

LA POLEMICA SCHMITT-KELSEN SOBRE EL GUARDIAN DE LA CONSTITUCION.

Por CARLOS MIGUEL HERRERA

«Les formes originales de la pensée s'introduisent elle-mêmes: leur histoire est la seule forme d'exégèse qu'elles supportent et leur destin, la seule forme de critique» (MICHEL FOUCAULT)

SUMARIO

I. UN LARGO CONTRAPUNTO.—II. LA JUSTICIA COMO DEFENSORA DE LA CONSTITUCIÓN.
III. ¿QUIÉN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN?—IV. ¿DIÁLOGO IMPOSIBLE,
DIÁLOGO ENTRE AUSENTES O SIMPLEMENTE DIÁLOGO?

I. UN LARGO CONTRAPUNTO

A principios de 1931, Carl Schmitt publica *Der Hüter der Verfassung* (1), versión ampliada y reelaborada de un estudio que con el mismo título había aparecido en los *Archiv des öffentlichen Rechts* dos años antes y al que se le agregaban otras reflexiones posteriores relacionadas con el mismo tema.

Poco tiempo después, Hans Kelsen, que había dejado Austria a fines de 1930 y profesaba en la Universidad de Colonia, le dedicaba una larga reseña con el sugestivo título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?), que sería publicada en una revista jurídica de Berlín: *Die Justiz* (2).

(1) Que en español se traduciría por el «guardián», el «protector» o, en el mejor de los casos, «el defensor». El título de la versión española hace perder el acento «personalista» de las ideas del jurista alemán (C. SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983).

(2) Sobre *Die Justiz*, que proclamaba su carácter «republicano» y era próxima a los círculos sociodemócratas, véase T. RASEHORN: *Justizkritik in der Weimarer Republik. Das Beispiel der Zeitschrift «Die Justiz»*, Francfort-Nueva York, 1985 (sobre la colaboración de Kelsen en sus columnas, las páginas 76-81).

La confrontación entre dos de los más destacados especialistas de derecho público de la época se lleva a cabo en una situación política y constitucional compleja. Hacia 1929, la crisis económica acababa con el período de relativa estabilidad política que había disfrutado desde 1925 la República de Weimar. La coalición tripartita (socialdemocracia, *S.P.D.*; liberalismo democrático, *D.D.P.*, y catolicismo social, *Zentrum*), que había sido el principal apoyo de la República, presentaba profundos signos de resquebrajamiento. Desde marzo de 1930 el gobierno estaba encabezado por Brüning, que, frente al rechazo parlamentario de las leyes financieras (julio), disuelve el *Reichstag*, y las elecciones que siguen dan un importante éxito electoral a Hitler. A partir de octubre de ese año, el canciller Brüning comienza a gobernar por reglamentos del presidente Hindenbourg, apoyándose en la segunda parte del artículo 48 de la R.V. (3) ante la relativa «indiferencia» del parlamento. Nadie podía expresar mejor el clima de la época que el propio Schmitt cuando escribía en el prólogo de su libro que el análisis del problema del guardián de la Constitución en tal situación era «una labor difícil y peligrosa» (Schmitt, 1931, 25).

Si esta polémica es la única confrontación directa entre Schmitt y Kelsen, un largo contrapunto venía desarrollándose desde los primeros años de la década de los veinte e incluso más atrás (4). En ese sentido, podría decirse que la obra de Schmitt de aquellos años se construirá en una suerte de constante (aunque no siempre explícita) contraposición con la obra del jurista vienés. En 1920, este último publicaba *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes* —saludada ya entonces como la expresión definitiva del sistema kelseniano—,

(3) El art. 48, sobre el que volveremos repetidas veces en este trabajo, decía : «Un Land que no cumpla con las obligaciones impuestas por la Constitución y las leyes federales puede ser obligado a su cumplimiento por el presidente del Reich, que dispone para tal fin de la fuerza pública. En el caso que el orden y la seguridad pública del Reich fuesen perturbados o amenazados, el presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para su restablecimiento, si fuese necesario con el auxilio de la fuerza armada. Con este objeto, puede suspender provisoriamente, en todo o en parte, las garantías constitucionales previstas en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153. El presidente del Reich debe informar sin retardo a la Asamblea Nacional las medidas tomadas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo. Estas medidas deben ser suspendidas si la Asamblea Nacional así lo solicita. En caso de peligro, el gobierno de un *land* puede tomar para su territorio las medidas provisionales en el sentido del segundo apartado. Dichas medidas deben ser abrogadas a pedido del presidente del Reich o de la Asamblea». Las garantías constitucionales a las que el artículo hace referencia son: la libertad personal, inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia, libertad de opinión, libertad de reunión, libertad de asociación y derecho de propiedad, respectivamente.

(4) Existen referencias críticas de Schmitt a las teorías kelsenianas en sus trabajos de la década de los diez. Sin embargo, este período presenta problemas específicos de interpretación de ambos autores que no pueden abordarse aquí por razones de espacio.

en donde Kelsen sintetizaba sus investigaciones iniciadas nueve años antes con los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (1911; trad. española, México, 1987) y aportaba importantes precisiones a su teoría; en particular, afirmaba la doctrina de la identidad del Estado y derecho y la creación jerárquica del orden jurídico (aporte este último de su discípulo A. Merkl).

Los ataques a la doctrina de la «escuela de Viena», que Schmitt dirigirá a lo largo de esos años, se deben inscribir en una reacción general en los ámbitos académicos de la *Mitteleuropa* contra las teorías de Kelsen y sus seguidores (5).

Si bien las críticas de Schmitt, por la envergadura del oponente, han ocupado el principal interés de los estudios dedicados a este período (6), no se puede dejar de recordar, aunque más no sea a título ilustrativo, los ataques contra las tesis kelsenianas de Rudolf Smend y su «teoría integracionista de la Constitución» (7) y los ensayos, no menos severos en sus juicios, de Hermann Heller, Heinrich Triepel y Gerhard Leibholz (8). Estos prolongaban de alguna manera las profundas críticas de Erich Kaufmann y de F. Sander (9),

(5) Habría que citar también la crítica «marxista» a Kelsen, sobre todo el gran trabajo de Max Adler, pero dicha polémica presenta caracteres específicos y diferentes de la reacción «académica».

(6) No conozco, sin embargo, trabajos específicos en español sobre el debate que nos ocupa más allá de las referencias del caso en estudios dedicados a estos autores.

(7) *Constitución y derecho constitucional* (1928; trad. española, Madrid, 1985), que originara la dura réplica de Kelsen en *Der Staat als Integration* (Viena, 1930, reimp. 1971). Sobre Smend, véase LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987. En su libro, el jurista vienes analiza detenidamente los fundamentos metodológicos (y la influencia de T. Litt) de la teoría integracionista de Smend, que consideraba como objeto del derecho constitucional la integración entendida como la cohesión del pueblo, caracterizándola como una «apología de la dictadura» en «lucha contra la democracia... y la República alemana», que buscaba conservar y reforzar la autoridad del Estado y no conocerlo, y a su autor, como un «teólogo del Estado» (KELSEN: *op. cit.*, 82, 91, 33). A este respecto, es interesante remarcar que la actitud de Kelsen frente a Smend es mucho más «dura» que respecto a Schmitt, no pareciendo ver los mismos peligros contra el orden constitucional weimariano en las teorizaciones de este último. Una apreciación que, por cierto, frente a la actitud posterior de uno y otro ante el nazismo, estuvo lejos de mostrarse acertada. Sólo en 1942 Kelsen escribirá que la utilización abusiva del art. 48, que permitía la supresión del Parlamento, fue la vía por la cual la democracia de la República de Weimar fue destruida y preparado el acceso de los nazis al poder.

(8) Entre otros escritos con fuertes acentos antikelsenianos, podemos citar: de HELLER: «Die Krisis der Staatslehre», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1926, y *Die Souveränität*, Berlín, 1927 (hay trad. española); de TRIEPEL: *Staatsrecht und Politik*, Berlín, 1927 (hay trad. española); de LEIBHOLZ: *Tendencias actuales de la doctrina del derecho público en Alemania* (trad. española en LEIBHOLZ: *Conceptos fundamentales de la política y de la teoría de la constitución*, 1964).

(9) El gran trabajo de ERICH KAUFMANN es *Kritik der neukantischen Rechtsphiloso-*

más centradas, éstas, en los fundamentos teórico-epistemológicos del kelsenismo.

Si cada una de estas críticas exigen profundos análisis independientes, que superan en mucho los límites impuestos a este trabajo, podemos reconocer, sin embargo, un elemento común en todas ellas: la teoría kelseniana en sus diferentes puntos es considerada como extremadamente formalista, una lógica «vacía», incapaz de dar cuenta de los fenómenos reales, de la vida del derecho, una teoría sin sustancia. En ese orden de cosas, el proclamado ideal de «pureza» científica y su consiguiente rechazo a toda intromisión valorativa o política en la ciencia es entendida como una mera expresión de la vieja ideología liberal del siglo pasado (10).

La Teoría Pura será presentada como un desarrollo extremista de la doctrina de Paul Laband, teórico de la monarquía constitucional alemana del siglo XIX (en especial por Heller, que la reduce a «labandismo», y Leibholz, que considerará a Kelsen como «el ejecutor testamentario de Laband»). Incluye la coherencia de los fundamentos kantianos de la construcción kelseniana (que se inspiran en buena medida en la «lectura» que de la obra de Kant había hecho la escuela de Marburgo, con H. Cohen a la cabeza) son cuestionados. No será errado situar esta reacción «antikelseniana» —sin, por tanto, reducirla— en el clima antiliberal, y en otros aspectos aún antirracionalistas, que conoce este período de la cultura alemana en los años de Weimar.

Como se ha dicho, el trabajo de Schmitt sobre el guardián de la Constitución no era el primero en que su autor «atacaba» las teorías de Kelsen. Un somero repaso de sus momentos salientes en los años veinte puede resultar interesante para observar cómo la polémica sobre la defensa de la Constitución se va conformando. Ya en *La dictadura* (1921; trad. española, Madrid, 1968), el jurista alemán reprochaba a Kelsen la confusión entre «norma de derecho» y «norma de realización del derecho», ironizando al respecto que para el jurista vienés la dictadura era un problema jurídico tanto como una operación de cerebro era un problema de lógica.

En la *Teología Política* (1922; trad. española, 1941, reed. 1975) —donde define como soberano a aquel «que decide sobre el estado de excepción» y sos-

phie, Tubinga, 1921. Las críticas de SANDER, que presentan problemas particulares de interpretación, se encuentran en «Rechtsdogmatik oder Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, 1921 (respuesta de Kelsen en la misma revista en 1922, «Rechtswissenschaft und Recht») y *Kelsens Rechtslehre*, Tubinga, 1923.

