

Carl Schmitt
Hans Kelsen

La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional:

El defensor de la Constitución
versus
¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?

Estudio preliminar de
GIORGIO LOMBARDI

Traducción de
MANUEL SÁNCHEZ SARTO Y ROBERTO J. BRIE

tecno
s

HANS KELSEN

¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR
DE LA CONSTITUCIÓN?

«Defensor de la Constitución» significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una «garantía» de la Constitución. Dado que ésta es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la «violación» de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión; esto último se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla. Esto puede tener lugar de una manera inmediata o mediata. La violación de una ley promulgada sobre la base de la Constitución, por ejemplo, es una violación constitucional mediata, aun cuando el carácter legal del cumplimiento de la ley sea exigido por la Constitución. Si se trata de institu-

ciones para la defensa de la Constitución, naturalmente sólo se tiene en consideración la defensa contra las violaciones inmediatas. Los órganos de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la Constitución.

La exigencia en términos de *política jurídica* de introducir garantías de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio específico de la máxima juridicidad de la acción estatal, propia del Estado de Derecho. Sobre la oportunidad de tal exigencia caben muy diversas opiniones, según diferentes puntos de vista políticos y en relación con distintas Constituciones. En especial, es posible imaginar una serie de situaciones en las que la Constitución pueda o no pueda aplicarse en puntos esenciales, por lo que las garantías constitucionales pierden todo sentido, pues se convierten necesariamente en inoperantes. También la pregunta *técnico jurídica* acerca de la mejor organización de esta garantía constitucional puede ser respondida de diversas maneras, según el carácter peculiar de la Constitución y la distribución del poder político que ésta determina; en especial, si se da prioridad a garantías preventivas o represivas, o si se debe dar mayor importancia a la anulación del acto anticonstitucional o a la responsabilidad personal del órgano actuante, etc. Sobre todos estos temas es posible discutir seriamente. Sólo una cosa parece estar fuera de discusión, algo que es de una evidencia tan primaria, que casi parece innecesario destacarla en medio de la discusión de estos últimos años en torno al problema de la garantía constitucional: si debe ser esta-

blecido un órgano por medio del cual sea controlada la constitucionalidad de ciertos actos del Estado subordinado inmediatamente a la Constitución, en especial los actos del Parlamento o del Gobierno, de manera que dicho control no pueda ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados. La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del *poder*. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquélla, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que nadie puede ser *juez de su propia causa*.

De allí que, cuando los representantes de la doctrina constitucional del siglo XIX, guiados por el así llamado «principio monárquico», sentaron la tesis de que el natural «defensor de la Constitución» era el monarca, se trataba —¿quién podría hoy dudarlo?— sólo de una ideología demasiado evidente, una de las tantas ideologías, cuyo sistema configuró la así llamada teoría constitucional, mediante la cual y a través de la cual esta interpretación de la Constitución buscaba ocultar su intención fundamental: compensar la pérdida de poder que el Jefe de Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional¹. Lo que en realidad se pretendía —por razones

¹ En mi *Allgemeine Staatslehre* (Teoría general del Estado) (Berlín, 1925), he hecho referencia, en muchas de sus tesis, a esta tendencia de la doctrina constitucional.

políticas cuyo valor no se pone aquí en debate— era *impedir* una eficaz garantía de la Constitución, al menos contra su violación por parte de quien principalmente la ponía en peligro, esto es, del monarca; más precisamente, del *Gobierno*, es decir, del Monarca junto con los ministros que refrendaban sus actos, dado que el monarca no podía actuar por sí solo. Y esto pertenece también al método de la ideología constitucional: hablar sólo del monarca, cuando en realidad quien actuaba era un órgano colegiado, una de cuyas partes no autónomas era el monarca. Dado que no se podía explicar el verdadero objetivo político, cual era el impedir garantías efectivas de la Constitución, se lo disfrazaba con la teoría según la cual la garantía de la Constitución era tarea del Jefe del Estado.

La Constitución de la monarquía constitucional tiene un explícito carácter dualista. Distribuye el poder político entre dos factores: Parlamento y Gobierno; éste tiene frente a aquél, desde el comienzo, una cierta supremacía, que es no sólo *de facto*, sino *de jure*. No cabe duda de que el Gobierno, y en especial el monarca que lo encabeza, es un órgano que ejerce el poder del Estado al igual que el Parlamento e incluso en mayor medida; menos aún puede dudarse de que el poder que se le ha conferido está en permanente competencia con el poder del Parlamento. Por lo tanto, para hacer posible la idea de que el Gobierno, y sólo él, es el único «defensor de la Constitución», debe ocultar el carácter de su función. Para esto sirve la conocida teoría de que el monarca es la tercera instancia objetiva —en forma exclusiva o no—, poseedor de un *poder neutral* (consientemente establecido por la Constitución), más allá de la *oposición de los dos factores de poder*. Pues sólo

bajo esta condición parece justificada la idea de que a él, y sólo a él, pertenece controlar que el ejercicio del poder no sobrepase los límites de la Constitución.

