one of decisionism, the slight knowledge different from constitutional control, the controversy of whom must guard the Constitution and, finally, the democracy in the constitutional control. The creation of a constitutional Court or the fortification of the Reich President constitutes the most controversial point between both thoughts. The author finishes saying, taking perhaps divided, who in Kelsen guarantee of the Constitution and democracy interconnects itself, however in Schmitt the social regulation can succumb the arbitrary power as opposed to.

Descriptors: Law, power, constitutional control.

* Este texto se deriva de una investigación mucho más amplia, titulada *Derecho y poder. Entre la democracia de Hans Kelsen y el autoritarismo de Carl Schmitt*, próxima a ser publicada por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Fondo de Cultura Económica.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. INTRODUCCIÓN

La principal expresión de la contraposición entre el derecho y la vida política es la que se manifiesta entre los conceptos de derecho y poder. La relación entre estos dos conceptos es un problema recurrente en la historia del pensamiento político y jurídico. En general, podríamos decir que ambos están tan vinculados que pueden presentarse como dos aspectos de una misma realidad. Norberto Bobbio abordó ampliamente este problema en varios de sus ensayos dedicados al análisis del normativismo kelseniano. En esos trabajos, Bobbio contrapone la teoría del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen a las concepciones tradicionales del derecho público a partir del distinto papel que una y otras le atribuyen, respectivamente, al derecho y al poder. Pero derecho y poder son, en todo caso, dice Bobbio utilizando una metáfora, “dos caras de una misma medalla”:¹ cuál de los dos conceptos sea la *cara* y cuál el *reverso* de la medalla depende de la perspectiva con la cual se afronte el problema.

Ambas perspectivas son distintivas de dos tipos de concepciones diferentes sobre el problema: por un lado, las teorías que subordinan el derecho al poder y, por otro lado, las que subordinan el poder al derecho. Las primeras identifican, sustancialmente, al Estado con un sistema de poder o, mejor dicho, de poderes, que son los que toman las decisiones colectivas y establecen, en consecuencia, las normas que regulan la convivencia social, es decir, el derecho. Si dicha concepción es interpretada de manera sistémica, es decir, como un conjunto ordenado de poderes, en el vértice de éste encontramos al poder soberano, que, en cuanto tal, puede ser considerado como la fuente de todos los poderes y de las normas que de éstos emanan. En estas teorías el principio de organización de la vida social reside, pues, en el poder soberano, del cual depende, en última instancia, la existencia y la validez de todas las normas jurídicas a través de las cuales dicho poder (o mejor, dichos poderes) se expresa y del ordena-

¹ Esta metáfora es usada por Bobbio en diversos ensayos (“Le fonti del diritto in Kelsen”; “Kelsen e il problema del potere”; “Kelsen e il potere giuridico”; “Dal potere al diritto e viceversa”; todos ellos comprendidos en Bobbio, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 91-155; así como en el ensayo “Il potere e il diritto”, *Nuova Antologia*, n. 2142, abril-junio de 1982. En esos trabajos la dicotomía poder-derecho es utilizada como clave interpretativa de la posición que ocupaba la teoría kelseniana del derecho y del Estado respecto a la teoría tradicional del derecho público, de manera particular a la de la juspublicística alemana del siglo diecinueve.

miento social en su conjunto:² es el poder el que crea al derecho y el que, por lo tanto, prevalece sobre éste último. En otras palabras, para esta concepción el poder constituye el fundamento de validez del derecho.³

En el extremo contrario, las teorías que dan prevalencia al derecho sobre el poder conciben al Estado esencialmente como un sistema ordenado de normas estructuradas jerárquicamente que derivan, en su conjunto, de una norma superior. Dicha norma superior, que desempeña un papel simétrico al que juega el poder soberano en las teorías que dan prioridad al poder sobre el derecho,⁴ constituye el fundamento de validez del ordenamiento jurídico y, a la vez, de la legitimidad del poder político. Estas teorías parten del supuesto de que el poder político emana del derecho en el sentido de que de éste se deriva y a éste le está subordinado, o bien, dicho en otras palabras, de que el poder está instituido y regulado por el derecho. Adoptando la terminología kelseniana, podemos construir, en ese sentido, la figura de la *norma fundamental* como contraparte de aquella tradicional de *poder soberano*.

Las ideas de norma fundamental (que en cuanto tal es la “norma de normas”)⁵ y de poder soberano (que en cuanto tal es el “poder de poderes”)⁶ representan conceptos simétricos. Tanto la norma fundamental como el poder soberano tienen la tarea de “cerrar el sistema”, pero el modo distinto de cerrarlo, con una norma o con un poder, revela la esen-

2 Bobbio afirma que “para la teoría tradicional del derecho público que es un objetivo constante de las críticas de Kelsen, el frente [de la medalla] es el poder en el sentido de que en un principio se encuentra la soberanía que es la *summa potestas*, el poder superior a todos los demás y del cual todos los otros se derivan, que en cuanto tal no reconoce por arriba de sí mismo a ningún otro poder”. *Id.*, “Kelsen e il problema del potere”, en *id.*, *Diritto e potere...*, cit., nota 1, pp. 114 y 115.

3 Kelsen afirma que en las teorías que conciben al Estado como productor del derecho y, en consecuencia, a este último como una simple emanación del poder, “el Estado es afirmado como hecho derivado del ser, como *fuerza actuante* (*wirkende Kraft*) y por ello como *poder* (*Macht*) o *potencia* (*Gewalt*), que está “detrás” del derecho... Esta representación encuentra su expresión, en mayor o menor medida, en las varias teorías que se han elaborado sobre la relación entre Estado y derecho: cuando se dice que el Estado “produce” el derecho o que el Estado “garantiza” el derecho, que aquél es fuerza real, que impone la aplicación y la observancia del derecho, que, por lo tanto, realiza (positiviza) el derecho... la tendencia parte siempre de pensar al Estado real como un ser humano, como una especie de “*macroantropo*” o de superhombre, que “pone”, “lleva”, “realiza”, etcétera, el derecho como un ideal”. Kelsen, H., *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 10.

4 *Cfr.* Bobbio, N., “Kelsen e il potere giuridico”, en *id.*, *Diritto e potere...*, cit., nota 1, p. 124.