(10) Sobre esta «querrela de métodos», conserva su interés *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La filosofía del derecho en el siglo XX)*, de LUIS RECASENS SICHES, Barcelona, 1929.

tiene que un orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma—, Schmitt arremete contra la metodología kelseniana, y en particular contra el postulado neokantiano, de que la ciencia construye su propio objeto, que en la teoría kelseniana, según el jurista alemán, expulsa toda referencia a los problemas reales. Para Schmitt, el método de Kelsen, con su rechazo por los problemas sociológicos, se queda en la «antecámara de la ciencia del derecho».

Refiriéndose a los trabajos de Kelsen de ese período (11), Schmitt impugna la tesis normativista de la identidad entre orden jurídico y Estado, señalando que el método kelseniano desarrolla la vieja negación liberal del Estado por medio del derecho. Según el jurista alemán, Kelsen funda su teoría del Estado en una crítica del concepto de «sustancia», que es propio de las ciencias naturales, constituyendo una metafísica monista que expulsa la excepción y lo arbitrario. De acuerdo con Schmitt, por el contrario, la situación excepcional pertenece al derecho, siendo definido el Estado por el monopolio de la decisión. Para Schmitt, en el caso excepcional, «la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica», es allí donde la decisión se libera de toda obligación normativa y la norma «se reduce a nada».

En su ensayo *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy) (1923; trad. española, Madrid, 1990), Schmitt desarrolla con mayor precisión sus ideas con respecto al orden constitucional de Weimar. Para Schmitt, la «situación política» en la que el Parlamento fundaba su razón de ser había desaparecido. Aunque los «padres» de la Constitución weimariana, Naumann, Weber y Preuss, lo consideraban como la instancia para seleccionar los líderes políticos más capaces, éste no era ya más que una «cáscara vacía».

Schmitt distingue la democracia, entendida como homogeneidad, como similitud del liberalismo. Así, para el jurista alemán, el Parlamento, considerado como el lugar de la discusión pública para alcanzar la verdad, pertenece al horizonte metafísico del liberalismo, lo que explica los dos principios fundamentales del sistema: publicidad de la discusión y libertad de expresión. De la misma manera que los liberales consideran que la armonía surge de la libre competencia económica, se considera que la verdad es producida por el «libre conflicto de opiniones». Si por un lado existe una «fe» en la discusión, apunta Schmitt, la verdad, por el otro, deviene una mera «función». Para Schmitt, el concepto de democracia del liberalismo es un «concepto jurídico» (12).

(11) El ya citado libro sobre el problema de la soberanía, la primera edición de *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tubinga, 1920), *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tubinga, 1922; reimp., Aalen, 1981).

(12) En la *Teoría de la Constitución*, la democracia será cuidadosamente distinguida

En ese sentido, Schmitt critica el razonamiento kelseniano, que sostiene (con una referencia explícita a Weber) que el Estado puede ser tratado en la actualidad como una gran empresa económica (13). Para Schmitt, dicho análisis implica que el Estado pierde su carácter político en la medida que se lo analiza en una lógica de derecho privado. Por otro lado, para el jurista alemán, el Parlamento no se encuentra amenazado, como lo sostiene Kelsen, por el comunismo de un lado y el fascismo del otro, sino por la democracia de masas. Si en el texto las citas del jurista vienés son escasas, podemos entrever en él una crítica cerrada a las tesis kelsenianas sobre la democracia y el Parlamento sostenidas por aquellos años.

El concepto de política, publicado en primera versión en los *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* de 1927, puede ser considerado también como un jalón en la crítica antikelseniana de Schmitt (14). En dicho ensayo, el jurista alemán rechaza las construcciones de «teoría general del Estado» y la equiparación entre político y estatal, de la cual la obra de Kelsen representaba el intento más sistemático; en particular, cuando el jurista alemán escribe que «el concepto de política precede al concepto de Estado», siendo ella definida como la distinción entre amigo y enemigo.

A principios de 1925, y en dos obras diferentes, Kelsen se ocupará expresamente de Schmitt, haciendo una referencia crítica a sus ideas sobre el Parlamento. En la *Teoría general del Estado* (trad. española, 1934; reimp. México, 1973), en la que cita largos propósitos de Schmitt, Kelsen rechaza que la idea de Parlamento sea deudora de una metafísica del principio de armonía preestablecida. Es por ello que éste no busca nunca verdades definitivas o absolutas, tal como lo sostenía en su crítica el jurista alemán, sino una verdad relativa que permita instaurar un compromiso, que es la esencia de la democracia. Para Kelsen, por el contrario, tanto el Parlamento como la democracia son el producto de una ideología relativista y crítica que busca un *juste milieu* entre todas las posiciones enfrentadas (*op. cit.*, 453).

En su ensayo sobre *El problema del parlamentarismo* del mismo año (trad. española, Madrid, 1988), Kelsen señala que existe una contradicción en

una vez más del liberalismo, siendo definida por Schmitt como «identidad sustancial de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados» (Schmitt, 1928, 272). El concepto kelseniano de democracia ha perdido, según Schmitt, el sentido político, ya que no se plantea la cuestión de la sustancia de la igualdad democrática (*idem*, 292).

(13) La referencia a Weber, con una comparación entre éste y Lenin, que Kelsen había hecho en la primera edición de su estudio sobre la democracia ya citado (pág. 17, nota), desaparece en la segunda versión de 1929, sobre la que existe una traducción en español.

(14) Cf. Ch. SCHWAB (1970): *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlín.

el propio texto de Schmitt sobre el tema, que se ve obligado a admitir que el Parlamento sólo busca verdades relativas y no se funda en una metafísica absoluta. A este respecto, Kelsen cita un párrafo donde Schmitt escribe que en el Parlamento se alcanza «una verdad relativa», lo que para el autor de la Teoría pura —sin duda abusivamente— tira abajo toda la argumentación schmittiana. Kelsen define el sistema parlamentario como la «construcción de la voluntad normativa del Estado a través de un órgano colegiado elegido por el pueblo en base al derecho de sufragio universal e igual, por tanto democráticamente, según el principio de la mayoría».

La existencia de la democracia moderna para Kelsen está condicionada a que el Parlamento sea un instrumento «capaz de resolver las cuestiones sociales de nuestro tiempo». En la concepción kelseniana, como ya lo había escrito en 1920, la democracia no podía limitarse a la idea de libertad como autonomía política, sino que ésta debía amalgamarse, para su realización, con elementos que en principio le son extraños, como el principio de mayoría, la formación indirecta de la voluntad y la división social del trabajo.

Según Kelsen, los críticos del parlamentarismo como Schmitt se equivocan sobre la esencia que le atribuyen, que en realidad es un compromiso entre la libertad y la división diferencial del trabajo. Su valor está dado «en cuanto medio específico de carácter técnico-social para la producción del orden estatal» no como representante de la soberanía popular. El compromiso es la esencia de democracia —que expresa «la libertad del compromiso—, entendido éste como «posponer lo que separa a los asociados en favor de lo que los une», y es el Parlamento la técnica que mejor permite alcanzar dicha vía intermedia.

El ataque corporativo contra el Parlamento representa, para Kelsen, la reacción de la burguesía ante la posibilidad que el proletariado alcance la mayoría. En la concepción kelseniana, como otrora el Parlamento permitió la emancipación de la burguesía de la nobleza, más tarde él permite la «equiparación política del proletariado y su emancipación moral y política de la burguesía». De acuerdo con Kelsen, el Parlamento es la expresión de una sociedad dividida desigualmente en dos clases, y representa el estado real de los intereses.

Kelsen no volverá a ocuparse expresamente de Schmitt en la segunda (y considerablemente modificada) edición de *Esencia y valor de la democracia*, de 1929, donde parece más ocupado en discutir con el marxismo. Cuando se refiere a los teóricos conservadores, empero, le dedica sucesivos ataques a ciertas concepciones antiparlamentarias, que pueden presentar ciertas afinidades con las ideas schmittianas (como, por ejemplo, los análisis de Triepel).

Como se puede apreciar, los juicios de Schmitt sobre la realidad históri-

ca del Parlamento y su concepción de la democracia como homogeneidad sustancial, representaban la exacta oposición del pensamiento político de Kelsen, que desde 1920 situaba la esencia de la misma en el compromiso de intereses, y consideraba al Parlamento como la única forma «real» para realizarla en la actualidad. En ese sentido, aquello que para Schmitt [y de alguna manera también para el redactor del texto constitucional weimariano, Hugo Preuss (15)] no era más que una contingencia histórica, a saber, el hecho que ninguno de los partidos políticos alemanes estaban en condiciones de imponer su programa a la caída del Imperio, constituía para Kelsen un principio o, cuando menos, un concepto insoslayable.

II. LA JUSTICIA COMO DEFENSORA DE LA CONSTITUCION (16)

Es sobre todo a su gran obra sistemática del período de Weimar, *La teoría de la Constitución* (1928; trad. española, 1934; reimp. 1982), que pueden reconducirse con mayor precisión conceptual los presupuestos teóricos de las tesis schmittianas del «guardián de la Constitución» y sus embates contra la doctrina kelseniana.

En dicha obra, Schmitt pasa revista a los diferentes conceptos de «Constitución»; así distingue sus conceptos en: absoluto (un todo unitario), relativo (pluralidad de leyes particulares), positivo (decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política) e ideal (un cierto contenido), al interior de los cuales se establecen otras distinciones. En la teoría kelseniana, según el jurista alemán, el concepto de Constitución es absoluto, para el cual la Constitución es el Estado entendido como unidad de normas jurídicas, como «algo normativo, un simple “deber ser”», «Constitución = norma de normas»; sin embargo, dicho concepto, sin los principios metafísicos del Derecho natural

(15) Así, en un ensayo de 1919, éste escribía que la Constitución había nacido en un momento en que ningún partido político estaba en condiciones de imponer su sello (véase H. PREUSS: *Staat, Recht und Freiheit*, Tubinga, 1926; los artículos sobre Weimar a partir de 1918, páginas 363 y sigs.). Sin embargo, contrariamente a Schmitt, Preuss consideraba que este compromiso podía llevarse adelante de manera duradera, construyendo una república que escapara al dilema de «bolchevismo o terror blanco». Un comentario en este sentido se encuentra en la interesante introducción de Racinaro a la traducción italiana de *Socialismo y Estado*, de HANS KELSEN (México, 1982).

(16) Schmitt había dedicado un artículo con este título en 1929, donde analizaba en detalle la sentencia del 4 de noviembre de la Reichsgericht, recogido luego en CARL SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958. Estos análisis serán incorporados, resumidos y reelaborados en «La defensa de la Constitución», sobre el que centraremos el análisis.

burgués «se ha relativizado hasta convertirse en concepto de ley constitucional en concreto» (*op. cit.*, 36).