Ficción de notable audacia, si se tiene en cuenta que en el arsenal de la teoría constitucional también se hace alarde de que el monarca es de suyo el único órgano, por ser el más alto, de ejercicio del poder estatal y sería también específicamente el titular del poder legislativo; de él, y no del Parlamento, proviene el *mandato* legal, la representación del pueblo sólo ejerce influencia en la determinación del *contenido* de la ley. ¿El monarca, titular de gran parte o de la totalidad del poder del Estado, puede ser la única instancia neutral situada frente al ejercicio del poder del Estado, llamado a ejercer el control de la constitucionalidad del mismo? La objeción de que esto sería una contradicción inadmisiblemente parecería estar totalmente fuera de lugar, pues se aplicarían categorías del *conocimiento científico* (de las ciencias del Derecho o del Estado), a algo que sólo puede ser comprendido como *ideología política*. En sistema cultural, cuyo fuerte parentesco con la *Teología* no se le oculta ya a nadie, el principio de contradicción no tiene lugar. No se trata de si las afirmaciones de una tal teoría de la Constitución son verdaderas, sino de si logran sus fines políticos. Y esto lo han logrado absolutamente. En la atmósfera política de la monarquía, esta doctrina del *monarca* como «defensor de la Constitución» fue una respuesta eficaz, una contrarréplica al reclamo de un *Tribunal Constitucional* que ya entonces aparecía esporádicamente².

² Naturalmente se trata de la misma ideología, sólo que al servicio del principio democrático, cuando se proclama al Parlamento

II

En la situación política a la que inevitablemente ha ido a parar la Constitución democrático-parlamentaria del *Reich* alemán, en un momento en el que —para su propia defensa, como esperan sus sostenedores— se ha replegado, por así decirlo, a un único artículo, el 48, y con ello a un espacio jurídico demasiado estrecho como para que no corra peligro de hacerla estallar, hubiera sido por cierto comprensible que la discusión sobre el problema de las garantías de la Constitución se hubiese dejado de lado hasta otro momento. Esto es tanto más sorprendente cuanto que una nueva colección de monografías de Derecho público, los «*Beiträge zum öffentlichen Rechte der Gegenwart*» («Contribuciones al Derecho público del presente»)³, cuya serie se inaugura con un trabajo que, con el título *Der Hüter der Verfassung* [El defensor de la Constitución], está dedicado precisamente al problema de la garantía de la Constitución. Más sorprendente empero es que dicho texto exhuma del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el Jefe de Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución, con el fin de poner nuevamente en uso para la República democrática en general, y en especial para la Constitución de Weimar, este requisito verdaderamente cubierto

como el «defensor de la Constitución», pues, como dice Blumtschli, «el cuerpo legislativo» comporta, en su configuración, importantes garantías de que «no se ejerzan sus atribuciones dentro del espíritu de la Constitución» (*Allgemeine Staatsrecht*, 4.^a ed., 1868, t. I, pp. 561-562).

³ Editada por J. C. B. MOHR (Paul Siebeck), Tubinga, 1931.

de polvo. Pero lo que sorprende al máximo es que este escrito, que en lo esencial renueva la doctrina de uno de los más viejos y experimentados ideólogos de la monarquía constitucional, la doctrina de Benjamin Constant acerca del «*pouvoir neutre*» del monarca, y que sin ningún tipo de limitación la aplica al Jefe de Estado republicano, tiene como autor al profesor de Derecho público de la *Handelshochschule* de Berlín, Carl Schmitt, cuya ambición es «demostrar que muy diversas fórmulas y conceptos tradicionales dependen por entero de situaciones anteriores, y no son ya viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falsas»⁴; que no se cansa de recordar «que la situación de la monarquía constitucional del siglo XIX, con su separación de Estado y Sociedad, Política y Económica, no existe ya»⁵, y que, por consiguiente, las categorías de las teorías de la Constitución del constitucionalismo (liberal) no son aplicables a la Constitución de una democracia parlamentario-plebiscitaria como la de la Alemania actual. De allí deduce, por ejemplo, que el concepto de *ley formal*, originado en la doctrina constitucional del siglo XIX, que debe asegurar al Parlamento —como legislador— el derecho, en oposición al monarca, de aprobar el presupuesto, no podrá tener más su significado originario, y que por ello, a pesar de las expresas disposiciones de los artículos 85 y 87 referentes al presupuesto, a la autorización de empréstitos y el otorgamiento de avales, no sería exigida de manera absoluta e

⁴ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* [Teoría de la Constitución, versión en español por FRANCISCO AYALA, Madrid, 1934, p. XXI].

⁵ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* [La defensa de la Constitución, véase p. 233 de este mismo libro].

incondicional la forma de ley del *Reich*, sino que también sería lícita la forma de un decreto presidencial de acuerdo al artículo 48, párrafo 2 (p. 136)⁶. Intentos semejantes de disolver o atenuar la llamada reserva jurídico-financiera de la Constitución fueron indudablemente planteados también por la teoría constitucional monárquica. Tampoco ésta impidió, mediante el concepto de «leyes formales», afirmar que el monarca podía aprobar el presupuesto y autorizar créditos mediante decretos de necesidad, como lo prueba, por ejemplo, la *praxis* y la teoría del desacreditado párrafo 14, de Austria. Pero la «conciencia histórico-crítica» que nos protege del «formalismo vacío» de comprender en su sentido literal de reserva expresa de ley disposiciones de la Constitución del *Reich* del tenor «el presupuesto se fijará por una ley» y «sólo a base de una ley del *Reich* podrán negociarse empréstitos u otorgar el aval del *Reich*» no nos debe impedir aceptar una ideología de la doctrina constitucional que tenga grabada en la frente, de una manera más clara que cualquier otra, la circunstancia temporal de su nacimiento en una determinada situación histórico-política: ¡la doctrina del *pouvoir neutre* del Jefe de Estado! Carl Schmitt hace de esta fórmula de Constant un instrumento fundamental de su interpretación de la Constitución de Weimar. Sólo con su ayuda llega a la conclusión de que el «defensor de la Constitución» no es, como podría suponerse según el artículo 19, el *Staatsgerichtshof* u otro Tribunal, sino sólo el Presidente del *Reich*; y esto a partir de la Constitución vigente, sin que tenga lugar mediante una reforma de la Constitución.