5 *Idem.*

6 *Idem.*

cia de las dos concepciones distintas de la relación que media entre derecho y poder. Para decirlo con palabras de Bobbio: “La norma fundamental tiene la función de cerrar un sistema fundado en la primacía del derecho sobre el poder; la soberanía tiene la función de cerrar el sistema fundado sobre la primacía del poder sobre el derecho”.⁷

II. NORMATIVISMO VS. DECISIONISMO

Probablemente, las dos posturas conceptuales que representan de la manera más clara y radical cada una de las perspectivas opuestas sobre la relación existente entre derecho y poder son la teoría de Hans Kelsen y la de Carl Schmitt, o bien, según las caracterizaciones más difundidas y más correctas de ambas, el *normativismo* y el *decisionismo* en sus interpretaciones originarias y, en cierto sentido, puras. Mientras Kelsen considera al derecho como el principal instrumento de organización y de control de la fuerza, Schmitt lo concibe como el producto de la capacidad de decisión de quien detenta el poder político. La contraposición entre ambos autores encuentra numerosos ejemplos temáticos a lo largo de sus respectivas obras. Los dos temas en los que más evidente resulta la distinta concepción del derecho y de la política que sostienen los dos juristas son, en primer término, el de las formas de gobierno, en donde contrastan las posturas abiertamente democráticas de Kelsen con la vena autoritaria sostenida por Schmitt; y, en segundo lugar, el del papel que debe jugar el “defensor de la Constitución” (el control de constitucionalidad), en torno al cual ambos sostuvieron un intenso debate a fines de los años veinte y principios de los años treinta del siglo pasado. Estos dos temas representan una articulación relevante de las respectivas teorías y, conjuntamente, una expresión particularmente significativa de su contraposición, o bien, de la alternativa fundamental entre la primacía del derecho y la primacía del poder.

En Kelsen, quien identifica al Estado con el ordenamiento jurídico, las categorías de la política tienden a resolverse en categorías del derecho; en Schmitt, por el contrario, el derecho se resuelve, tendencialmente, en lo político; no la norma como tal sino la decisión, es decir la voluntad política que genera la norma, es el principio fundacional y explicativo

⁷ Bobbio, N., “Dal potere al diritto e viceversa”, en *id.*, *Diritto e potere...*, *cit.*, nota 1, p. 153.

del mundo del derecho. Aún admitiendo que la situación de “normalidad”, tal como lo desea la tradición teórica y práctica del Estado de derecho “burgués”, sea aquella en la cual el poder es instituido y regulado por el derecho, para Schmitt, no es esta situación la que debe ser tomada en cuenta para lograr entender la esencia del mundo jurídico y político; ésta resulta evidente sólo ante la situación de emergencia y de crisis, frente al “estado de excepción”, es decir a las circunstancias extraordinarias en las cuales la unidad de un pueblo es puesta a prueba.

La contraposición entre Schmitt y Kelsen no sólo se plantea desde una perspectiva metodológica y de principio, sino también, y ante todo, desde una perspectiva conceptual. En ese sentido, la concepción que Schmitt tiene de la política es diametralmente opuesta a la de Kelsen: el sentido de la vida política no reside, para Schmitt, en la búsqueda de la superación de los contrastes y de la composición de los conflictos —en el acuerdo—, sino, por el contrario, se encuentra en el conflicto mismo, más aún, en el conflicto extremo y antagónico. El acto eminentemente político para Schmitt consiste en establecer quién es el enemigo. Pronunciarse sobre la contraposición amigo-enemigo constituye la verdadera decisión política. Por ello, la concepción liberal de la política fundada en una concepción pluralista de la sociedad, que Schmitt considera simplemente privatista, constituye para él una degradación, e incluso una negación de la política, en la medida en la que desconoce al auténtico principio de esta última: el pueblo homogéneo que se contrapone a sus enemigos.

III. DIFERENTES NOCIONES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como señalábamos, la contraposición por excelencia entre Kelsen y Schmitt se manifestó, como es bien conocido, a propósito de la controversia real y directa, sobre el tema del “defensor de la Constitución”. La toma de posición de Kelsen a favor de una corte constitucional que vigile la constitucionalidad de los actos del poder político, por un lado, y la opción escogida por Schmitt a favor de la atribución al presidente del *Reich* del papel de custodio de la Constitución, por otro lado, se presentan como manifestaciones consecuentes, respectivamente, del normativismo y del decisionismo; o bien, retomando una vez más el esquema concep-

tual de Bobbio, de las dos teorías que de manera más clara y radical atribuyen, una, la primacía del derecho sobre el poder, y la otra, la primacía del poder sobre el derecho.

En ese sentido, el tema de la “defensa de la Constitución” representa la continuación y el desarrollo lógico de las respectivas teorías de las formas de gobierno elaboradas por Kelsen y por Schmitt, y de alguna manera cumple la función de “cerrar” sus correspondientes “sistemas” conceptuales.

La polémica sobre la garantía de la Constitución se desarrolló en tres momentos: En 1928, Kelsen publicó en Francia un largo ensayo titulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución*,⁸ en el cual sostiene, como se verá con mayor detenimiento más adelante, que un ordenamiento jurídico coherente y que funciona correctamente necesita de la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad, es decir de un mecanismo de revisión encomendado a un tribunal específico, que esté encargado de verificar que la legislación y los demás actos de creación normativa que le estén subordinados, respeten los procedimientos y los contenidos específicos que establece la Constitución y, en caso de que así no ocurra, remedie esa situación a través de la anulación de esos actos. En 1931 Schmitt publica, a manera de respuesta al ensayo kelseniano de 1928, *La defensa de la Constitución*,⁹ en donde considera también la necesidad de un control constitucional que, no obstante, no debe ser ejercido a través de la intervención de un tribunal —como proponía Kelsen—, sino que esa función de garantía debería estar encomendada al jefe del Estado. A este último le correspondería, en términos de Schmitt, la función de “*pouvoir neutre*” que Benjamín Constant, un siglo antes, le había atribuido a la figura del rey en una monarquía constitucional. La réplica kelseniana a las tesis sostenidas por Schmitt no se hizo esperar y en el mismo 1931 ve la luz *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,¹⁰ texto en el que se articula una cuidadosa crítica a las ideas schmittianas, además de replantear de manera enérgica la solución planteada por la Constitución austriaca de 1920 de “defender la Constitución” a través de una

⁸ Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, 1974 (*La garantie juridictionnelle de la Constitution —La justice constitutionnelle—*).

⁹ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931 (*Der Hüter der Verfassung*).

¹⁰ Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1985 (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*).

específica corte constitucional.¹¹ Intentemos reconstruir en sus grandes líneas las propuestas planteadas por los dos autores sobre este tema¹² para luego intentar circunscribirlas en sus respectivas teorías políticas.