Para Schmitt, por el contrario, hay que distinguir entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado, este último entendido como la unidad política de un pueblo. En ese sentido, de acuerdo con la clasificación propuesta por Schmitt, la Constitución en sentido «positivo» es la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y la forma de la unidad política. Así, Schmitt distingue Constitución (*Verfassung*) de ley constitucional (*Verfassungsgesetz*). La ley constitucional, presupone una Constitución y un concepto de Constitución es sólo posible a partir de dicha distinción. Toda la teoría de la Constitución de Schmitt se construirá sobre esta división conceptual.

El acento de la definición de Constitución en sentido positivo de Schmitt está puesto en la noción de poder constituyente, entendido como «voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo». En ese sentido, para Schmitt, «una Constitución no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser» (*ídem*, 87), oponiendo una vez más en su teoría, norma y existencia.

En esta obra, paradójicamente, Schmitt no se ocupa especialmente del problema del guardián de la Constitución. El jurista alemán sólo se referirá a su interpretación del artículo 48 en un apartado del capítulo 11 de la primera sección («Conceptos derivados del de Constitución») en términos de dictadura comisaria del presidente, que es el concepto en que subsume el análisis del art. 48 de la R. V. hasta 1929 (17).

El jurista alemán hará referencia también a la distinción entre «litigios constitucionales», que son siempre «políticos», y las «dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales» (*op. cit.*, 146 y sigs.). Para Schmitt, la comprobación de la constitucionalidad de las leyes a aplicar por los tribunales es una exigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca «apolítica», por tanto, en el razonamiento de Schmitt, «el establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de Derecho». La determinación de un con-

(17) En ese sentido, de acuerdo con el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar, el presidente del Reich puede suspender la ley constitucional para defender la *Constitución*, instaurando una dictadura comisaria.

cepto claro de «litigio constitucional» será para el jurista alemán en su obra de 1931 la «primera condición de toda “justicia constitucional”».

El libro de Schmitt sobre *La defensa de la Constitución* continúa con la polémica anti-kelseniana (18). Para Schmitt, «toda la aberración (de la teoría de Kelsen) se manifiesta en el problema del protector o garante de la Constitución».

Es fundamental, antes de adentrarnos en este trabajo, recordar que el problema de los tribunales de control de constitucionalidad estaban directamente relacionados con la teoría, y aún más, con la persona de Kelsen. Era el jurista vienés el que había concebido la institución para la Constitución austríaca de 1920, la *Verfassungsgerichtshof* (19). Por su biógrafo y amigo Métall sabemos la importancia que Kelsen le otorgaba a dicha «creación», a la que consideraba «la pieza jurídica central» de la Constitución austríaca y la que le daba su sello (20).

Sin embargo, el valor de dicho instituto no se limitaba, para Kelsen, a la utilidad de una técnica de política del Derecho, al orgullo por la original creación de un novedoso instituto jurídico, sino que estaba relacionado de manera directa y estrecha con su concepción de la democracia. Según Kelsen, los tribunales constitucionales constituían «un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento», ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte constitucional constituía un supertribunal.

Pero también representaba una garantía para la voluntad del Parlamento expresada en las leyes, ya que incluso en una democracia parlamentaria, el segundo grado de la formación de la voluntad estatal, la ejecución por la burocracia, presentaba para Kelsen un carácter inevitablemente autocrático. El control constitucional de los reglamentos de ejecución era un arma para atemperar este carácter del Estado moderno en interés de la democracia.

«El destino de la democracia moderna —escribía Kelsen en la segunda edición de su ensayo sobre la *Esencia y el valor de la democracia*— depende en gran medida de una organización sistemática de todas las instituciones de control, la democracia sin control no puede durar». En ese sentido, el con-

(18) Aunque el interés conceptual del ensayo schmittiano no se agota de ninguna manera en la crítica antikelseniana, es sobre este aspecto que centraremos nuestro análisis.

(19) Sobre el Tribunal Constitucional austríaco, su génesis y sus características se puede ver el clásico trabajo de CHARLES EISENMANN (1928): *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París (reimp. 1984).

(20) Cf. R. MÉTALL: *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, 1976, especialmente páginas 54 y sigs.

trol por un tribunal especial, cuyos miembros eran elegidos por el Parlamento, y no por los jueces ordinarios (21), era visto por Kelsen como una forma de escapar a la burocracia judicial, que había sido mantenida en sus cargos luego de la caída de las Monarquías, y que tenía, con razón, por conservadora y reaccionaria.

En su ensayo de 1928 sobre la justicia constitucional (22), señala que la Constitución (*Verfassung*) es siempre el fundamento del Estado, es un principio que «expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en el momento en que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas». En ese sentido, ella regula la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación. La justicia constitucional se encarga del control de leyes, reglamentos, actos de ejecución y tratados internacionales subordinados a la Constitución.

En *La teoría general del Estado*, Kelsen había distinguido entre Constitución en sentido lógico-jurídico y Constitución jurídico-positivo. La norma fundamental (*Grundnorm*) es una Constitución en sentido lógico-jurídico (*Konstitution*) cuando ella instituye el primer órgano creador del Derecho. En dicha *Konstitution* se basa el primer acto legislativo, la unidad del orden jurídico, pero ésta es de carácter ideal, una hipótesis lógica, tendiente a ordenar el material jurídico en un sentido científico (*op. cit.*, 325) (23).

Conforme a las ideas kelsenianas, el órgano encargado del control de la Constitución debe ser distinto e independiente del Parlamento y del Gobierno, que son los principales sujetos a controlar por la vía de las leyes y reglamentos (de ejecución o con fuerza de ley). En el plano técnico, Kelsen propone un tribunal cuya sentencia anule con carácter general el acto in-

(21) Es interesante notar que los más fervientes sostenedores del control constitucional en los debates de la asamblea constituyente de Weimar habían sido los socialistas independientes (U.S.P.D.) (cf. E. VERMEIL: *La Constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande*, Estrasburgo, 1928, 211) y que había tenido la oposición cerrada de las fuerzas de derecha que se oponían a todo tipo de control. El U.S.P.D., cuya mayoría entrará en el partido comunista en 1920, era la fuerza más izquierdista al interior de la asamblea constituyente.

(22) *La garantía constitucional de la Constitución (La justicia constitucional)* (trad. española de la versión francesa, Madrid, 1984).

(23) La misma distinción se encuentra en un ensayo de Kelsen sobre las tres funciones del Estado. En el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, de 1923, establece la paternidad de la distinción de la *Grundnorm* como *Konstitution* a su entonces discípulo A. von Verdross.

constitucional, incluidas las leyes del Parlamento, ya que éste está subordinado a la Constitución, y respecto a ella «aplica Derecho», es decir, las normas constitucionales.

El jurista vienés reconoce que un Tribunal Constitucional, así entendido, excedería una función estrictamente jurisdiccional, lo que lo convierte en «un legislador negativo»; aunque se apresura a precisar que con menos poder que el Parlamento, que tiene pocas limitaciones en cuanto al contenido legislativo, en tanto que la justicia constitucional se atiene a anular una ley tomando en cuenta principalmente el procedimiento de creación. En última instancia, en la concepción kelseniana, el Tribunal Constitucional tiene una importancia política de primer orden: él es «la garantía de paz política en el interior del Estado».

Kelsen, que consideraba que «la doctrina de la separación de poderes» permitía al monarca recuperar parte de su poder, que le habían sacado los Parlamentos, por intermedio de la ejecución de las leyes, verá en el rechazo de los Tribunales Constitucionales un resabio de las teorías del constitucionalismo monárquico, que para paliar dicha pérdida de poder del soberano, sostenían que la promulgación del monarca bastaba como garantía de la constitucionalidad de las leyes, en detrimento de la representación popular.

Sin embargo, es importante tener presente que una diferencia muy importante existía entre las soluciones previstas en las Constituciones alemana y austríaca sobre el problema del control de constitucionalidad de las leyes (24). El texto de la de Weimar, luego de importantes discusiones en la Asamblea constituyente, no hacía referencia a ninguna institución precisa, lo que lo convertía en un sistema de control, que siguiendo una tradicional clasificación, ya presente en el ensayo de Schmitt, podemos definir como «difuso», es decir, susceptible de ser ejercido por todos los jueces por vía incidental, tal como había sido confirmado por sentencia de la *Reichsgericht* del 4 de noviembre de 1925.

Por su parte, la Constitución austríaca, normaba un control «concentrado» de competencia directa, asignada a la Corte Constitucional. En el sistema austríaco, artículos 137-148 de la Constitución Federal, la *Verfassungsgerichtshof* tenía la competencia exclusiva en materia de constitucionalidad, ya sea en forma directa (de oficio), o por acción de determinados órganos estatales expresamente autorizados. Por vía principal, como lo recuerda Cap-

(24) Cf. M. CAPPELLETTI: «El control judicial de las leyes en el derecho comparado», en *Justicia Constitucional Comparada*, México, 1978. El jurista italiano distingue en su estudio (págs. 25 y sigs.) la justicia constitucional del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que es un aspecto (esencial) de aquella y donde incluye al tribunal austríaco.

pelletti, esta acción se ejercía independientemente del caso concreto y de manera autónoma. Los jueces ordinarios no sólo no podían ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, sino que tampoco estaban facultados para pedirlo (sólo podían solicitar el de legalidad de los reglamentos en determinados casos). Dicha legitimación estaba limitada al Gobierno Federal, sobre las leyes y decretos de los Gobiernos de los *Länder*, y a la inversa, a los Gobiernos provinciales sobre las leyes y decretos del Gobierno Federal. La sentencia de la Corte tenía la fuerza de una ley posterior, que anulaba la anterior, lo que le daba, como lo remarcan unánimemente todos sus comentaristas, un enorme poder (25).

El papel de Kelsen con respecto a la justicia constitucional austríaca estaba lejos de haberse limitado a la concepción de tal instituto, sino que además integraba dicho tribunal con carácter de juez vitalicio y relator permanente. Pero la Corte fue parcialmente reformada por la *novelle* de 1929 [a la que, dicho sea de paso, no era extraño el conflicto entre la Corte y el Ejecutivo sobre las dispensas matrimoniales, en el que el voto particular de Kelsen habría desempeñado un papel importante (26)] que, entre otras modificaciones (27), preveía la forma de elección de los miembros directamente por el Gobierno y ya no por el Parlamento, quedando los jueces vitalicios cesantes a partir del 15 de febrero de 1930. Este hecho, no exento de agravios personales y sumado a otros ataques universitarios, determinó para Kelsen su partida de Austria y la aceptación de un puesto en la Universidad de Colonia a finales de 1930.