⁶ Las citas se corresponden con las páginas de este mismo libro en las que se recoge el texto de Schmitt.

Cuando Benjamin Constant afirma que el monarca es el titular de un poder «neutral», funda esencialmente dicha afirmación en el supuesto de que el Ejecutivo se escinde en dos poderes distintos, uno *pasivo* y otro *activo*, y que el monarca únicamente ejerce el pasivo. Sólo como pasivo es un poder «neutral». No se puede ignorar la ficción que aquí se esconde, al hacer aparecer el poder del monarca —a quien la Constitución le confiere la representación exterior del Estado y en especial la firma de los tratados internacionales, la sanción de las leyes, el comando supremo del ejército y la armada, el nombramiento de funcionarios y jueces, y otras tareas más— como meramente pasivo y de *contraponerlo* al resto del ejecutivo entendido como poder activo⁷.

El intento de trasladar la ideología de Constant acerca del poder neutro del monarca al jefe de Estado de

⁷ Benjamin Constant, originariamente republicado moderado, se vuelve monárquico después de la Revolución, y en su libro *De l'esprit de la conquête et de l'usurpation* sale en defensa de la legitimidad dinástica. Con este escrito se convierte en uno de los fundadores de la *ideología legitimista*. Sin embargo, participa en el intento de llevar al trono a *Bernadotte*. Dado que esto fracasa, se decide en favor de los Borbones. En el *Journal des débats* escribe contra Napoleón, regresado de la isla de Elba: es un Atila o un Gengis Kan. Pocas semanas después es «Miembro del Consejo de Estado» y redacta, por encargo de Napoleón, las Actas Adicionales de la Constitución del Imperio. Después de la Segunda Restauración es nuevamente partidario de la *Charte* y de los Borbones. En 1820 dijo, por ejemplo, en la Cámara de Diputados: «*Les Bourbons avec la Charte sont un immense avantage, parce que c'est un immense avantage qu'une famille antique sur un trône incontesté.*» Después de la expulsión de Carlos X lo encontramos nuevamente como un celoso defensor de la legitimidad de *Luis Felipe*. Ver: A. M. DOLMATOWSKY, «Der Parlamentarismus in der Lehre Benjamin Constants», *Zeitschrift f.d.ges. Staatswissenschaften*, n.º 63, Jahg., 1907, p. 602.

una República democrática se hace especialmente cuestionable cuando aparece ligado a la tendencia a extender la competencia de este órgano más allá del ámbito normal de la competencia de un monarca constitucional. Carl Schmitt, con el fin de presentar al Jefe de Estado como idóneo «defensor de la Constitución», caracteriza el *pouvoir neutre* de aquél como una institución que no está sobre «los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente» o como un «tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso», ni tampoco como «soberano del Estado», sino como un organismo del mismo nivel, como un poder «que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales» (p. 242). Pero simultáneamente intenta ampliar las atribuciones del Presidente del *Reich* mediante una *interpretación más que extensiva* del artículo 48, de manera que no puede sino llegar a ser señor soberano del Estado, es decir, a alcanzar una posición de poder que no disminuye por el hecho de que Carl Schmitt no la caracterice como «dictadura»; la cual, en cualquier caso, no es compatible con la función de garante de la Constitución, de acuerdo a las manifestaciones citadas.

Que Carl Schmitt crea poder aplicar sin más la tesis ideológica del *pouvoir neutre* del monarca constitucional al Jefe de Estado de una República democrática, electo bajo la fuerte presión de corrientes políticas, es algo también extraño por el hecho de que él mismo ocasionalmente ve con claridad los hechos reales que vuelven transparente el contenido ideológico de la doctrina constitucional del monarca como defensor de la Constitución. Así, afirma que en la monarquía constitucional el peligro de amenaza de una violación de la

Constitución era originado en el Gobierno, es decir, venía de la esfera del Ejecutivo, ¡hecho que hubiese querido liquidar de raíz la imagen de un poder «neutral» del monarca, que fuera a la vez jefe del Gobierno y del Ejecutivo, llamado a defender la Constitución! Pero aquí Carl Schmitt reconoce el peligro de amenaza en el siglo XIX por parte del Gobierno monárquico, únicamente a fin de afirmar que «hoy», en el siglo XX y en la República democrática, el recelo frente a una violación de la Constitución se orienta «ante todo contra el legislador», es decir, no contra el Gobierno presidencial, sino contra el Parlamento. ¡Como si «hoy» en Alemania el problema de la constitucionalidad de la actuación del Gobierno constituido por el Presidente y el consejo de Ministros —apoyado en el artículo 48— no fuese una cuestión vital para la Constitución de Weimar! Por supuesto que, si no se plantea el problema de una violación de la Constitución por parte del Gobierno, la fórmula que proclama al Jefe del Estado como «defensor de la Constitución» suena sin duda como algo carente de peligro; y ya no será necesario cuestionar la falta de precisión de dicha fórmula, con la que —según parece— la función de garantía de la Constitución es reivindicada no solamente para la persona del Presidente, sino para el colegio constituido por él y los ministros que refrendan sus actos. Pero sería bueno no perder de vista que esta argumentación se trata sólo de una teoría política del «como si».