La esencia de la teoría kelseniana de la garantía constitucional tiene que ser buscada en la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema jerárquico de normas (*Stufenbau*) que, al estar supraordenadas la una a la otra, regulan su propia creación instituyendo poderes jurídicos (*Rechtsmächte*) autorizados para crear normas. Con base en este sistema, la norma superior se presenta como la fuente de origen y de validez de todas las normas inferiores.¹³ En el vértice de esta “escalinata de normas” encontramos a la Constitución (es decir, la norma fundamental entendida en su sentido “jurídico-positivo”),¹⁴ que se presenta como la primera nor-

11 La Constitución austriaca de 1920, de cuyo proyecto Kelsen fue uno de los redactores, instituía en su título VI, apartado *b* al “Tribunal Constitucional” que era competente para: 1) decidir sobre la *legalidad* de las ordenanzas de las autoridades federales o estatales y, en caso de que fueran ilegales, anularlas (artículo 139); 2) pronunciarse sobre la *constitucionalidad* de las leyes federales y estatales, y anular aquellas que fueran consideradas inconstitucionales (artículo 140); 3) recibir y resolver las impugnaciones que fueran presentadas en contra de las elecciones del Consejo Nacional, del Consejo Federal, de las dietas y de las otras asambleas representativas, y decidir también sobre la revocación del mandato de alguno de sus miembros (artículo 141); 4) pronunciarse sobre la eventual responsabilidad jurídica del presidente de la Federación, de los miembros del gobierno federal, del jefe de un Estado y de los miembros del gobierno de un Estado (artículo 142); y 5) dar respuesta, una vez agotada la vía gubernamental, a los recursos interpuestos por la violación de los derechos garantizados por la Constitución provocada por decisiones o actos administrativos (artículo 144). Es interesante recordar que el mismo Kelsen fue miembro del Tribunal Constitucional austriaco, cargo al cual renunció en 1929; en relación con este punto, véase Petta, P., “Schmitt, Kelsen e il ‘Custode della Costituzione’”, *Storia e Politica*, Roma, XVI, fasc. III, septiembre de 1977, pp. 507 y ss. Sobre el papel jugado por Kelsen en el proceso de construcción de la Constitución austriaca y sobre su participación en el Tribunal Constitucional de ese país, véase Bongiovanni, G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 143 y ss.

12 Sobre la polémica sostenida entre Kelsen y Schmitt en relación con la custodia de la Constitución, véase Petta, P., *op. cit.*, nota anterior, pp. 505 y ss.; Zanon, N., “La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, París, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1991; Herrera, C. M., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 86, 1994, pp. 195 y ss.; Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 28 y ss.

13 En este sentido, sostiene Kelsen, “cada grado del ordenamiento jurídico constituye, por lo tanto, al mismo tiempo, producción del derecho en relación con el grado inferior y reproducción del derecho respecto del grado superior”. Kelsen, H., “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, en *id.*, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 148.

14 Utilizo esta expresión, “norma fundamental en sentido ‘jurídico-positivo’” atribuida a la Constitución, para distinguirla de la que Kelsen denomina “norma fundamental” (*stricto sensu*), que

ma positiva del ordenamiento jurídico y, por ese mismo hecho, como la fuente de validez directa o indirecta de todas las normas que le son inferiores. La Constitución establece los procedimientos de creación normativa, pero puede también determinar los contenidos fundamentales a los cuales las normas inferiores deberán ajustarse.¹⁵ Del respeto de los procedimientos y, en su caso, de los contenidos establecidos por la Constitución depende la validez de las normas que componen un ordenamiento determinado. En tal virtud, una norma creada por un poder no autorizado, o bien creada por la autoridad competente, pero sin respetar los principios formales y sustanciales establecidos en la Constitución, debe ser considerada como inválida y por lo tanto nula, lo que equivale a decir que es jurídicamente inexistente.

Si atendemos a la estructura a grados del ordenamiento jurídico, por debajo de la Constitución encontramos colocadas en una relación de subordinación a las normas de carácter general (leyes o reglamentos). Esa situación de correspondencia que existe entre la Constitución y las normas que le son inmediatamente inferiores, que constituye el fundamento de validez de éstas últimas, es conocida como *constitucionalidad*.¹⁶ La *inconstitucionalidad* de una norma, es decir, su falta de coherencia con las reglas establecidas por la Constitución puede ser de tipo *formal* o *material*, si no fueron respetados los procedimientos preestablecidos para su

se encuentra por encima de la Constitución, y que es una norma *sui generis* en la medida en la que no es “producida” sino “presupuesta”. De esta manera, podríamos afirmar que dicha norma fundamental, en su acepción kelseniana, es una norma “jurídico-deductiva” a diferencia de la Constitución (identificada también coloquialmente como “norma fundamental”) que, en la medida en la que es creada por el poder constituyente es una norma de tipo “jurídico-positivo”.

¹⁵ Constitución es, en palabras de Kelsen, “una regla... según la cual las leyes deben ser creadas en un modo determinado” (*id.*, *op. cit.*, nota 13, p. 150), es decir una “regla para la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, la determinación de los órganos y del procedimiento legislativo”. *Id.*, *op. cit.*, nota 13, pp. 152 y 153.

¹⁶ La Constitución, según Kelsen, es a la vez tanto una regla de procedimiento como un regla sustancial, “de tal manera que una ley puede ser inconstitucional sea a causa de una irregularidad procedimental en relación con su formación, como a causa de un contenido contrario a los principios o a las directrices planteadas por el constituyente, cuando se superan los límites preestablecidos” (*id.*, *op. cit.*, nota 13, p. 154); y agrega en otro escrito: “La inconstitucionalidad de una ley puede consistir no solamente —como aparece a primera vista— en el hecho de que la ley no fue creada de acuerdo con el *procedimiento* establecido por la Constitución, sino también por el hecho de que ésta tiene un *contenido* que de acuerdo con la Constitución no puede tener; la Constitución, en efecto, no sólo regula el procedimiento legislativo, sino también, de alguna manera, el contenido de las leyes futuras, por ejemplo, a través de la determinación de directrices, principios, etcétera”. Kelsen, H., “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, en *id.*, *op. cit.*, nota 13, p. 246.

creación o si los contenidos plasmados en dicha norma no coinciden con los establecidos en la Constitución.¹⁷

El tipo de relación jerárquica que existe entre las normas pertenecientes a los grados sucesivos del ordenamiento jurídico (la validez de una norma derivada de una ley, por ejemplo), depende del hecho de que su creación se haya dado siguiendo las reglas y de conformidad con los contenidos establecidos por la ley de la cual se derivan. Esta ulterior correspondencia, inferior a la que media entre la Constitución y una ley, coincide con el fenómeno jurídico que es comúnmente conocido como *legalidad*. En este sentido, debemos distinguir dos aspectos del concepto de legalidad: uno *lato sensu* frente a otro *stricto sensu*. El primero, que corresponde con el *principio de legalidad* que inspira el así llamado “Estado de derecho”, significa, en términos generales, la congruencia de los actos de las autoridades con los contenidos de las disposiciones legales que regulan su actuación (tanto a la Constitución como al resto de las normas —leyes y demás disposiciones inferiores— del ordenamiento jurídico). Por su parte, el concepto de legalidad *stricto sensu* hace referencia explícita al deber de cualquier autoridad estatal de apegar sus actos a lo establecido por cualquier norma inferior a la Constitución (que, por su parte, vendría a determinar el vínculo específico de *constitucionalidad*).