Schmitt dedicará la primera parte de su argumentación a rebatir el carácter judicial de la función de protección de la Constitución, ya sea como instancia única, como lo planteaba la solución kelseniana (28), o con carácter di-

(25) Según EISENMANN (*op. cit.*, 175), era «una jurisdicción política suprema».

(26) Sobre los pormenores de dicho conflicto, véase MÉTALL: *op. cit.*

(27) La reforma extendía la posibilidad de demandar el control de constitucionalidad a los tribunales superiores en lo administrativo y judicial, lo que para Cappelletti implicaba ciertamente una mejora. Los otros defectos que el especialista en control de constitucionalidad señala en el sistema austríaco, dejar fuera de control las leyes que atentaban contra los derechos constitucionales individuales y el carácter simplemente «discrecional» de la acción indirecta (lo que permitía dejar pasar, en función de componendas políticas, leyes dudosas) no fueron modificados. Kelsen considerará esta reforma como el inicio virtual de la toma del poder del fascismo en Austria (cfr. KELSEN: «Judicial Review of Legislation. A Comparative study of the Austrian and American Constitution», en *The Journal of Politics*, 4, 1942).

(28) Si las soluciones de Kelsen sobre el tema eran las más sistemáticas y ya habían sido aplicadas en Austria, no era el único teórico que sostenía estas ideas. Para un primer panorama doctrinario en Alemania, véase CARL FRIEDRICH: «The issue of judicial review in Germany», en *Political Science Quarterly*, vol. XLIII, 2.

fuso. En una sentencia de 1927, la *Staatsgerichtshof*, que había sido prevista por el art. 19 de la R. V. (29), y había sido instituida por ley en 1921, se había declarado, asimismo, como lo recuerda Schmitt, «protector de la Constitución del Reich». Para Schmitt, los Tribunales de Justicia pueden controlar las leyes simples con respecto a la ley constitucional, pero no pueden defender ni proteger la Constitución (Schmitt, *op. cit.*, 43, 55). De este modo, Schmitt distingue entre *control judicial* y *protección política*, distinción esta que se deriva directamente de la separación schmittiana fundamental, ya expresada en la *Teoría de la Constitución*; entre *Constitución*, entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado, como forma sustancial de la unidad política, y *ley constitucional*, como la realización normativa, que presupone aquélla como su fundamento.

Una Corte de Justicia puede ser protector de la Constitución, según Schmitt, sólo en un Estado «que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios» (idem, 46). Este era el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del *leading case* «Madison vs. Marbury» de acuerdo a los fundamentos del voto del *chief-justice* Marshall.

En Alemania, por el contrario, el control judicial que ejercen en última instancia los tribunales con respecto al texto constitucional tiene carácter accesorio, difuso y ocasional, no es «protector y defensor» del orden social y económico existente como en Estados Unidos. Esto es así porque la Administración de Justicia se encuentra enteramente sujeta a normas jurídicas que permiten una subsunción concreta, precisa y limitada. Los tribunales no son protectores de la Constitución, aunque ejerzan el control judicial de manera accesoria y difusa. La no aplicación de leyes anticonstitucionales sólo «puede contribuir» al respeto de la Constitución, pero no a su defensa. Según Schmitt, «el protector no debe ser abstracto, sino que ha de proteger contra peligros determinados y concretamente temidos» (*op. cit.*, 60). Gráficamente, las ideas de Schmitt podrían expresarse del siguiente modo:

	TRIBUNAL	PRESIDENTE
CONSTITUCIÓN	<i>contribuye al respeto</i>	<i>protege</i>
LEY CONSTITUCIONAL	<i>controla</i>	

(29) El art. 19 de la Constitución alemana decía: «Los litigios de orden constitucional que surgiesen en un Land que no posea una jurisdicción para su solución, así que las demandas de derecho privado entre Länder o entre Reich y un Land serán juzgados, por demanda de una de las partes en causa, por el Tribunal Supremo del Reich, salvo que otra jurisdicción federal sea competente. La sentencia del Tribunal será ejecutada por el presidente del Reich».

Para Schmitt, la solución propuesta por Kelsen, es decir, un Tribunal Constitucional Central que concentra y monopoliza el control de la Constitución, trae aparejado «una politización de la justicia» (*Politisierung der Justiz*), más que «una judicialización de la política» (*Juridifizierung der Politik*). Ella es el producto de una teoría que trabaja con «ficciones», con «formas», sin tener en cuenta los «contenidos», ignorando las diferencias efectivas entre Constitución y ley constitucional, tal como la teoriza «una teoría concreta de la Constitución» (ídem, 60).

Siempre en el análisis schmittiano, la defensa de la Constitución se realiza actualmente frente al legislador y «sus variables mayorías parlamentarias (contrariamente al siglo XIX, en el que se hacía frente al soberano, y dicha protección recaía en el Parlamento)» (30). La teoría kelseniana sería, según Schmitt, deudora de la tradicional doctrina de la separación de poderes, y de la tradición del Estado judicial medieval. A un juez no se le puede transferir la decisión en materia política sin alterar su posición constitucional. Si bien Schmitt admite que en toda sentencia judicial, aún entendida como subsunción concreta del caso particular a la norma general, hay un elemento de decisión autónomo, no derivado directamente del contenido de la norma, que se limita en el mayor de los casos a una decisión autoritaria que elimina la duda —y esto, como él mismo recuerda (ídem, 90), desde sus primeros trabajos de los años diez—, parece luego revenir sobre tales ideas en la obra que nos ocupa.

En una Constitución de Estado de Derecho, que a juicio de Schmitt debe contar con una efectiva división de poderes, el juez sentencia «sobre la base de una ley y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y conmensurable que se halla ya contenida en la ley» (*op. cit.*, 79). Schmitt se funda así en la «diferencia real» entre justicia y legislación, entre norma justiciable y no justiciable, para rebatir el postulado kelseniano que considera que es igualmente derecho a la ley, la sentencia judicial y el acto administrativo, existiendo sólo una diferencia de grado. Kelsen, según Schmitt, no diferencia entre «las diversas acepciones de la palabra “Constitución”», como tampoco las «diversas clases de “normas”, sino que las confunde unas con otras» (ídem, 82). La teoría kelseniana de la estructura jerárquica del orden jurídico es «un vacío sistema teórico-jurídico», que no resuelve el fun-

(30) Paradójicamente, el primero en sostener que en la actualidad las garantías para la Constitución se reclamaban contra el Parlamento, a diferencia que durante la lucha por la monarquía constitucional, donde se reclamaban contra el gobierno, fue el maestro de Kelsen, G. Jellinek, en su escrito *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, de 1885 (cf. EISENMANN: *op. cit.*, 157 y sigs.).

damento teórico-constitucional, y que hace consistir a la justicia constitucional en «una justicia de normas sobre normas».

Para Schmitt, por el contrario, una ley (más fuerte) no puede ser protectora de otra ley (más débil), ya que en tal caso no hay un «hecho a subsumir», sino una decisión que afecta el contenido de la ley constitucional, y para el jurista alemán «toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador» (*op. cit.*, 89). Sin embargo, como ya hemos visto, esta era la posición de Kelsen respecto a un Tribunal Constitucional.

En *La defensa de la Constitución*, el jurista alemán repetirá que la situación constitucional alemana se caracteriza por el hecho de que muchas normas y disposiciones del siglo XIX han sido conservadas en un contexto histórico completamente diferente. Dichas normas se basaban en la separación Estado-sociedad entendida como contradicción. El Estado del siglo XIX no intervenía ni en el área económica ni en el área religiosa, era un Estado neutral. La Constitución era entendida como un contrato entre el pueblo, representado por el Parlamento, y un príncipe forzado a realizarla.

Así, de acuerdo con Schmitt, los Estados pueden ser clasificados, de acuerdo a la función estatal que predomina en ellos, en tres tipos: Estado legislativo, Estado ejecutivo y Estado de jurisdicción. Si bien no existen formas puras, cada Estado histórico presenta una forma preponderante. El Estado medieval es un Estado de jurisdicción, y la doctrina anglosajona es su expresión teórico-conceptual, el Estado absolutista es un Estado ejecutivo y el Estado liberal del siglo XIX es un Estado legislativo.

En un Estado de jurisdicción (como los Estados Unidos) puede existir una Corte de Justicia como guardián de la Constitución en la medida que no existen normas que obligen al juez a subordinar su decisión. Por el contrario, en un Estado legislativo no puede haber «justicia constitucional», ya que la justicia no decide por ella sola, sino a través de las normas que le dicta el Parlamento, a las cuales está subordinada. En un Estado legislativo, por tanto, sería el Parlamento el guardián de la Constitución, en tanto representante de la unidad de la nación frente al monarca, y la defensa de la Constitución se realiza frente a los eventuales abusos del Ejecutivo.

Paralelamente, según Schmitt, existe una evolución histórico-dialéctica del Estado en tres etapas: que del Estado absolutista de los siglos XVII-XVIII al Estado total del siglo XX, pasando por el Estado neutral del siglo XIX. Para Schmitt, la oposición Estado-sociedad que fundaba el Estado legislativo como Estado neutral ha desaparecido, y éste, abandonando su antigua neutralidad, comienza a intervenir en todas las áreas sociales, convirtiéndose así en la «auto-organización de la sociedad», y, por ende, todos los problemas se vuel-

ven estatales. Es por ello que la protección de la Constitución, según el jurista alemán, comienza ahora a reclamarse contra el Parlamento y su voluntad expresada en las leyes. Una primera reacción lo constituye el querer controlar las leyes por la justicia, es decir, por intermedio de los tribunales, pero esta no es más que una solución «intuitiva» y, para Schmitt, ignora la superioridad del Parlamento sobre la justicia que es característica de los Estados legislativos, en la medida que esta sentencia a través de leyes dictadas por aquél o por principios indeterminados.

En dicha circunstancia, los partidos políticos se convierten en estructuras fuertes, que representan intereses, clases y religiones, y el Parlamento se reduce a un escenario de luchas y repartición que ya no garantiza la unidad de la voluntad del pueblo, degenerando en un «Estado pluralista». En un Estado legislativo en transición al «Estado total», cuyo Parlamento es incapaz de decidir, dominado por mayorías «lábilés» de grupos heterogéneos, la fidelidad al Estado es reemplazada por la fidelidad a la organización social, peligrando así la unidad del Estado.

Luego de pasar revista a una serie de remedios, que van desde un establecimiento de incompatibilidades entre cargos parlamentarios e intereses económicos hasta hacer reflotar los elementos burocrático-neutrales del Estado alemán, pasando por la adopción de una Constitución económica (fascista o soviética), que son descartados uno a uno por diversas razones; Schmitt concluye que el problema de la defensa de la unidad del Estado recae en el otro representante popular (con carácter plebiscitario) que la Constitución instaura: el presidente del Reich, que Schmitt considera como el representante del pueblo en su unidad, por encima de los intereses parciales y la lucha de los partidos políticos.