III

Para fundamentar su tesis de que el Presidente del *Reich* sería el defensor de la Constitución, Carl Schmitt

debe enfrentar a la institución, promovida de distinta manera y realizada en algunos Estados, de una *jurisdicción constitucional*, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un *Tribunal independiente*. Éste funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada. Se puede discutir, por cierto, acerca de la oportunidad de semejante institución. Nadie afirmará que dicha institución es, en toda circunstancia, una garantía absolutamente eficaz. Pero desde todos los puntos de vista desde los que se puede explicar y juzgar el pro y el contra del problema jurídico-político de un Tribunal constitucional, hay uno completamente banal: el de si este órgano es un «Tribunal» y si su función es auténtica «Justicia». Este es un problema de carácter muy significativo desde el punto de vista de la *teoría del derecho*. Pero de su resolución —sea ésta afirmativa o negativa— no se sigue nada que hable a favor o en contra de la transferencia de la función señalada a un órgano colegiado, a cuyos miembros —convocados de alguna manera— les sea garantizada la plena independencia; una independencia frente al Gobierno y al Parlamento, que se denomina «judicial» porque las Constituciones modernas acostumbran a conferirla a los Tribunales (aunque no sólo a ellos). Del concepto de «jurisdicción», sea como fuere concebido, no puede deducirse

que la institución caracterizada aquí como «Tribunal constitucional» sea imposible o irrealizable. Se trataría de un típico caso de aquella «jurisprudencia de conceptos» que hoy puede considerarse superada.

Es de suponer que Carl Schmitt no tenía en mente plantearse tal argumentación. Con todo, él mismo aparentemente se expresa en sentido contrario cuando, en su lucha contra la jurisdicción constitucional, en un escrito totalmente orientado por una consideración política de lo jurídico, pone en el ámbito de la teoría del Derecho todo el peso del problema sobre si la jurisdicción constitucional es «Justicia», más aún, formulando como problema decisivo si puede actuar la «Justicia como defensora de la Constitución». Suena extraño que él crea que puede demostrar, con un despliegue relativamente grande de medios, que los Tribunales civiles, penales y administrativos, que ejercen un derecho material de control de las leyes que deben aplicar, no son «en sentido estricto, defensores de la Constitución» (p. 23). A partir de fundamentos poco claros, *no niega* ese título a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, aun cuando ese Tribunal, en lo esencial, no hace algo distinto de los tribunales alemanes cuando ejercen su derecho de control, es decir, cuando no aplican, en casos concretos, leyes que consideran inconstitucionales. De un Tribunal constitucional con poder de casación —al que Carl Schmitt no rehúsa que se lo subsuma en el concepto de «defensor de la Constitución», aun cuando no quiera que sea tenido por «Tribunal»—, de semejante «defensor» real, se diferencian sólo *cuantitativamente* los Tribunales que manejan su poder de control, es decir, que en contraposición a aquél anulan la validez de las leyes inconstitucionales no sólo en un

caso concreto —como hacen éstos—, sino en todos los casos. Qué valor tiene entonces verificar, como hace Carl Schmitt, que la función jurídico-constitucional de un defensor de la Constitución radica en «suplir y hacer superfluo ese general y eventual derecho a la desobediencia y a la resistencia», que radica en el ejercicio del derecho de control material. «Sólo entonces existe un defensor de la Constitución en sentido institucional». Esto no es, en verdad, suficiente para lograr un «sentido preciso» del concepto de «defensor de la Constitución». Es suficiente para llegar a la conclusión de que los Tribunales, aun cuando ejerzan el derecho de control, «no han de ser considerados defensores de la Constitución». Es una afirmación puramente *terminológica*. Pues Carl Schmitt no puede negar que un Tribunal, cuando rechaza la aplicación de una ley inconstitucional y anula consecuentemente su validez para un caso concreto opera realmente como garante de la Constitución, aun cuando no se le confiera el altisonante título de «defensor de la Constitución», es decir, aun cuando renuncie a una expresión cuyo *pathos* sólo advierte acerca de la tendencia ideológica unida a ella. De lo que se trata es de si es conveniente confiar de esta manera a los Tribunales la función de ser garantía de la Constitución y, de no ser así, si no es necesario quitarles el derecho de control.

Inútilmente se buscará en Carl Schmitt una respuesta clara a este interrogante. Por el contrario, se encontrará, como se ha dicho, una cantidad de argumentos —en forma muy asistemática— con los que siempre se intentará probar renovadamente que no es «Justicia» la decisión acerca de la inconstitucionalidad de leyes y acerca de la nulidad de leyes inconstitucionales por

parte de un colegio de hombres independientes en un procedimiento contencioso. Carl Schmitt no toma en consideración la posibilidad del control judicial de otros actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Los argumentos aquí expuestos no sólo no prueban nada para lo decisivo del problema, o sea, para el problema de la consideración *política* del *derecho*, sino que tampoco son útiles desde el punto de vista de la *técnica jurídica*.