De cualquier manera, en última instancia, y dada la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, todas las normas dependen directa o indirectamente de la Constitución por lo que tiene que ver con su validez. Una violación de la *legalidad* es, al mismo tiempo, una violación indirecta de la *constitucionalidad*, desde el momento en el que todas las normas de un sistema determinado pueden ser reconducidas, *in finis*, a la Constitución. La trasgresión de las reglas formales o sustanciales establecidas por la Constitución puede ser causada por actos “directamente derivados de la Constitución”, en cuyo caso se habla de una *inconstitucionalidad inmediata*; o bien por actos o normas no regulados directamente por la Constitución, sino por otras normas inferiores, caso en el cual se

17 No obstante, Kelsen considera que “la así llamada inconstitucionalidad material es, en definitiva, también ésta una inconstitucionalidad formal, en la medida en la que una ley cuyo contenido es contrario a la Constitución dejaría de ser inconstitucional en el caso de que fuera votada como una ley constitucional”. *Id.*, “La garanzia giurisdizionale...”, en *id.*, *op. cit.*, nota 13, p. 154.

verifica una *inconstitucionalidad mediata*.¹⁸ Del vínculo de dependencia existente entre la legalidad y la constitucionalidad se deriva lo que Kelsen denomina “regularidad” del sistema jurídico, es decir, “la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico”.¹⁹

De esta manera, la llamada “garantía de la Constitución” tiene la finalidad, según Hans Kelsen, de preservar la “regularidad” del ordenamiento, a través de la tarea de verificar la correspondencia entre las leyes y la Constitución e, indirectamente, de todas las normas inferiores con esta última.²⁰ La función de la garantía de la Constitución es, en pocas palabras, la de mantener la coherencia formal y sustancial del ordenamiento jurídico en su conjunto, anulando, para ello, todas las normas y actos juzgados como inconstitucionales.

Por su parte, Carl Schmitt retoma el tema de la garantía de la Constitución planteado por Kelsen pero lo enfoca de una manera radicalmente distinta. Ello es así porque el concepto de Constitución al que el primero de estos autores hace referencia no tiene nada que ver con la idea que maneja el segundo. Tener este hecho en cuenta resulta fundamental para nuestro análisis en la medida en la que, al cambiar el objeto que debe ser “custodiado”, cambia el significado de la idea misma de garantía y, naturalmente, las conclusiones a las que llega cada uno de los juristas a los que nos referimos son totalmente distintas.

El significado que Schmitt le da a la idea de Constitución, entendida como la “decisión total sobre la especie y la forma de la unidad política de un pueblo”,²¹ es el resultado de su concepción organicista de la socie-

¹⁸ Kelsen, H., *op. cit.*, nota 13, p. 156. Debe hacerse notar que, en el caso en el cual Kelsen habla de actos “mediatamente inconstitucionales” la falta de coincidencia con los mandatos constitucionales se da a través de la trasgresión del principio de *legalidad*. En efecto, si un acto es contrario a una ley que respeta el principio de constitucionalidad y es, por lo tanto, considerado como *ilegal*, es necesariamente un acto que en su confrontación indirecta con la Constitución es *inconstitucional*.

¹⁹ Kelsen, H., *op. cit.*, nota 13, p. 148.

²⁰ *Cfr. idem.*

²¹ Schmitt, C., *Dottrina della costituzione*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 38. Como hemos ya visto, Schmitt desarrolla sus reflexiones a partir de un concepto de Constitución distinto del que asume Kelsen. *Cfr.* Schmitt, C., *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 15 y ss. Sobre el concepto de Constitución en Schmitt, véase Galli, C., “Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettiva di una presenza problematica”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, t. IX, núm. 1, junio de 1979, pp. 102 y ss.; Roherssen, C., “Il ritorno all’ontologia nel costituzionalismo di

dad. La Constitución no es para este autor una norma (o, en su caso, un conjunto de normas), que establece los principios fundamentales con base en los cuales se regula la vida social, sino más bien es la expresión de la presunta unidad de un pueblo que “adquiere conciencia de su existencia colectiva”. En consecuencia, custodiar a la Constitución no significa para Schmitt lo que ordinariamente se conoce como garantizar la “constitucionalidad de las normas”, sino, por el contrario, *proteger la unidad y, por ello, la existencia política de un pueblo*. Esta particular concepción revela, una vez más, el profundo rechazo que Schmitt le profesa a las concepciones normativistas. Los conceptos schmittianos del derecho, en general, y de Constitución, en particular, rebasan el ámbito normativo y asumen connotaciones existenciales. Para Schmitt la Constitución existe más allá de las normas positivas, desde el momento en que representa la manifestación de la unidad de un pueblo, la cual debe poder existir y por ello ser protegida incluso en las situaciones excepcionales en las cuales las normas dejan de tener eficacia.

Por lo demás, el distinto significado de Constitución sostenido por cada uno de los dos autores es la consecuencia natural de dos modos totalmente opuestos de concebir al derecho, a la política y, sobre todo, a la sociedad. Por una parte encontramos una visión, la de Kelsen, abiertamente declarada como relativista, para la cual el pluralismo es un dato de hecho en las sociedades modernas que debe ser reconocido, pero además, representa al mismo tiempo un valor que debe custodiarse. La Constitución en estas condiciones representa el conjunto de las reglas que permiten la convivencia pacífica entre los individuos, que son diversos en sus opiniones políticas, filosóficas y religiosas, en el marco del derecho. En este caso, la política es concebida como la constante búsqueda de la convivencia pacífica, que para ello hace uso del instrumento jurídico por excelencia: las normas.

Por otro lado, encontramos la posición de Carl Schmitt, para quien el pluralismo representa una especie de enfermedad que corrompe y disuelve la unidad del pueblo. Este último es concebido, no como una mera suma de individuos, sino como un sujeto colectivo unido por el reconocimiento de vínculos de afinidad que le permiten identificarse y, precisa-

Weimar”, *Materiali per una Storia...*, cit., en esta misma nota, núm. 2, diciembre de 1979, pp. 493 y ss.

mente por ello, diferenciarse respecto de otros pueblos. Es justamente en esa diferenciación frente a los otros —diferenciación que constituye el punto de partida para una contraposición y para el combate a los contrarios— lo que define a juicio de Schmitt a la política. La posibilidad de que nazcan y se manifiesten diferentes orientaciones políticas al interior de cada pueblo, debe ser categóricamente excluida, si no se quiere llegar a la fragmentación y, con ello, a la “muerte política” de la nación. En este caso, el pueblo es una única masa homogénea que sólo puede distinguirse cuando se compara con otras masas diversas que son igualmente homogéneas hacia su interior. Por lo que hace a la Constitución, en esta concepción, ésta no es otra cosa más que la forma a través de la cual “existe políticamente un pueblo”.