Como podemos observar, la crítica de Schmitt al régimen de Weimar se torna cada vez más nítida. En su opinión, la crisis que éste atravesaba era el producto de la falta de «sustancia política» en su Constitución. En el momento de su creación en 1918, el Reich no contaba con toda su soberanía, condicionado como estaba por el Tratado de Versalles. Para Schmitt, por otro lado, la Constitución de Weimar era una Constitución «póstuma», ya que realiza los ideales liberales del Estado de Derecho de la fracasada Revolución de 1848 (derechos fundamentales del individuo y división de poderes), reduciendo su decisión a la forma política del Reich: una democracia constitucional de Estado burgués de Derecho.

En la interpretación schmittiana, el artículo 19 de la R. V. sólo preveía la competencia del Tribunal Supremo del Reich exclusivamente para litigios dentro de un territorio, pero no debían extenderse a las cuestiones constitucionales que afectasen al Reich (Schmitt, *op. cit.*, 104 y sigs.). En consecuencia,

un control como el propuesto por Kelsen no cumpliría una función judicial, sino una «turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento».

Un Tribunal de Justicia como aquel propuesto por Kelsen sólo es posible, según Schmitt, si se considera la Constitución como un contrato o compromiso, y, por tanto, un tribunal se podría situar por arriba de los litigios y los intereses de la sociedad. Pero para Schmitt la reproducción de este esquema a escala societaria implica reconocer como «parte» los diferentes grupos sociales, convirtiendo al Estado en un «Estado pluralista». La defensa de la Constitución, escribe Schmitt, no puede entenderse con la idea de un «proceso civil». El único elemento contractual de la Constitución weimariana es la organización federal, para lo cual el tribunal previsto en el artículo 19 es competente. La idea kelseniana de Constitución como contrato es producto de entender el Estado y la democracia como compromiso, y la *Constitución = Ley constitucional = norma*. En ese sentido, el litigio constitucional es pensado bajo el esquema conceptual de derechos subjetivos, pero se debe separar una vez más «la protección de la Constitución de los simples preceptos constitucionales» (*op. cit.*, 221) (31).

Schmitt concluye que la Constitución del Reich «afirma la idea democrática y de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán que, en virtud de su poder constituyente se ha dado asimismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir, mediante un acto unilateral» (ídem, 113) y, en virtud de dicha decisión «el Reich alemán es una democracia constitucional», cuyo protector es el presidente conforme con el artículo 48 de la R. V.

Ya en la *La dictadura* y en la *Teología política* consideraba que dicho artículo instauro el carácter soberano del presidente, pero el hecho de proclamar el «estado de excepción» bajo el control del Parlamento corresponde todavía, para Schmitt, a las tendencias del Estado de Derecho liberal que intenta evacuar el problema de la soberanía repartiendo las competencias y previendo controles recíprocos.

El art. 48, que, como hemos visto, permitía el uso de la fuerza pública contra un *Land* cuando éste se negaba a aplicar las decisiones del Gobierno central (primera parte) y tomar las medidas necesarias —incluso la suspensión de las garantías constitucionales— para restablecer el orden y la seguridad pública perturbados o amenazados (segunda parte), había estado en el cen-

(31) Más allá de los ecos innegablemente hegelianos en esta crítica schmittiana de la Constitución como contrato, entendida con lógica de derecho privado, ella se inspiraba en las críticas contra la corriente alemana de derecho público de Gerber y Laband, que había aplicado los principios de la escuela pandectista al estudio del derecho público. Kelsen había tomado distancia de esta escuela desde sus primeros escritos, y en su crítica a Schmitt hará una referencia crítica a la «jurisprudencia de conceptos».

tro de la preocupación de los constituyentes de 1919 como instrumentos para garantizar el federalismo y consolidar el nuevo orden político.

En 1924, durante las jornadas de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores alemanes de Derecho público) de Jena, Schmitt, junto con E. Jacobi, centralizará la atención del debate con sus tesis sobre la dictadura del presidente del Reich, basada en el citado artículo, que tendrá una importante repercusión en la doctrina alemana de la época (32). Schmitt llamaba allí la atención sobre la segunda parte del art. 48, que según nuestro autor permitía la instauración, aunque con ciertas vacilaciones, de una dictadura comisaria en la figura del presidente del Reich (33).

El presidente del Reich representaba en la concepción de Schmitt un «poder neutral, mediador, regulador y tutelar» (Schmitt, *op. cit.*, 220), árbitro neutral que si bien no se encontraba por encima de los otros órganos políticos, estaba más allá de conflictos y clases, lo que lo convierte en el guardián de la Constitución en su carácter de representante del pueblo como unidad. En el presidente, según Schmitt, se materializa la «aclamación» del pueblo de manera unitaria, como forma de representación democrática por excelencia, contrariamente al Parlamento, que es expresión de una voluntad dividida por los diversos intereses que representan los partidos políticos.

El jurista alemán, en síntesis, apoya su teoría del defensor de la Constitución con una triple serie de argumentos: legales, históricos y doctrinarios que, en un razonamiento típicamente schmittiano, se encarnan unos sobre otros. Así, en lo legal, se apoya en una interpretación, sin duda extensiva, del apartado segundo del art. 48 de la R. V., que había sido previsto para garantizar el federalismo y preservar el orden interno. En lo histórico, se basa en la situación del Parlamento de Weimar, que, desgarrado por la lucha de partidos y las mayorías inestables, «discute», pero es incapaz de decidir, y por tanto de garantizar, la unidad del pueblo alemán. En lo doctrinario, por último, fundamenta su interpretación con la teoría del monarca como *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*, que Benjamin Constant había desarrollado en el período posnapoleónico, en la cual puede reconocerse, según Schmitt, la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, interpretada en el sentido del principio decimonónico que el monarca «reina pero no gobierna» (34).

(32) *Die Diktatur des Reichspräsident nach art. 48 der Weimarer Verfassung*. A partir de 1928 este trabajo se incorporará como anexo en las nuevas ediciones de *La dictadura*.

(33) Si bien el jurista alemán enuncia algunos de estos principios por primera vez bajo el gobierno del socialdemócrata Ebert, a los ojos de Schmitt, Hindenburg presentaba sin duda otra «legitimidad»: éste había sido electo por el pueblo, en tanto que el primero lo había sido sólo por una asamblea representativa.

(34) Schmitt no parece especialmente preocupado en encadenar sus análisis sobre el

Estas ideas de Schmitt, que había apoyado públicamente la decisión de Brüning de gobernar por reglamentos presidenciales y dedicaba todo el último punto de la segunda parte de su ensayo a sostener doctrinalmente dicha medida contra la reserva financiera de la Constitución, tendrán otra ocasión de ser puestas en práctica en 1932, esta vez por él mismo, en el dictamen que como consejero jurídico del Gobierno central el jurista alemán rindiera ante el Tribunal Supremo en Leipzig en el conflicto de éste con el Gobierno de Prusia.

Prusia era el único *Land* donde a esa fecha se mantenía en el poder la «coalición de Weimar», bajo la dirección de los socialdemócratas. El propio Schmitt había llamado la atención sobre la importancia jurídico-constitucional de sus consejos «más grande de lo que podría interpretarse aplicado de modo literal el texto de la Constitución vigente en el Reich» (*op. cit.*, 95). Con el pretexto de reprimir adecuadamente focos de rebelión comunista en Berlín, el canciller federal Von Papen, destituye al Gobierno prusiano por un decreto presidencial del 20 de julio, invocando como fundamento la primera parte del art. 48 de la R. V., y transfiere sus poderes al Gobierno Federal. El Gobierno destituido, descartando toda forma de acción directa, presenta un recurso ante la *Staatsgerichtshof*, que en su fallo reconocerá que no es aplicable al caso la primera parte del art. 48, pero convalidará de todas formas la medida, fundándose en la segunda parte del citado artículo. Schmitt (junto con Jacobi, Hoche y Bilfinger) había dictaminado como perito por el Gobierno Federal y en calidad de tal había rendido un memorándum (35), en tanto que como expertos por el Gobierno prusiano habían obrado, entre otros, Hermann Heller, Arnold Brecht y Gerhard Anschütz. Kelsen criticará dicho fallo en un artículo, «Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932», publicado en el número 8 de la misma revista *Die Justiz* que publicara un año antes su comentario al libro de Schmitt, sin ninguna referencia especial a las ideas o posiciones de este último (36).

guardián de la constitución con sus anteriores desarrollos sobre la dictadura comisaria, a los que apenas dedica algunas referencias con respecto al problema de los decretos-leyes financieras del gobierno Brüning, pese a que, como hemos visto, él habla en sus primeros trabajos sobre el art. 48, de «dictadura» del presidente.

(35) *Schlussrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig* (recogido posteriormente en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles (1923-1939)*, de 1940), donde defiende la medida apoyándose en sus tesis sobre el presidente del Reich como guardián de la Constitución (especialmente pág. 185). La versión estenográfica del proceso fue publicado con el título *Preussen contra Reich* por la misma editorial, J. H. W. Dietz de Berlín, que editaba las obras de Marx y Engels, y el periódico socialdemócrata *Die Gesellschaft*, en cuyas columnas hubo un importante eco de la sentencia (con artículos, entre otros, de O. Kirchheimer), lo que prueba la importancia que revistió este fallo para la izquierda alemana en particular y la república de Weimar en general.

(36) La destitución del gobierno prusiano y su posterior convalidación judicial es con-

III. ¿QUIEN DEBE SER EL GUARDIAN DE LA CONSTITUCION?

La larga reseña crítica que Kelsen le dedicara al ensayo de Schmitt (37) sobre el guardián de la Constitución presenta, a nuestro entender, un gran interés, en la medida que permite apreciar con claridad hasta qué punto son muchas veces infundados aquellos análisis, que de un lado y del otro, nos presentan al autor de la Teoría pura como un teórico despreocupado de los problemas concretos, como un jurista ajeno a lo político.

Las consideraciones de Kelsen se desarrollan en tres niveles de análisis diferentes.

Por un lado, el jurista vienés acomete la defensa de sus teorías a favor del control jurisdiccional de la Constitución, tal como lo argumentaba en sus escritos precedentes sobre la materia.

En otro plano, Kelsen se empeñará en demostrar el carácter «tradicional» y nada novedoso de la argumentación schmittiana a la luz de la Teoría pura, sobre todo en relación a dos puntos: la teoría de la interpretación judicial como *Rechtsautomat* y función apolítica, y la noción del presidente del Reich como «poder neutro».