IV

Dichos argumentos parten del presupuesto erróneo de que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y las funciones «políticas», y que en especial la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos «políticos», de lo que se sigue que tal actividad no sería ya más Justicia. Si se lograra recuperar para el término «político» —del que Schmitt abusa equivocadamente y sin medida— un cierto sentido preciso, podría aceptarse en este contexto, en el que se trata de una *oposición a lo jurisdiccional*, que con dicho término se expresa algo así como el ejercicio del *poder* (en contraposición al ejercicio del *derecho*). «Política» es la función del legislador que somete a los hombres a su voluntad y que ejerce el poder, y que mediante eso constriñe a los hombres a buscar sus intereses dentro de los límites establecidos por sus normas, decidiendo así acerca de los conflictos de intereses existentes; mientras que el juez, no como instrumento de ese poder, sino como sujeto del mismo, aplica el orden creado por

el legislador. Pero esta concepción es falsa porque presupone que el proceso de ejercicio del poder se remata en el proceso legislativo. No se ve, o no se quiere ver, que el ejercicio del poder encuentra su muy esencial continuidad e incluso hasta su efectiva iniciación en la jurisdicción, no menos que en la otra rama del Ejecutivo, la Administración. Si se mira a la «política» como «decisión» en orden a la resolución de los conflictos de intereses — para hablar con la terminología de Schmitt —, entonces está presente en toda sentencia judicial, en mayor o menor medida, un elemento de decisión, un elemento de ejercicio del poder. El carácter político de la Justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le debe necesariamente otorgar de acuerdo a su naturaleza. La opinión de que sólo la legislación, pero no la «auténtica» jurisdicción, es política, es tan falsa como la que considera que solamente la legislación es una función creadora de derecho, siendo empero la jurisdicción exclusivamente la aplicación reproductiva de derecho. En el fondo, se trata de dos variantes de un único y mismo error. Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter «político» que en una medida mayor tiene la legislación. Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa. Si perteneciese a la esencia de la jurisdicción el ser apolítica, sería imposible una jurisdicción internacional; más precisamente: la decisión sobre las disputas entre los Estados conforme al Derecho inter-

nacional —que se distinguen de los conflictos internos porque aparecen más claramente como conflictos de poder— debería tener otra denominación. En la teoría del Derecho internacional se acostumbra distinguir entre conflictos arbitrales y no arbitrales, entre conflictos jurídicos y de intereses (de poder), entre controversias jurídicas y políticas. Pero ¿qué significa esto? Todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder *puede ser resuelto como controversia jurídica*, en la medida en que tome posición frente al problema de si la pretensión de un Estado contra otro Estado y que éste se niega a satisfacer a aquél —y en esto consiste todo conflicto— esté o no fundada en el *Derecho internacional*, y este problema puede ser resuelto *siempre* conforme al Derecho internacional, es decir, *jurídicamente*. Pues de acuerdo con el Derecho internacional, el problema se resuelve, sea positivamente, si se acepta la pretensión, sea negativamente, si tal pretensión es rechazada. *Tertium non datur*: Un conflicto es «no arbitrable» o político, no porque en su naturaleza no sea un conflicto jurídico y consecuentemente no puede ser resuelto por un Tribunal, sino porque una de las partes, o ambas, no quiere, por algún motivo, que sea resuelto por una instancia objetiva.

A tales necesidades y a las tendencias que de ellas se derivan, la teoría del Derecho internacional suministra la necesaria ideología, con sus conceptos de conflicto «arbitrable» y «no arbitrable», de controversia jurídica y política. Carl Schmitt traslada esos conceptos al

ámbito del Derecho interno del Estado, cuando distingue — lo mismo que muchos otros juristas — entre materias «justiciables» y materias «no justiciables» en orden a prevenir contra la extensión de la jurisdicción a estas últimas, desde el momento que aclara que a través de ella «sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial» (p. 41). Según Carl Schmitt, las cuestiones «políticas» no son justiciables.

Desde el punto de vista de una consideración orientada *teóricamente*, lo que puede afirmarse es sólo lo siguiente: que la función de un Tribunal constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la de otros Tribunales —y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional— pero no porque no se trate de un «Tribunal» su función no sería «jurisdiccional», y mucho menos que esta función no pueda ser transferida a un órgano dotado de independencia judicial. Eso significaría deducir directamente supuestos de la forma de la organización estatal, de cualquier concepto, como por ejemplo del de jurisdicción.

V

Dado que Carl Schmitt da un valor tan especial a la demostración de que la así llamada jurisdiccionalidad de la Constitución no es jurisdiccionalidad, se esperaría de él una clara y precisa determinación del concepto. Pero tal expectativa se ve frustrada. Lo que él aporta para la determinación de la esencia de la jurisdiccional-

lidad es más que escaso, y se orienta, en lo esencial, a un regreso a concepciones desde hace tiempo reconocidas como erróneas.