IV. ¿QUIÉN DEBE CUSTODIAR LA CONSTITUCIÓN?

La propuesta kelseniana de una corte encargada expresa y específicamente del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos ejecutivos del poder público se inspira, como reconoce el mismo Kelsen, en el Tribunal Constitucional instituido por la Constitución austriaca de 1920.²² Este autor piensa así, en lo que se ha llamado “control de constitucionalidad” de tipo “centralizado”. Este tipo de control no debe ser confundido con el de tipo “difuso” establecido por la Constitución estadounidense de 1787, el cual le concede a todos los jueces la capacidad de resolver sobre la constitucionalidad de las normas y de decidir, en consecuencia, si aplicarlas o no. En un sistema como el estadounidense, fundado en el *case law*, la decisión de un tribunal en particular de no aplicar una norma juzgada inconstitucional puede tener el efecto concreto de una virtual nulidad de la misma. Por el contrario, en un sistema como el “europeo continental”, en donde cada precedente judicial en lo individual no tiene “fuerza de ley”, el control difuso no representa un sistema de garantía constitucional realmente eficaz: esta es la razón por la que Kelsen sostiene la conveniencia de un control centralizado que permita, a través de la sentencia de inconstitucionalidad de una norma, por parte de un tribunal especializado, la anulación de ésta.

²² Cfr. Kelsen, H., “Chi dev’essere...”, en *id.*, *op. cit.*, nota 16, p. 252.

Un sistema centralizado de constitucionalidad, sostiene Kelsen, “puede ser encomendado sólo a un órgano supremo central”,²³ un tribunal constitucional creado expresamente para ello. Esta decisión es motivada por la exigencia de que el poder de anular los actos inconstitucionales adoptados por el parlamento o por el gobierno, sea confiado a un órgano diverso e independiente de cualquier otra autoridad estatal.²⁴ “La función política de la Constitución —afirma el autor— es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución significa *certeza de que estos límites no serán rebasados*”;²⁵ por ello, ningún órgano es menos idóneo para cumplir con la tarea de custodiar a la Constitución que aquél que tiene el poder político para poder violarla. De esta manera, el principio de que “*nadie puede ser juez en su propia causa*”²⁶ es el que lleva a Kelsen a proponer como garante de la Constitución a un órgano ajeno a la aplicación cotidiana de ésta. El parlamento y el gobierno, en cuanto son órganos que participan en la tarea legislativa, son precisamente los principales poderes —aunque no los únicos— que deben ser controlados mediante el procedimiento de garantía constitucional, por lo cual, de conformidad con el principio referido, la revisión de sus actos no puede ser atribuida a alguno de sus miembros.²⁷ La naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad es justificada por Kelsen, ade-

23 Cfr. Kelsen, H., “La garanzia giurisdizionale...”, en *id.*, *op. cit.*, nota 13, p. 166. Kelsen no excluye la coexistencia de diversos mecanismos de garantía constitucional que contribuyan a asegurar la regularidad de las normas, pero subraya que “la anulación del acto constitucional representa la principal y la más eficaz garantía de la Constitución”. *Id.*, *op. cit.*, nota 13, p. 170. Hay que esa anulación, tal como la pensaba Kelsen, podía realizarse solamente por parte de un poder central, preferiblemente de tipo judicial como, por ejemplo, un corte constitucional.

24 Cfr. Kelsen, H., *op. cit.*, nota 13, p. 172.

25 Kelsen, H., “Chi dev’essere...”, en *id.*, *op. cit.*, nota 16, p. 232, el subrayado es mío.

26 *Idem*, el subrayado es mío.

27 Cfr. Kelsen, H., “La garanzia giurisdizionale...”, en *id.*, *op. cit.*, nota 13, pp. 174 y 175. En *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Kelsen agrega: “Dado que la Constitución distribuye, en sustancia, el poder entre dos órganos, *parlamento* y *gobierno* (en donde por “gobierno” debe entenderse al órgano compuesto por el jefe del Estado y por los ministros que refrendan sus actos), existe necesariamente, ya por ese mismo hecho, un antagonismo permanente entre el parlamento y el gobierno. Y el peligro de que la Constitución sea violada nace sobre todo de la posibilidad de que alguno de los dos órganos sobrepase los límites que la Constitución les ha asignado. Por el hecho de que en los casos más importantes de violaciones a la Constitución, el parlamento y el gobierno son partes en causa, resulta oportuno hacer decidir de esa controversia a un tercer órgano *que esté fuera de ese contraste* y que *sea del todo ajeno al ejercicio del poder* que la Constitución reparte esencialmente entre el parlamento y el gobierno”. Kelsen, H., “Chi dev’essere...”, en *id.*, *op. cit.*, nota 16, pp. 269 y 270.

más, con base en su convicción de que la interpretación de la Constitución es una tarea estrictamente jurídica y, por esa razón, debe ser confiada a técnicos del derecho, como es el caso de los jueces. Resta el hecho, no obstante, que los jueces ordinarios podrían, a través de sus sentencias, minar la coherencia y la regularidad del ordenamiento jurídico a través de resoluciones contradictorias, por lo que se hace necesario crear expresamente un tribunal que concentre de manera exclusiva la tarea de controlar la constitucionalidad del sistema jurídico, y no confiar esta competencia a los tribunales ordinarios.

El enorme poder derivado del ejercicio del control de constitucionalidad no escapa a la atención de Kelsen, todo lo contrario; es precisamente en razón de ese poder que sostiene que esa función no debe ser atribuida ni al órgano ejecutivo ni al órgano legislativo. Ello significaría, en efecto, contravenir el principio de la división de poderes que se funda en la idea de los pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre los diversos órganos del Estado.²⁸ En este sentido, confiar la jurisdicción constitucional a una corte específica, y volverla independiente de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como de la jurisdicción ordinaria, representa un reforzamiento del principio de equilibrio y de balance del poder entre los diversos órganos del Estado, que es esencial para la democracia.