Finalmente —y como en casi todas sus polémicas—, Kelsen busca probar la naturaleza «ideológica», no científica, de los conceptos de su oponente, que genera como consecuencia un carácter ficcional de sus proposiciones, y lo hace caer en una doble confusión entre «teoría jurídica» y «política del Derecho» (aspectos que Kelsen había distinguido en su escrito sobre la justicia constitucional), y, en un sentido más amplio, entre ciencia y política. Para Kelsen, Schmitt confunde un problema de política del Derecho con uno de Teoría general del Derecho, que en la argumentación schmittiana, no es «científica», sino meramente ideológica.

El autor de la Teoría pura emprenderá la polémica considerándola una discusión sobre el problema de la justicia constitucional, es decir, un instituto encargado de controlar la conformidad de los actos estatales (del Parlamento y del Gobierno) con respecto a las normas constitucionales. En ese sentido, sostiene que la distinción schmittiana entre «control» y «defensa» de la Constitución es meramente terminológica. El principio central que debe afirmarse para Kelsen es que «nadie puede ser juez de su propia causa»: lo esencial

siderada como el prelude fatal al advenimiento del Tercer Reich por K. LÖWENSTEIN en «Germany and Central Europe», en *Governments of Continental Europe* (editado por J. Shotwell), Nueva York, 1945, pág. 353.

(37) *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlín, separata de *Die Justiz*, 1931.

es que el control sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, ya que de esta manera se puede evitar las violaciones constitucionales de los dos órganos titulares del poder en la Constitución de Weimar, a saber, el Parlamento y el Gobierno, pero pueden quedar abiertas las cuestiones de su organización de la forma más democrática y efectiva (*op. cit.*, 5). Kelsen sostiene que nada impide, aunque podría discutirse si dicho método es el adecuado, que el Tribunal Constitucional sea elegido por el pueblo directamente, como lo era el presidente en la Constitución de Weimar (*ídem*, 50 y sigs.).

A lo largo de su «respuesta», Kelsen se basará en su teoría de la creación del orden jurídico por grados, la *Stufenbaulehre*, que Schmitt había considerado en su libro «una antropomorfización insensata y confusa de la “norma” y una improvisada alegoría». Así, como lo escribía en su trabajo sobre la justicia constitucional: «En tanto que la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, la legislación es frente a ella aplicación del Derecho... el Derecho no cesa de concretarse en el camino que él mismo recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material. Si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales.»

Kelsen expresa que el principal argumento teórico de Schmitt contra la instauración de Tribunales Constitucionales como custodios de la Constitución se basa en el carácter «político» —y, por tanto, supuestamente incompatible con la función judicial— de los mismos. Pero para el jurista vienés el arsenal schmittiano en la materia no hace más que trasladar de la teoría del Derecho internacional, sin mayores innovaciones, la distinción entre «conflictos arbitrables» y «no arbitrables», para aplicarlas al orden interno (*ídem*, 15 y sigs.).

Ahora bien, escribe Kelsen, la tesis schmittiana no se sostiene porque lo político, el ejercicio del poder no se limita al Parlamento. Inclusive si se entiende lo político en el sentido schmittiano, escribe el autor de la *Teoría pura*, como la resolución de un conflicto de intereses por una decisión, toda sentencia tiene un elemento decisorio, una dosis de ejercicio del poder (*op. cit.*, 15), y por tanto, el control judicial de constitucionalidad no altera, como lo sostiene Schmitt, la posición constitucional de la jurisdicción.

Para Kelsen, la teoría schmittiana es deudora del doble error de considerar sólo al Parlamento como órgano político y como el único creador de Derecho.

Según el jurista vienés, Schmitt sigue la doctrina del constitucionalismo monárquico cuando considera al juez como un «autómata jurídico» que no crea Derecho, sino que lo «encuentra» simplemente en la norma, que debe aplicar al hecho particular. De acuerdo con la teoría kelseniana, la diferencia

entre ley y sentencia es sólo cuantitativa, ya que esta última es también un acto de producción de derecho (*op. cit.*, 21).

Pero también la diferencia entre el carácter político de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es, de acuerdo a la teoría kelseniana, de tipo «cuantitativo»: todo conflicto jurídico es un «conflicto de intereses o de poder», no existe una «naturaleza» política opuesta o incompatible con lo judicial, sino sólo la voluntad de las partes de no resolverlos ante una instancia «objetiva» (*op. cit.*, 15).

La jurisdicción, sostiene Kelsen contra Schmitt, comienza justamente frente a las dudas y divergencias sobre el contenido de una norma.

Schmitt, según el jurista vienés, no ve la diferencia entre una ley, como norma, y la producción de la ley, como hecho particular. La función de un Tribunal Constitucional implica siempre, para Kelsen, la cuestión de si una norma ha sido creada constitucionalmente, entendiendo su proceso de creación como caso particular, y no, como lo sostenía Schmitt, como «una norma que protege a otra norma». Para el autor de la Teoría pura, una norma anticonstitucional debe ser anulada porque el «hecho particular» de su producción se opone a la norma que regula este procedimiento, y que es de grado más elevado que la así producida (*ídem*, 20).

Para Kelsen, los «errores» de Schmitt son producto de la confusión entre un problema de teoría jurídica (el concepto de jurisdicción) y otro de política del Derecho (la mejor organización de un control jurisdiccional), lo que lo lleva a «deducir de un concepto jurídico presupuesto una institución jurídica deseada» (*op. cit.*, 22). Así, Schmitt fundamenta la función exclusiva de la protección de la Constitución en la persona del presidente del Reich en el artículo 48, cuando en realidad, según Kelsen, el artículo 19 de la R. V. prevé claramente un control judicial por parte de la Corte y los Tribunales inferiores para los litigios constitucionales (*ídem*, 47).

En ese plano, y contra las acusaciones del carácter ilusorio de su doctrina que le había imputado el jurista alemán, Kelsen esgrime la creación y la actividad del Tribunal Constitucional austríaco como una garantía del carácter concreto y funcional de sus teorizaciones, y reprocha a Schmitt no detenerse en su libro en el análisis de su práctica jurisprudencial de más de una década (*ídem*, 23).

Para Kelsen, como ya lo había expuesto en su estudio sobre los Tribunales Constitucionales, se puede evitar que el innegable poder de un Tribunal de este tipo no aumente más allá de los términos previstos por la normativa constitucional, sancionando leyes en términos claros, sin nociones vagas como «libertad», «justicia», «igualdad». Sin embargo, este principio es válido tanto en la jurisprudencia constitucional, como penal, civil, etc. De acuer-

do con la teoría kelseniana ya recordada, la única diferencia entre un tribunal ordinario, civil, penal o administrativo y un Tribunal Constitucional es que el primero produce normas individuales, mientras que el segundo anula normas generales, actuando como «legislador negativo» (*op. cit.*, 26 y sigs.).

El jurista vienés rechaza, asimismo, el argumento schmittiano de la «sobrecarga» de la jurisdicción (y la administración) si ésta debe ocuparse también de la protección de la Constitución, ya que cuando se habla de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, no se razona, según Kelsen, en «abstracto», sino en base a un tribunal que se ocupa específicamente de dicha tarea. Schmitt da un salto de lo cualitativo a lo cuantitativo, que para el autor de la teoría pura es inadmisibile (*ídem*, 46).

En la medida que «toda controversia jurídica es una controversia política», un control de constitucionalidad confiado a un tribunal sobre la base de un procedimiento contradictorio presenta, para Kelsen, la ventaja de «llevar a la luz la efectiva situación de los intereses». Schmitt, según el jurista vienés, no hace más que esconder este carácter bajo ficciones como «unidad de la voluntad general», «Estado total», etc. (*op. cit.*, 29 y sigs.). Estos conceptos, lo mismo que el de «pluralismo», no resisten para el autor de la Teoría pura para la crítica sociológica (*ídem*, 35).

En ese sentido, Kelsen considera que, asimismo, la extensión del rol del Estado en el siglo XX no es para nada incompatible con una democracia entendida como *Parteinstaat*. La idea de «Estado total» no es más que una ideología burguesa, que intenta esconder el hecho de que una clase, el proletariado, no participa de un Estado que sigue dejando en manos de otra clase social la propiedad de los medios de producción, y, por tanto, no existe unidad real de la voluntad general. Schmitt confunde la unidad del Estado, «postulada» como ideal, con una real solidaridad de intereses (*op. cit.*, 33 y sigs.). Para Kelsen, esto es una interpretación ideológica, ya que no existe un «interés del Estado» que no sea el interés de un grupo particular. Asimismo, un referéndum, que Schmitt hace aparecer como una garantía de la expresión del pueblo como unidad, no es más que, en el mejor de los casos, la voluntad de una mayoría (*ídem*, 43).

El concepto de «pluralismo» es introducido en el análisis schmittiano, según Kelsen, con el objeto de soslayar el verdadero problema del control de constitucionalidad. Dicho control, en la exposición del jurista alemán, implica la introducción de derechos subjetivos contra el «Estado total». Es conocida la posición contraria de Kelsen al concepto de derechos subjetivos entendidos como «frenos» al Estado (*op. cit.*, 36 y sigs.). Para la Teoría pura, por el contrario, no es más que una acción procesal positiva que da el ordenamiento estatal en ciertos casos. La función de la justicia constitucional era

para el jurista vienés «el control de la regularidad de las funciones estatales», e incluso, como ya hemos visto, los simples particulares no estaban legitimados para demandar tal control en el sistema austríaco de justicia constitucional que él había delineado.

De este modo, para el jurista vienés, Schmitt construye un concepto de control de constitucionalidad, entendida como contrapeso al Parlamento «pluralista», y de jurisdicción «apolítica», que no tiene nada que ver con la práctica jurisdiccional, pero que le permite desechar un tribunal para dicha función y reclamarla para el presidente. Es por eso también que dentro de las tareas del defensor de la Constitución, Schmitt se ve obligado, según Kelsen, a incluir aquellas tradicionalmente consideradas como de ejecución.

La teoría de Schmitt representa, escribe Kelsen, un intento de restaurar la vieja doctrina del constitucionalismo monárquico, que considera al soberano como un *pouvoir neutre*, lo que para el jurista vienés, no sin ironía, representa una contradicción en un autor que considera como definitivamente superada la situación del Estado del siglo XIX, y denuncia la utilización de viejos conceptos jurídico-políticos para explicar la nueva realidad histórica (*op. cit.*, 9 y sigs.). Pero el concepto de Constant es una ficción, según Kelsen, en la medida que un monarca no es nunca «pasivo», y aún menos lo es el presidente del Reich alemán, que es elegido «bajo las presiones de los partidos políticos», y cuenta con funciones políticas de primer orden. Pero la teoría de Schmitt es una teoría política del «como si», del *als ob* (38), porque se funda en la ficción que sólo el Parlamento puede violar la Constitución.