Si se sintetizaran sus muy dispersas anotaciones sobre el cuestionado asunto, surgiría aproximadamente la siguiente tesis: la jurisdicción está, en su esencia, ligada a normas, es decir, a aquellas normas que «permiten una subsunción concreta al hecho» y que, además, no son «dudosas o discutibles» en su contenido (p. 35). Por eso, dado que en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley nunca se trata de la «subsunción de acuerdo al estado del hecho concreto», sino que la mayoría de las veces se trata de la «fijación del contenido de una ley dudosa en su contenido», no hay aquí jurisdicción alguna. Para comenzar inmediatamente con la segunda cualidad con que caracteriza a la jurisdicción, sólo puede expresarse asombro de que Carl Schmitt parece ser de la opinión de que los Tribunales civiles, penales y administrativos —cuyo carácter jurisdiccional por cierto no pone en duda— tendrían que aplicar siempre sólo normas cuyo contenido no sea dudoso y controvertido, y que la controversia jurídica que debe resolverse ante uno de esos «Tribunales» verse sólo acerca de un problema de *hecho* y no acerca de la así llamada cuestión de *derecho* que sólo surge cuando el contenido de la norma a aplicarse es dudoso y, consecuentemente, controvertido. Como ejemplo de un caso en el que no hay una «manifiesta contradicción» entre una ley constitucional y una ley ordinaria, pero acerca de la cual existen «dudas y divergencias de opinión» sobre si y en qué medida existe una contradicción, aduce lo siguiente: «Cuando una disposición contenida en la Constitución establece que las Facultades

teológicas han de ser conservadas, y una ley ordinaria estatuye que las Academias Teológicas han de ser suprimidas [lo único discutible es si las Academias teológicas son Facultades de Teología, y si el objeto a que se refiere la ley ordinaria es el mismo de la disposición contenida en la Constitución]» (p. 80). El contenido de la norma constitucional es evidentemente dudoso porque es incierto si bajo «Facultades teológicas» se ha de entender «Academias teológicas». Toda palabra es superflua en orden a demostrar que la sentencia de los Tribunales ordinarios —cuyo carácter jurisdiccional está fuera de dudas y del que nunca se ha dudado— significa en numerosos casos la determinación del contenido de una ley dudosa. Cuando Carl Schmitt habla de «la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal [emitido en forma de sentencia] y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional» (p. 11), puede afirmarse solamente que la mayor parte de las decisiones procesales son decisiones sobre dudas y opiniones opuestas acerca del contenido de una disposición legal. Y por cierto que nunca hasta ahora se hizo una afirmación sobre la jurisdicción que desconozca tan completamente su esencia, como ésta: «La Justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido» (p. 35). Sólo la inversión de este juicio hace volver a la verdad simple y evidente para todos: que generalmente la jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de controversias sobre hechos y nunca propiamente de controversias sobre el «derecho».

Puede dudarse acerca de si es oportuno transferir a un Tribunal independiente la determinación del contenido de una ley *constitucional* dudosa, y se puede preferir, por alguna razón, poner esta función en manos del Gobierno y del Parlamento. Pero es imposible afirmar que la función de un Tribunal constitucional no sea «Justicia» cuando la norma que debe aplicar tiene un contenido dudoso y que, por ende, su sentencia es la determinación de ese contenido; pues es imposible poder afirmar que la índole dudosa del contenido de la norma en una ley constitucional es algo distinto de lo que es una ley que no tiene carácter de ley constitucional.

El otro criterio: que las normas aplicadas en sede judicial deben posibilitar una subsunción concreta no es inexacto; pero sí lo es la afirmación de que la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley no implica la subsunción de acuerdo al hecho concreto. Lamentablemente, Carl Schmitt omite explicar qué entiende por «hecho concreto». Pero tal vez haya que reconocer que él vea que el proceso de subsunción de un hecho concreto se da de la manera simple y más clara cuando un Tribunal penal debe decidir acerca de una acusación de delito. Si un Tribunal penal establece que la conducta del imputado es precisamente un hecho tal que la ley penal caracteriza como delito, es decir, como condición de una determinada sanción, hay un procedimiento idéntico cuando un Tribunal constitucional reconoce como inconstitucional una ley impugnada desde algún punto de vista. La inconstitucionalidad de una ley puede consistir no sólo —como parece a primera vista— en que ha sido adoptada mediante un *procedimiento* no prescrito por la Constitución, sino que también puede tener un *contenido* que no debería tener según la Cons-

titución; en la medida en que precisamente la Constitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las futuras leyes, por ejemplo, mediante la exposición de pautas, principios, etc. Pero dado que una jurisdicción constitucional en relación con las leyes sólo es posible cuando las normas constitucionales *materiales* son presentadas también bajo la específica *forma* constitucional, es decir, como leyes cualificadas —pues de otro modo cada ley constitucional material sería derogada o modificada por una ley ordinaria que esté en contradicción con aquéllas, y no sería posible una ley anticonstitucional—, la evaluación de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal constitucional implica una respuesta a la cuestión de si la ley *ha sido dictada de acuerdo con la Constitución*. Pues aun cuando una ley fuese inconstitucional por tener un *contenido* inconstitucional es inconstitucional sólo por no haber sido adoptada como una ley de *reforma de la Constitución*. Y aun en el caso de que la Constitución excluya totalmente de la ley un determinado contenido, de manera que una ley constitucional no pueda en absoluto incluir dicho contenido, por ejemplo, en el caso de la ley de un *Länder* que invada la competencia federal (y que es inconstitucional respecto de la Constitución federal, aun cuando haya sido adoptada como ley de *Länder*), la inconstitucionalidad de la ley radica en su *promulgación*; por lo tanto, no en si es o no pertinente, sino en el hecho de haber sido promulgada.