Schmitt rechaza la opción de Kelsen a favor de un tribunal constitucional en la medida en la que, sostiene, la garantía de la Constitución es una función política y no meramente jurisdiccional. Quien propone la institución de un tribunal constitucional en Alemania, afirma Schmitt, lo hace inspirándose en la figura de la Suprema Corte establecida por la Constitución estadounidense sin darse cuenta que ese órgano “es todo menos una corte constitucional”; éste es en realidad el verdadero y propio centro del poder de decisión de una forma de Estado que Schmitt califica como “jurisdiccional”. Pretender crear un tribunal de ese tipo en

²⁸ “Que este órgano tenga... un poder —sostiene Kelsen a propósito de la institución encargada de la custodia de la Constitución—, es algo inevitable. No obstante, una cosa es encomendar a un órgano *nada más* que el poder que se desprende de la función de control constitucional y una cosa bien distinta es el reforzamiento del poder de una de las dos partes que están involucradas con el caso [parlamento y gobierno] con la ulterior atribución de las funciones de control de la constitucionalidad. En ello reside la ventaja fundamental de un tribunal constitucional, es decir, que éste, al no participar en el reparto del poder desde el principio, no se pone en una situación de necesario contraste con el parlamento o con el gobierno”. Kelsen, H., “Chi dev’essere...”, en *id.*, *op. cit.*, nota 16, p. 270.

una república como la de Weimar sería, según Schmitt, un grave sinsentido²⁹ que acarrearía la peligrosa consecuencia de politizar a la jurisdicción.³⁰ Una vez más, Schmitt concibe los planteamientos de Hans Kelsen como una expresión de la “doctrina burguesa” del Estado de derecho, para la cual el contraste entre los intereses privados presentes en la sociedad debe ser resuelto por las instancias jurisdiccionales, a través de la interpretación y la aplicación de las normas. La garantía de la Constitución, sostiene Schmitt, no debe ser considerada como una instancia para la solución de intereses privados contrapuestos, sino más bien como la protección de la unidad del pueblo “en contra de peligros de todo determinados y concretamente temidos” que provienen fundamentalmente de la acción del Poder Legislativo;³¹ protección que no es posible con el recurso privatista de resolver los conflictos gracias a la actuación de un tribunal.

Para Hans Kelsen estas afirmaciones de Carl Schmitt son “el típico galimatías de teoría *jurídica* y *política* del derecho”,³² porque la decisión de un juez es en realidad tan “política” como lo es un acto del legislador o de un miembro del gobierno, en la medida en la que todos ellos no son otra cosa sino creadores de derecho; todos estos actos, según este autor, implican una decisión que de alguna manera puede ser calificada como “política”. La diferencia entre el carácter político de los actos de un juez y de los legisladores y gobernantes es de tipo cuantitativo y no cualitativo, como sostiene, por el contrario, Carl Schmitt. Para Kelsen “toda controversia jurídica es una controversia política, y todo conflicto que sea calificado como conflicto de intereses, de poder o político, *puede ser decidido como una controversia jurídica*”.³³ Es precisamente por el hecho de contener un excesivo grado de politización, que la función de control

²⁹ Cfr. Schmitt, C., *Il custode della costituzione*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 27 y ss.

³⁰ “Resulta fácil concebir como un ideal del Estado de derecho —afirma Schmitt— que todos los problemas políticos sean resueltos a través de cualquier tipo de forma jurisdiccional y ver, por lo tanto, cómo con la expansión de la jurisdicción a materias que tal vez no pueden ser jurisdiccionalizadas, la propia jurisdicción resulta perjudicada. Por el contrario, lo mejor... tanto para el derecho constitucional como para el derecho internacional sería, no algún tipo de jurisdiccionalización de la política, sino una politización de la jurisdicción”. *Ibidem*, p. 41.

³¹ En relación con este punto, Schmitt indica que “mientras que antes, en el siglo XIX, prevalecía el peligro que representaba el gobierno, es decir que provenía de la esfera del ‘Ejecutivo’, hoy el riesgo se presenta sobre todo en relación con el ‘legislador’”. *Ibidem*, p. 45.

³² Kelsen, H., “Chi dev’essere...”, *cit.*, nota 16, p. 151.

³³ *Ibidem*, p. 143.

de constitucionalidad debe ser atribuida a un tribunal. Esto es así porque, en la medida en la que un tribunal es extraño a los eventuales conflictos e intereses políticos que se manifiestan en el seno del gobierno y del parlamento, puede evitar sobrecargar políticamente la decisión sobre la constitucionalidad de una norma.

Por su parte, para Schmitt, la opción de atribuir la función de control de la Constitución alemana al presidente del *Reich* es una respuesta inevitable frente a la incapacidad de decisión característica del sistema parlamentario³⁴ y al nocivo pluralismo político del que esta forma de gobierno es expresión. Para este autor, la transposición en la escena política del pluralismo que caracteriza a las sociedades modernas (que no es otra cosa sino la proyección del contraste de los intereses privados que se manifiestan en ellas), y a partir del cual se deriva el sistema parlamentario del “lábil Estado de partidos” (*labilen Parteienstaat*),³⁵ es una amenaza sumamente peligrosa que debe ser acotada.³⁶ La función del defensor de la Constitución es precisamente la de mantener a raya los intereses privados representados en el parlamento y de garantizar, de esta manera, la integridad y la homogeneidad de la nación. Desde la perspectiva de Schmitt, si el parlamento, debido a su tendencia al compromiso, representa un peligro potencial para el Estado, una corte no puede ser un instrumento adecuado para cumplir con una tarea que es fundamentalmente “política” como es el caso de la defensa de la Constitución. En consecuencia, no resta sino confiar esa función al gobierno y, más específicamente, al jefe del Estado. “Haciendo del presidente del Reich el punto central de un sistema plebiscitario como también de las funciones e insti-

³⁴ Cfr. Petta, P., *op. cit.*, nota 11, p. 513.

³⁵ Expresiones despectivas como la de “lábil Estado pluralista”, “lábil Estado de partidos” o “lábil Estado de las coaliciones entre partidos”, como referencias al Estado liberal de derecho, son comunes y constantes en *El defensor de la Constitución* de Carl Schmitt.

³⁶ Sobre el sistema pluralista, Schmitt se expresa de esta manera: “El sistema pluralista, con sus continuos acuerdos de partido y de fracción, transforma al Estado en un conjunto de compromisos y de acuerdos, a través de los cuales los partidos, que de vez en cuando participan con el objeto de la coalición gobernante, se reparten todos los encargos, los ingresos y las ventajas con base en la regla de las cuotas de poder y consideran como justicia, en la medida de lo posible, a la paridad que en tal forma respetan. La Constitución de un Estado dominado por estos métodos de formación de la voluntad política se reduce al principio “*pacta sunt servanda*” y a la defensa de los “derechos regularmente adquiridos”. Ello distingue a las consecuencias de todo sistema pluralista. Schmitt, C., *op. cit.*, nota anterior, p. 168. Véase respecto a este punto, Ciaurro, L., “La dottrina della costituzione di Carl Schmitt e il parlamentarismo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXII, IV Serie, 1985, p. 150.

tuciones políticamente neutrales, la Constitución vigente del Reich busca desprender, precisamente del principio democrático, un contrapeso al pluralismo de los grupos de poder social y económico y defender la unidad del pueblo como totalidad política”.³⁷