En el análisis de Kelsen, pretender que el presidente del Reich representa un poder neutral, independiente de los partidos políticos y los intereses de clase es una ficción: un presidente es siempre electo por un partido político, y lo que sostiene Schmitt «es posible sólo cerrando los ojos frente a la realidad» (*op. cit.*, 44).

El verdadero significado de la doctrina del *pouvoir neutre*, que Schmitt adapta al presidente de una república, es «esconder el contraste de intereses, efectivo y radical, que se expresa en la realidad de los partidos políticos y en la realidad, aún más importante, del conflicto de clases que está dentro» (*op. cit.*, 43).

A los ojos del autor de la Teoría pura, Schmitt aparece como «jusnatura-

(38) La referencia es a la teoría de las ficciones del filósofo neokantiano Hans Vaihinger, que había interesado tanto a Schmitt como a Kelsen, como lo testimonian sendos trabajos que ambos le dedicarán a la teoría del «como si» en la década de los diez. En *La defensa de la Constitución*, Schmitt señala que el normativismo aplica al problema de la defensa de la Constitución el método de las duplicaciones ficticias que le es «característico... (ya que) no habla de la cosa, sino de sus proyecciones formalistas».

lista» cuando ignora el art.19 de la R.V., y esto es posible —y sólo aquí parece remarcarlo Kelsen— porque, en el razonamiento schmittiano, el concepto de Constitución no es jurídico-positivo, no consiste en una norma que regula el procedimiento legislativo y sus órganos, sino un ideal de derecho natural (*op. cit.*, 54). Solamente así se puede escribir, como lo hace Schmitt, que «el pluralismo viola la Constitución», poniendo en peligro la unidad del pueblo, que es defendida, en la situación constitucional concreta, por el presidente. Kelsen considera que la teoría de Schmitt quiere desembarazarse del Parlamento porque éste ya no garantiza el dominio de clase de la burguesía. La idea que el Parlamento se torna enemigo del Estado y el presidente en su protector pertenece a la «leyenda» de Ormuz y Arimán, del enfrentamiento del bien y del mal, presentada como problema de derecho público.

Su crítica a la teoría del «guardián de la Constitución» no pretende, según Kelsen, negar la importancia de poderes extraordinarios como los normados por el art. 48 de la R.V. en determinadas circunstancias, sino desmascarar la utilización de categorías científicas (sociológicas y jurídicas) para justificar posiciones partidarias, el sincretismo entre ciencia y política; en síntesis, una teoría ideológica (*op. cit.*, 56).

Kelsen despliega frente a las teorías de Schmitt todo su radicalismo de *Ideologiekritiker*, lo que le permite desnudar muchas hipóstasis de la teoría schmittiana. Sin embargo, hemos visto también que el jurista vienés pasa por alto ciertas distinciones del autor de la Teoría de la Constitución, lo que puede llevarnos a cuestionar tal vez la pertinencia general de la «respuesta».

IV. ¿DIALOGO IMPOSIBLE, DIALOGO ENTRE AUSENTES O SIMPLEMENTE DIALOGO?

Presentadas las principales tesis de Schmitt y Kelsen en la discusión sobre el problema del guardián de la Constitución, ¿podemos concluir que estamos frente a un diálogo imposible entre ambas teorías sin siquiera poder reconocer un diálogo entre ausentes (como escribiera Meier a propósito de Schmitt y Strauss sobre el concepto de política)?

Un primer análisis pareciera sumar puntos a favor de esta hipótesis interpretativa.

Así, en un plano general, existe una abismal diferencia entre los respectivos puntos de partida metodológicos, lo que hace muy difícil instaurar un campo común de debate. Desde ese punto de vista, la concepción de Schmitt es la de un teórico de la excepción que nunca funda sus análisis en la situación normal, sino, por el contrario, siempre parte del caso límite, extremo.

Como lo escribía en la *Teología política*: «Lo normal nada prueba; la excepción todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla.» Kelsen, por el contrario, intenta construir una ciencia jurídica según el modelo de objetividad de las ciencias naturales, aislando el elemento normativo de lo histórico-fáctico, fundándose en el principio epistemológico neo-kantiano que la ciencia crea su propio objeto. En esa perspectiva, la crítica a la epistemología kelseniana que Schmitt comienza a desarrollar en el ensayo citado, constituye, a nuestro entender, el momento más logrado de la crítica a Kelsen, aunque estas ideas no serán posteriormente profundizadas, y es particularmente difícil encontrar sus huellas en el trabajo que nos ocupa.

Asimismo, de manera más específica, el objeto mismo de la controversia, y en particular el concepto de «Constitución», sobre el cual se apoyan los argumentos de uno y otro, como ya hemos tenido oportunidad de remarcar, es radicalmente diferente. En ese sentido, Kelsen construye desde la primera línea toda su réplica como una polémica de «política del Derecho», sobre la institución más idónea para llevar a cabo el control de constitucionalidad, cuando lo que el jurista vienés entiende por Constitución (*Verfassung*), correspondería a lo que Schmitt considera en su teoría una «ley constitucional» (*Verfassungsgesetz*); y sin detenerse, más que para minimizarla, en la distinción schmittiana (en verdad, poco desarrollada) entre «control» y «defensa».

Sin embargo, creemos que estos «malentendidos» debe relativizarse, o tratarse como un recurso del *ars polemica* kelseniano, en función a tres razones diferentes. En primer lugar, porque a veces ni siquiera el propio Schmitt se muestra especialmente preocupado por la precisión, la extensión y la coherencia con las que aplica sus conceptos a lo largo de su trabajo y como el mismo Kelsen lo remarca, sus teorizaciones no presentan un carácter sistemático en un sentido «fuerte» (39).

Por otra parte, porque la acusación de *iusnaturalismo* que dirige contra Schmitt al final de su trabajo se funda justamente en la noción schmittiana de «Constitución», que no se limita a la norma que regula los órganos y el pro-

(39) Así, las ideas de Kelsen sobre la justicia constitucional son consideradas por Schmitt como referentes al «problema del garante o protector de la Constitución (*Verfassung*)»; o luego de haberse empeñado en distinguir Constitución de Ley Constitucional, Schmitt rechaza las ideas de Kelsen porque «una ley no puede ser protectora de otra ley».

Existe en la argumentación de Schmitt una suerte de «juego dialéctico», un *va-et-vient* entre lo histórico y lo conceptual que, por ejemplo, lo lleva a apoyarse en una definición de ley en el «Estado de derecho», por él construida, a la que ataca luego por no adecuarse a la realidad histórica. Este procedimiento hace que no siempre salga indemne de confusiones y contradicciones, como ya lo notara el mismo Kelsen en su recensión crítica (*op. cit.*, 24, 51).

cedimiento de creación del orden jurídico, sino que se presenta como un «ideal»: la unidad del pueblo alemán, lo que demuestra que Kelsen es consciente de la extensión de dicha noción en la teoría de Schmitt.

Pero, sobre todo, porque más allá de la estrategia polémica de Kelsen, éste sitúa la discusión con justeza en el terreno de las concepciones políticas de uno y otro (en particular, con respecto al problema del Estado y la democracia), al interior de la cual se ubica el problema de la defensa de la Constitución en ambas teorías. De hecho, el problema de la garantía de la Constitución tiene cartas de nobleza en toda la historia de las ideas políticas. Basta pensar en los sendos capítulos que ha dicho problema dedican «espíritus políticos» tales como Maquiavelo o Rousseau. Si Kelsen lo plantea como un problema jurídico, se debe más a su concepción de lo político (40) que a querer evacuar las consecuencias «políticas» del problema de la defensa de la Constitución (41). Es por ello que, como hemos visto, para Kelsen la necesidad de un tribunal constitucional está ligada con su concepción de la democracia.

Por el contrario, más de una vez se han afirmado las relaciones estrechas entre ambas teorías. Tal vez el caso más conocido sea el del antiguo discípulo de Schmitt, y jurista cercano a la escuela de Frankfurt, Franz Neumann, que en su libro *Behemoth* (42) —convertido entre tanto en un «clásico» so-

(40) Existe en la concepción kelseniana una sobredimensión de los tribunales: por un lado, como instancia para resolver todos los conflictos políticos —en la medida que para Kelsen todo lo social presenta un carácter normativo y, por tanto, jurídico; él considera incluso al Parlamento como «forma judicial» (*Justizförmigkeit*) (KELSEN: *op. cit.*, 28 y sigs.)—; por el otro, en el caso particular del debate que nos ocupa, de su objetividad, sobre todo si se piensa que sus jueces del Tribunal Constitucional austríaco eran electos por los partidos políticos representados en el Parlamento: en ese sentido, éste no sería más objetivo, sino tal vez más democrático. Sin embargo, como hemos visto, la función de un tribunal constitucional es concebida por Kelsen como «legislador negativo».

(41) Es por eso que Kelsen, lo que de otro modo podría parecer paradójico para un jurista positivista, no entra en la distinción, importante al menos en la situación alemana de la época, entre jurisdicción constitucional (que recaía en la *Staatsgerichtshof* prevista en el art. 19 y cuya extensión era objeto de discusión) y el control judicial incidental de las leyes por todos los tribunales (cuya aceptación se generaliza a partir de la sentencia de la *Reichsgerichtshof*, ya citada) en la que sólo señala una diferencia «cuantitativa»; como tampoco, pese a la crítica que dirige a Schmitt en ese sentido, entra en un estudio preciso y particularizado de los arts. 19 y 48 de la R.V., sin distinguir de manera adecuada ambas problemáticas (jurisdicción estatal para determinados conflictos constitucionales por un lado y ejecución federal y estado de excepción por el otro) (Kelsen, como él mismo lo cita en su reseña, había realizado algunos años antes un análisis del art. 19 y de la *primera parte* del art. 48 y su supuesta incompatibilidad, pero con respecto al problema de la ejecución federal). H. KELSEN: «Die Bundesexekution», en *Festgabe für F. Fleiner*, Tubinga, 1927.

(42) F. NEUMANN (1943): *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, México, 1948.

bre el Estado nazi—, sin dejar de reconocer el valor «antiideológico» de la Teoría pura, señalaba que el normativismo de Kelsen —por su apoliticismo que aceptaba como derecho todas las decisiones con tal que tuviesen un poder efectivo— preparaba el terreno para el decisionismo de Schmitt. Esta opinión no estaba lejos de la de otro lúcido contemporáneo del debate, Hermann Heller, que en una crítica a la teoría de la democracia de Kelsen apuntaba que «precisamente entre una juventud ansiosa de fundamentos éticos y hambrienta de realidad no es pequeña la potenciación, por las vacías abstracciones de este pensamiento nomocrático, de la idea de dictadura» (43).