El «hecho concreto», que en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley es *subsumido* bajo la norma constitucional, no es una *norma* —hecho concreto y norma son dos nociones diferentes—, sino que es *la*

producción de una norma; es un auténtico «hecho concreto» regulado por la norma constitucional, y que puede ser subsumido bajo la Constitución por estar regulado y en la medida en que esté regulado por la Constitución, como cualquier otro hecho concreto bajo cualquier otra norma. Pues, se puede «subsumir» un hecho concreto bajo una norma sólo en tanto la norma regule al hecho concreto, es decir, en cuanto la tenga como condición o como consecuencia. Si un Tribunal civil decide acerca de la validez de un testamento o de un contrato, si declara ilegítimo un reglamento, o si un Tribunal constitucional declara inconstitucional una ley, en todos estos casos el *hecho concreto de la producción de una norma* es subsumido por la norma que lo regula y se lo reconoce conforme o contrario a la norma. El Tribunal constitucional reacciona también ante el conocimiento de la inconstitucionalidad de una ley con un acto que se corresponde como *actus contrarius* al hecho concreto inconstitucional de la *producción* de la norma: es decir, con la *anulación* de la norma inconstitucional, sea sólo para un caso concreto (individual), sea para todos los casos (general).

Cuando Carl Schmitt caracteriza el examen de la constitucionalidad de una ley, en cuanto que «se confronta el contenido de una ley con el contenido de otra, se produce una colisión o pugna, y se plantea el problema de cuál de las dos leyes contradictorias debe ser válida; compáranse entre sí reglas generales, pero no se subsume ni se *aplica* una a otra» (p. 78), ha obstruido de tal manera su visión del verdadero contenido que no ve la diferencia entre la ley como norma y la producción de la ley como *hecho concreto*. Es simplemente víctima de un equívoco. Y por eso su argumentación,

en todas sus posibles variaciones, es que no existe «una jurisdicción de la ley contenida en la Constitución por encima de una norma», que no existe «jurisdicción de la norma sobre otra norma», que «una ley no puede ser defensora de otra ley». En cuanto a la jurisdicción constitucional, no consiste, como Carl Schmitt reprocha a la «teoría normativa» que analiza esta función, en que «una norma tiene que defenderse a sí misma normativamente», o en que una ley más débil sea defendida por una más fuerte o una más fuerte por una más débil, sino simplemente en que una norma debe ser anulada en su validez singular o general en razón de que el hecho concreto de su producción se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho concreto, y que por ello es una norma superior.

VI

Para no admitir el control de la constitucionalidad como «jurisdicción», con el fin de poder caracterizarlo como «legislación», Carl Schmitt se aferra firmemente a su concepción de la relación de estas dos funciones, que hasta hoy se creía había sido liquidada. Es la concepción que sostiene que la decisión judicial está ya contenida en la ley, deducida de ello sólo mediante una operación lógica; ¡la Justicia como autómata jurídico! Es decir, Carl Schmitt afirma con toda seriedad que la «decisión» del juez «se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida e individualizable, que se halla ya contenida en la ley» (p. 69). También esta doctrina proviene del sistema ideológico de la monarquía constitucional: el juez, independizado del monarca, no debe ser consciente del

poder que la ley le confiere y le debe conferir, dado el carácter general de la misma. Debe creer que es un simple autómeta, que no produce derecho creativamente, sino que «encuentra» al derecho ya creado, y a la decisión ya tomada por la ley. Esta doctrina hace ya tiempo que es conocida⁸. Y por eso no es de extrañar que Carl Schmitt no se haya adherido más a esta teoría del autómeta, después que le sirvió para distinguir, en principio, la jurisdicción como mera aplicación del derecho, de la legislación como creación del derecho; después que esta teoría le asegurara el principal argumento teórico del que se sirviera en su lucha contra el control de la constitucionalidad: «una ley no es una sentencia, una sentencia no es una ley», sino que aclara con énfasis: «en toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones a un hecho concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma» (p. 83). Precisamente de este punto de vista se sigue que entre ley y sentencia judicial no hay una diferencia cualitativa, que ésta lo mismo que aquélla son *productoras* de derecho, y que la sentencia de un Tribunal constitucional, por ser un acto de legislación, no deja de ser un acto de jurisdicción, es decir, de *aplicación* del derecho; y no en último término, dado que el elemento de la «decisión» de ninguna manera está limitado a la función de legislar, sino que también —y de manera necesaria— está incluido en la función judicial, ambas deben tener carácter «político». Pero, con esto, toda la argumentación que no quería admitir el control de la constitucionalidad como jurisdicción por su carácter político pierde su razón de ser. Sólo permanece la

⁸ Ver mi *Allgemeine Staatslehre*, pp. 231 ss. y 301.

pregunta de por qué un autor de un espíritu tan fuera de lo común, como Carl Schmitt, se enreda en contradicción tan manifiesta sólo con el fin de poder mantener su tesis de que el control de la constitucionalidad no es jurisdicción, sino legislación, cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas. Apenas si hay otra explicación posible que esta: la afirmación de que el control de la constitucionalidad no es jurisdicción, sostenida por Schmitt incluso en contradicción con su propia concepción teórica, es presupuesto inexcusable de una consideración *política* de lo *jurídico*, ya que la decisión sobre la constitucionalidad de una ley y la anulación de una ley anticonstitucional en un procedimiento judicial no son «jurisdicción» y en consecuencia dicha función no *puede* ser confiada a un colegio de jueces independientes, sino a otro órgano.