Un Estado fundado en la constante búsqueda del compromiso entre las diversas corrientes políticas (precisamente aquello que para Kelsen constituye la esencia de la democracia), para Schmitt, no es solamente un Estado incapaz de gobernar³⁸ y de sobreponer a los intereses privados el interés de la nación, sino es también un Estado en el cual las diversas opiniones corren continuamente el riesgo de radicalizarse y de generar la contraposición política fundamental (amigo-enemigo) al interior de ese país, pulverizando la unidad del pueblo y creando de esta manera un escenario de una potencial guerra civil. Por ello, según Schmitt, “además de las fuerzas meramente partidistas deben existir otras fuerzas apartidistas y sobrepardistas, si la unidad estatal no quiere disolverse en una correlación pluralista de complejas fuerzas sociales”.³⁹ Es necesario un poder capaz de situarse por encima de los intereses de los partidos. Un poder, en suma, que sea capaz de tomar las decisiones y al mismo tiempo ser neutral (en donde por neutralidad debe entenderse como el atributo de un órgano institucional y no de la persona que es su titular). Sólo un poder de ese tipo puede cumplir a cabalidad, según Carl Schmitt, la función de ser el defensor de la Constitución.⁴⁰

³⁷ Schmitt, C., *op. cit.*, nota 35, p. 241.

³⁸ “El lábil Estado de los partidos de coalición —sostiene Schmitt— conduce a un gobierno incapaz de gobernar, a un no-gobierno, es por esta ausencia de una decisión, por esta búsqueda de un gobierno efectivo y de una verdadera decisión política, que nacen las diversas fugas de la sustancia política”. *Ibidem*, p. 166.

³⁹ *Ibidem*, p. 155. Schmitt agrega: “Si además dependencias e instancias previstas constitucionalmente no son capaces de tener una voluntad política unitaria, entonces se vuelve del todo inevitable que la sustancia política pase a determinados centros del sistema social o político. Otros poderes, sean estos legales o apócrifos, asumen de manera espontánea u obligada, consciente o inconscientemente, el papel del Estado y gobiernan, para decirlo de alguna manera, por debajo de la mesa”. *Idem*, citado en esta misma nota.

⁴⁰ Para Schmitt “según el contenido presente de la Constitución de Weimar, ya existe un defensor de la Constitución, es decir, el presidente del Reich”. En efecto, tanto su posición institucional, como sus poderes “tienen la finalidad de crear una posición neutral desde el punto de vista partidista, a causa de su conexión inmediata con la totalidad estatal, de la cual, en cuanto tal, es el defensor designado y el custodio de las condiciones constitucionales y del funcionamiento constitucional de las más altas instancias del Reich y, para enfrentar el caso de emergencia, está dotado de poderes eficaces para una defensa activa de la Constitución”. *Ibidem*, p. 240.

La neutralidad y la capacidad de mando no son, por lo tanto, incompatibles según Schmitt: al contrario, es precisamente la neutralidad, entendida como la capacidad de representar a todos los componentes de un pueblo más allá de los intereses privados, el elemento de fuerza que permite decidir de manera eficaz e incontrastada.⁴¹ Este papel de poder neutral es, para Schmitt (que se inspira, de manera declarada por él mismo, en la teoría del *pouvoir modérateur* de Constant), el que cumplía el rey en las monarquías constitucionales y que, en una república parlamentaria como la de Weimar, le corresponde indudablemente al presidente.⁴²

El papel neutral que juega el presidente del Reich se deduce, además, según Schmitt, del hecho de que, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, el presidente es elegido directamente por todos los ciudadanos, situación que lo convierte en el representante unitario de todo el pueblo alemán.⁴³ Este fundamento “plebiscitario” de la neutralidad del presidente es, para este autor, la fuente primigenia de su capacidad de mando y de decisión.⁴⁴ “El hecho de que el presidente del Reich

41 La neutralidad para Schmitt es pues, la “expresión de una unidad y globalidad que abarca a los agrupamiento contrapuestos y... por ello relativiza en sí misma todas estas antítesis... Ésta es la neutralidad que caracteriza a la decisión estatal frente a las contraposiciones internas del Estado, frente al fraccionamiento y a la división del Estado en partidos e intereses particulares, cuando la decisión hace valer el interés del carácter unitario estatal”. *Ibidem*, p. 175. En esta perspectiva, “neutralidad en el sentido de concreción y objetividad no es debilidad y ausencia de política, sino al contrario”. *Ibidem*, p. 176, el subrayado es mío.

42 Para Schmitt, el presidente es “el monarca republicanizado de la monarquía parlamentaria”. Schmitt, C., *Dottrina...*, cit., nota 21, p. 384. Para una crítica a la figura del jefe de Estado como un poder neutro, véase Galeotti, S., *Il presidente della Repubblica garante della costituzione*, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 30-32.

43 Es en este sentido que el autor sostiene que “la Constitución de Weimar... presupone a todo el pueblo alemán como una unidad que funge directamente como mediadora, sin las organizaciones de los grupos sociales; es capaz de actuar, puede expresar su voluntad y, en el momento decisivo, superando las decisiones pluralistas, debe reunirse e imponerse. La Constitución busca dar a la autoridad del presidente del Reich, sobre todo, la posibilidad de unirse directamente con esta voluntad política general del pueblo y, precisamente por ello, de actuar como guardián y defensor de la unidad constitucional y de la totalidad del pueblo alemán”. Schmitt, C., *Il custode...*, cit., nota 29, pp. 241 y 242.

44 “Es el sentido de toda Constitución racional —sostiene en relación con este punto el autor— el plantear un sistema organizativo, que vuelva posible una formación de la voluntad estatal y un gobierno capaz de gobernar. Lograr este objetivo es precisamente la conciente y bien meditada intención de la Constitución vigente del Reich, y todas las instituciones de democracia parlamentaria y plebiscitaria deben, ante todo, generar un gobierno eficiente. Dicha Constitución parte del hecho de que un gobierno que encuentre el favor y la aclamación del pueblo y se apoye en presupuestos

sea el defensor de la Constitución, resulta... también por sí sólo, del principio democrático, sobre el cual se basa la Constitución de Weimar. El presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán, y sus poderes políticos frente a las instancias legislativas (especialmente el de disolución del *Reichstag* y la de realización de un *referendum*) son, en los hechos, solamente un ‘llamado al pueblo’.⁴⁵ Para Schmitt, la tarea de defensa de la Constitución significa mucho más que la simple garantía constitucional: el hecho de querer conferirle ese poder al presidente lo convierte en la verdadera guía política del pueblo alemán.⁴⁶ Esta función de guía es evidente, según Schmitt, por el hecho de que al presidente, en la medida en la que es expresión de la unidad política del pueblo y por ello es una emanación directa de la voluntad de éste, le es atribuido el poder decisonal que se describe en el artículo 48 de la Constitución alemana de 1919. Se trata de un poder del todo excepcional que también prevé, incluso, la posibilidad de suspender a las garantías constitucionales. Este poder “dictatorial” en manos del presidente no contrasta, según Schmitt, con el carácter democrático del Estado que instituye la Constitución de Weimar; por el contrario, el verdadero significado de la democracia plebiscitaria está contenido en la figura del presidente como guía política del pueblo. Por esta razón, la función de garantía de la Constitución atribuida al presidente-dictador va más allá de los límites normativos establecidos en las leyes constitucionales, cuando la finalidad de esa extralimitación legal sea la legítima tarea de salvaguardar la existencia y la unidad del pueblo.