Si estas consideraciones nos parecen algo excesivas —y en todo caso inscritas en la reacción antipositivista de aquellos años y que culminará al final de la segunda guerra mundial con la acusación al positivismo jurídico de complicidad con el nazismo—, en la medida que las diferencias metodológicas ya apuntadas no pueden ser totalmente soslayadas (sobre todo teniendo en cuenta el estatuto fundamental del que ellas gozan en la empresa teórica kelseniana), ellas nos permiten arribar, empero, a lo que para nosotros constituye la inteligencia, el eje del debate: no estamos tanto frente a una polémica de política de derecho constitucional como ante una discusión de teorías políticas.

A nuestro entender, las distancias metodológicas, si bien no pueden ignorarse, se inscriben, sin embargo, en una problemática común, en una zona de diálogo compartido que es finalmente más importante que las divergencias evocadas: el problema de la unidad del Estado, que aparecía amenazado por la emergencia política de una nueva clase, el proletariado, luego de la primera guerra mundial. Es en ese marco que podemos apreciar el carácter esencialmente inmanente de este debate. Ambas teorías buscan responder a una misma única cuestión política: cómo integrar las masas obreras a un Estado al que sus luchas de la época apuntaban a destruir; cómo «evitar» la alternativa «bolchevique». Y en ese sentido el proyecto de «democracia orgánica» de la Constitución de Weimar apuntaba en esa misma dirección, como lo señalaban en particular los escritos de su redactor, Preuss, anteriormente recordados.

Una vez en este terreno, es conveniente evitar los riesgos de reducir este debate a un enfrentamiento entre un liberal-demócrata y un nazi (44), donde

(43) H. HELLER (1929): «¿Estado de derecho o dictadura?», en *Escritos políticos*, Barcelona, 1983.

(44) El carácter políticamente reaccionario y conservador de las teorías de Schmitt en los años veinte no puede reducirlo de todas maneras a un simple ideólogo del nazismo, incluso si sus posiciones a partir de 1931 se inscriben en la lógica que objetivamente permitió el

el primero tendría de antemano todas nuestras simpatías y aprobación. Si bien es cierto que en su respuesta Kelsen acentúa ciertos rasgos liberales de su teoría (45) (que a nuestro entender forman innegablemente parte de ella), esto obedece en lo primordial a la situación histórica en la que se desarrolla este debate. El mismo Kelsen, algunos años antes, en su polémica con la teoría política del marxismo, consideraba críticamente la ideología del liberalismo que «culmina en un catálogo de derechos del hombre, de derechos fundamentales y de derechos de libertad que deben corresponder al individuo contra el Estado» que sólo es defendido en tanto protege su «sagrada propiedad privada» (46). Ya conocemos, por otro lado, su opinión sobre la división de poderes «que nada tenía que ver con la democracia». Pero frente a Schmitt, y en general con respecto a otros teóricos de la época con los que discute, Kelsen defiende los valores políticos y culturales herederos de la Revolución francesa. Asimismo, el parlamentarismo adoptado por los constituyentes de Weimar era expresamente presentado por sus creadores como diferente al modelo «francés», y la propia figura del presidente del Reich electo por el pueblo, como lo recordaba con razón Schmitt, iba en ese sentido.

En dicha problemática común, ambos pensamientos están fuertemente impregnados de estatismo. Kelsen, como lo demuestran sus escritos políticos de este período, estaba lejos de querer negar el conflicto real por el compromiso, éste no era un ideal abstracto, sino que veía en el Parlamento un instru-

acceso de Hitler al poder. La adhesión al nazismo de Schmitt tendrá lugar en 1933, alimentada por una nada desdeñable dosis de oportunismo (como lo prueban, entre otras cosas, sus «correcciones» a *El concepto de política* en 1933). Si bien Schmitt presenta afinidades autoritarias ya en los años veinte, como lo testimonia su simpatía por el recién instalado régimen de Mussolini en Italia, apostaba a una solución militar (era asesor del influyente general Schleicher, jefe de la *Reichwehr* y canciller del Reich en 1932); y las lecturas retrospectivas de sus escritos weimarianos a la luz de su compromiso nazi no aportan demasiado y nada quitan a su interés, y de hecho, como lo demuestra un opositor a sus teorías, ellas no son coherentes con los postulados nazis sin variadas «modificaciones» (véase K. WILK: «La doctrine politique du national-socialisme Carl Schmitt», en *Archives de Philosophie du Droit et sociologie juridique*, París, 1934). De allí a sostener, como lo hacen ciertos epígonos, que Schmitt era un defensor del orden weimariano hay un largo trecho. Por otro lado, es interesante tener presente que algunos meses después de la polémica, Kelsen, en sus funciones de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, invitó a Schmitt a hacerse cargo de la cátedra de Derecho público, lo que demuestra la consideración que el autor de la teoría pura tenía por éste aun después de esta polémica. Esto no quita nada de reprochable, como parece creerlo extrañamente Schawb (*op. cit.*), a la actitud de Schmitt en 1933, negándose a interceder contra la expulsión de Kelsen de la Universidad.

(45) Sobre todo cuando define la función política de la Constitución como la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder (Kelsen, 1931, 6).

(46) En «Marx oder Lassalle» (1924, reimp. 1967, pág. 138) (hay trad. española).

mento concreto, una técnica funcional para la construcción del orden social a partir «del Estado real de intereses» de una sociedad dividida en dos clases, ya que no existían para él armonías naturales del tipo «pueblo alemán» o «Estado total». En aquellas circunstancias, para Kelsen, la democracia parlamentaria, entendida como Estado de partidos, podía superar gradualmente el antagonismo de clases evitando «una revolución sangrienta». La certeras críticas que dirige al carácter ideológico de ciertos conceptos schmittianos presentan, como hemos tenido oportunidad de apuntarlo, una intención expresamente realista (47).

Desde ese enfoque, la teoría de Schmitt no busca menos que la de Kelsen escapar al conflicto, y cuando el jurista alemán ironiza sobre la obsesión kelseniana de la unidad, dicha «metafísica» no parece particularmente ajena al pensamiento de Schmitt, que afirmaba en 1930 que existe un deber ético hacia el Estado cuando la unidad de éste se torna problemática. Pero mientras que la «unidad» kelseniana se presenta como «ideal», y es de tipo epistemológico, en tanto objeto de conocimiento (y esto más allá de las innegables consecuencias ontológicas que dichas ideas puedan acarrear), la de Schmitt se presenta expresamente como real, por lo que la crítica de Kelsen, que él define como «sociológica», tiene el gran mérito de demostrar su naturaleza ideológica

Para Schmitt, el conflicto sólo podía ser neutralizado por la decisión de un Estado que distinguiese el amigo del enemigo, garantizando la unidad del mismo y la identidad de gobernantes y gobernados, que un Parlamento lábil, incapaz de decidir, no estaba en condiciones de proteger. Tampoco la norma kelseniana negaba el conflicto más que la «decisión» schmittiana con sus presupuestos de homogeneidad de un pueblo; pero en tanto que el caso de Kelsen se limita a una «negación» desde un punto de vista de una construcción epistemológica, en el de Schmitt presenta pretensiones históricas y sociológicas. Al respecto, la crítica que Schmitt dirige al Estado de derecho liberal burgués es de carácter «interno» al mismo, en la medida que el parlamentarismo se muestra incapaz de poder integrar el proletariado al Estado como lo hiciera otrora con la burguesía. Es por eso que Hermann Heller podía referirse a él en términos de «liberalismo autoritario». No es casual que para apo-

(47) Sin embargo, dicho afán antiideológico le juega a veces una mala pasada. Si bien es cierto que existen excesos ideológicos en el concepto schmittiano de «Estado total», no es menos cierto que se desarrollaban en esos momentos profundas transformaciones de las funciones del Estado, lo que constituye, contrariamente a lo que sostiene el jurista vienés, una realidad social en un cierto punto nueva, los Estados intervencionistas, como el mismo Kelsen había tenido oportunidad de remarcarlo en su polémica contra el marxismo

yar su teoría del presidente como *pouvoir neutre*, Schmitt se apoye en una cierta analogía con los árbitros de los conflictos laborales, que la Constitución de Weimar presentaba como novedad. No lo es tampoco que el jurista alemán vuelva con insistencia sobre la importancia de las decisiones constitucionales sobre la segunda parte de la Constitución de Weimar, que, aunque con mucha tibieza, representaba una normativa social avanzada con respecto a los otros Estados capitalistas de la época, fruto de la «revolución» de 1918, y que el mismo Schmitt había considerado un compromiso entre garantías burguesas de libertad personal y propiedad privada, derecho natural católico y socialismo.

Podemos concluir que el enunciado hobbesiano de *auctoritas, non veritas, facit legem* no es aplicable contra Kelsen tan fácilmente como lo cree Schmitt. El autor de la Teoría pura nunca dejó de reconocer que es el poder el fundamento que se encuentra detrás del derecho mismo si a nivel epistemológico existen impedimentos para construir el derecho a partir del concepto de poder (lo que, a la postre, también presenta importantes consecuencias ontológicas). En sus observaciones críticas al informe de E. Kaufmann a las Jornadas de 1926 de la Asociación Alemana de Derecho Público, Kelsen escribía «la pregunta a la cual tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder» (cit. por Métall, *op. cit.*, 37). La cerrada crítica que dirige a Schmitt sobre su concepto pobre y tradicional de la interpretación judicial y a su condena a la «politización de la justicia»; sus críticas a la ficción del interés común del pueblo y de la teoría del derecho subjetivo hacen aparecer a Kelsen mucho más «realista» y «concreto» de lo que tradicionalmente es considerado, en oposición a Schmitt, al menos en las críticas que dirige a la doctrina del guardián de la Constitución.

Si, como lo escribía Schmitt en su ensayo sobre *El concepto de política*, el carácter político de una teoría se reconoce por la naturaleza negativa y conflictual que en ella es atribuida al hombre, no hay duda que ése es el caso de Kelsen, que —deudor de una *Weltanschauung* pesimista que en muchos puntos se asemejaba a la freudiana— escribía en su polémica contra Smend que si hubiese realmente «integración» en la sociedad no haría falta un Estado como orden de dominio, y reprochaba en el mismo sentido a la teoría política marxista ignorar que los instintos agresivos del hombre exigían un Estado aun si se aboliese la explotación económica.

Queda, tal vez, preguntarnos por la importancia de este debate al interior

de ambas teorías y las consecuencias que podrían sacarse para la reinterpretación de las mismas. Pero un análisis de este tipo excede las proporciones previstas para este trabajo. Aquí nos hemos conformado con presentar ciertos elementos para tal tarea, lo que de todos modos constituye ya un inicio de respuesta.

París, junio de 1992