Para Kelsen, el pretender presentar al presidente como un poder neutral que, en virtud de su elección directa por parte de los ciudadanos, expresa la voluntad unitaria del pueblo, es una típica ficción pseudo-democrática que no toma en cuenta del hecho de que, en realidad, esa elección se produce a través del mecanismo —tantas veces refutado por Schmitt— de la votación secreta e individual y no mediante una “espon-

democráticos es más fuerte y estable que cualquier otra especie de gobierno... En el punto central de la Constitución plebiscitaria se encuentra el presidente del Reich”. *Ibidem*, pp. 176 y 177.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 241. Llamo la atención a la “curiosa” coincidencia entre las expresiones de Carl Schmitt y la lógica misma sobre la que se fundaba el Estado fascista italiano de los años veinte y treinta que hacía del “*appello al popolo*” (precisamente el “llamado al pueblo”) la presunta base de su sustento y legitimidad.

⁴⁶ *Cfr.* Schmitt, Carl, *Dottrina...*, cit., nota 21, p. 459.

tánea aclamación” de las masas.⁴⁷ Además, no hay que olvidar que el presidente es elegido por una mayoría (y en ocasiones, eventualmente, hasta por una minoría) de los electores que están en “lucha” con otros grupos de electores; en tal virtud, pretender ver en su designación por la vía electoral la manifestación de la voluntad del pueblo entero, y más aún, presentar las decisiones del presidente como la expresión concreta de esa voluntad unitaria, tal como hace Schmitt, significa simplemente cerrar los ojos frente a una realidad evidente.⁴⁸

V. CONTROL CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Es claro que los dos mecanismos de control de constitucionalidad propuestos respectivamente por Hans Kelsen y por Carl Schmitt son el resultado coherente de dos concepciones totalmente opuestas del Estado y, sobre todo, de la democracia. Por un lado encontramos una concepción garantista, la que sostiene Kelsen, que propone un mecanismo de control del poder político al interior de un sistema democrático; para ello se parte de una interpretación de la democracia que considera consustancial a ésta la búsqueda permanente de un equilibrio entre los diversos órganos del Estado, para procurar evitar que un exceso de poder en manos de uno o en otro lo ponga en grado de infringir las reglas de la convivencia y de lesionar los derechos garantizados por la Constitución. El garantismo que subyace a esta concepción de la democracia está enfocado esencialmente a la protección de las minorías frente a los eventuales abusos por parte de la mayoría.⁴⁹ Para Kelsen, como es sabido, el sistema democrático favorece la posibilidad de un compromiso entre los diversos grupos que sostienen opiniones políticas diferentes; es pues un sistema que le permite a todos expresar su propia orientación y opinión política y tener voz y peso en el proceso de formación de la voluntad colectiva. La función de garantía o de “defensa” de la Constitución tiene que estar encaminada, por lo tanto, a la protección de los derechos de las minorías, ante todo del derecho a no padecer la tiranía de la mayoría. “Si la esencia de la democracia consiste no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los diversos grupos que la mayoría y la minoría repre-

⁴⁷ Cfr. Kelsen, H., *op. cit.*, nota 13, p. 276.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 277.

⁴⁹ Cfr. Kelsen, H., “La garanzia giurisdizionale...”, *cit.*, nota 13, p. 202.

sentan en el parlamento y, por lo tanto, la paz social, la justicia constitucional se presenta como el instrumento idóneo para realizar esta idea”.⁵⁰ En el pensamiento de Kelsen, “garantía de la Constitución” y democracia son conceptos de tal modo interconectados que el control de constitucionalidad asume la tarea de encarnar el último criterio con base en el cual se decide “la gran antítesis entre democracia y autocracia”.⁵¹

Del lado opuesto, encontramos la concepción de Schmitt, con base en la cual la función de defensa de la Constitución es atribuida a un jefe, el presidente, que es elegido directamente por el pueblo y, por ello, es considerado como el verdadero representante y garante de la unidad nacional: un órgano monocrático y unipersonal capaz de expresar la “voluntad general” de ese pueblo y de “guiarlo” políticamente. En el pensamiento de Schmitt, la función de garantía de la Constitución, considerada en el marco de la concepción plebiscitaria de la democracia (misma que encuentra su fundamento último en la mística ficción de la aclamación de un jefe por parte de su pueblo), se funde y se confunde, en última instancia, con la capacidad de asumir concreta y efectivamente una decisión “política”. La figura del “defensor de la Constitución” tiende a coincidir, así, con la del “dictador” que, distinguiendo entre el amigo y el enemigo, “salva” mediante su acción y su fuerza al pueblo frente a sus contrarios.

La construcción teórica schmittiana implica esta vertiente inevitable que la conduce a resolverse y confundirse, en última instancia, en la idea del poder autocrático de un dictador, jefe y guía política del pueblo. A pesar de que esta figura, por definición, rebase lo que comúnmente consideramos como la esfera normativa, para Schmitt debe seguir siendo considerada como un aspecto del “derecho”. En realidad, llegando a su punto culminante, el pensamiento schmittiano nulifica la posibilidad de distinguir entre el mero hecho concreto, la imposición de la fuerza y la racionalidad y previsibilidad con que necesariamente debe contar el derecho. Cualquier imposición de facto puede convertirse en derecho, anulando así uno de los principios fundamentales de la convivencia social: la necesidad de reglas jurídicas ciertas, claras y predefinidas que normen la

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 170. Sobre la concepción kelseniana del control de constitucionalidad como instrumento de protección de las minorías y, en cuanto tal, como institución de defensa de los presupuestos de la democracia, véase Bongiovanni, G. y Gozzi, G., “Democrazia”, en Barbera, A. (ed.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 238 y 239.

vida colectiva. En la concepción schmittiana, la certeza jurídica, e incluso la misma regulación social, son expuestas al riesgo de sucumbir frente al poder arbitrario, ilimitado e incontrolable, en suma, autocrático, de un sujeto que sepa y que tenga la capacidad de imponerse a los demás, y eso, la mera fuerza, desde nuestro punto de vista, es todo menos derecho.