Es sólo otra manera de expresar la misma argumentación, cuando Carl Schmitt clasifica los Estados, según la importancia de la función en cada caso, en Estados judicialistas, o de jurisdicción, y Estados legislativos (p. 135); de que un Estado —como el *Reich* alemán— sea un Estado legislativo, concluye que «en un Estado legislativo no puede existir ninguna Justicia constitucional o Tribunal de Justicia Constitucional como auténtico defensor de la Constitución» (p. 137). Asimismo dice (p. 39): «no es posible que la Justicia ejerza semejantes funciones». Tal vez sería más correcto consignar que un Estado cuya Constitución establece un Tribunal constitucional no es por eso un «Estado legislativo», que concluir que no «puede» existir un Tribunal constitucional, pues no se ajusta a ese esquema teórico. Es siempre el mismo razonamiento: presupones un concepto jurídico y deducir de él la estructura jurídica deseada; la típica

confusión de *teoría* jurídica y consideración *política* del derecho⁹.

⁹ La concepción acerca de la diferencia esencial entre ley y sentencia judicial, que nadie contradice tan enérgicamente como Carl Schmitt cuando afirma que las dos son esencialmente iguales y que ambas son «decisiones», constituye curiosamente para este autor también la base de una polémica contra la *teoría del derecho por grados* que yo defiendo, y que reconociendo la misma esencia a la legislación y a la jurisdicción, busca una diferencia cuantitativa. Cuando la teoría del derecho por grados ve en la legislación, lo mismo que en la jurisdicción, una *producción de normas*, procede metodológicamente como Carl Schmitt cuando reconoce en ambas un «elemento decisorio». Así se explica la vehemencia de su polémica, que elabora, más que con argumentos objetivos, con juicios de valor acentuados emotivamente como «abstracciones sin objeto» o «metáforas fantasiosas» o «lógica de pata de ganso» (p. 70). El resultado de la teoría del derecho por grados, que he construido a través de una crítica metodológica radical y en dura lucha contra cualquier clase de antropomorfismo, mi «jerarquía de las normas», es despachado en forma de notas como «antropomorfización insensata y confusa» e «improvisada alegoría» (p. 74 en nota). En el comentario a un trabajo predominantemente construido desde una consideración política del derecho tendría poco sentido discutir en relación con una teoría que no pretende otra cosa que ofrecer un análisis estructural del derecho. Por eso me contento con afirmar que la doctrina contra la que Carl Schmitt polemiza no tiene casi nada que ver con la teoría que yo sostengo. Hay aquí un burdo malentendido. Carl Schmitt cree refutar mis tesis cuando escribe: «Cuando una norma es más difícil de modificar que otra, la relación entre ambas es, en todos los aspectos imaginables (el lógico, el jurídico, el sociológico), algo distinto de una jerarquía; una indicación de competencia en virtud de preceptos formulados en la Constitución no se encuentra, con respecto a los actos emanados del organismo competente, en la relación que existe con un organismo superior (pues una regulación no es un organismo) y lo cierto es que la ley ordinaria no está ligada por una relación de subordinación con la ley formulada en la Constitución, que es, por eso, difícilmente modificable» (p. 74). Si yo afirmara que la Constitución está «por encima» de las leyes sólo porque es más difícil de modificar que éstas,

Finalmente, un análisis científico-jurídico que se ocupe de la posibilidad de una jurisdicción constitucional no debería pasar por alto el hecho de que existe un Estado —a saber, *Austria*— en el que desde hace más de un decenio funciona un control de constitucionalidad central perfectamente estructurado. Analizar su real eficacia sería por cierto más provechoso que indagar acerca de su compatibilidad con el concepto de Estado legislativo. Carl Schmitt se contenta con poner «la solución austríaca» entre comillas, y hacer notas que «por las incidencias del primer decenio subsiguiente a la Revolución, apenas se ha comentado la importancia práctica que tendría el agrandar de tal modo la esfera de la Justicia, habiéndose conformado los autores con enunciar normas de carácter formalista y abstracto»

entonces mi teoría sería en realidad tan sin sentido como lo expone Carl Schmitt. Pero en dicha exposición se ha pasado por alto una pequeñez: que yo distingo con el máximo vigor entre Constitución en sentido *material* y Constitución en sentido *formal*, y que fundamento la superioridad de rango de la Constitución sobre el rango de las leyes, no por la forma, puramente accidental y no esencial, sino por el *contenido* de la Constitución. La Constitución entra en consideración como norma que está por encima de la legislación por el hecho de que determina el procedimiento legislativo y, en cierta medida, incluso el contenido de las leyes (aprobadas en base a la Constitución); así como la Constitución está por encima de la así llamada ejecución (jurisdicción, administración), en cuanto regula la formación de sus actos y, en una amplia medida, también su contenido. En la relación entre el rango de la legislación y el de la ejecución, el problema de la mayor o menor dificultad de modificación no desempeña ningún papel. Incluso si Carl Schmitt hubiese leído, de todos mis escritos, solamente mi conferencia sobre «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» (en *Veröffentlichungen d. Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, 1928) o al menos la p. 36 de dicho escrito, lo sabría.

(p. 14). Si con los «normativismos y formalismos» se piensa en la *Escuela de Viena*, entonces sus «abstracciones» no le han impedido realizar un buen aporte creativo en lo jurídico, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austríaco; en orden a explicar su «real importancia», Carl Schmitt no ha descendido de las alturas de *su propia* abstracción.

La imposibilidad teórica de este método y su intrínseca contradicción se vuelven manifiestos cuando Carl Schmitt, al final de su trabajo, llega a deducir el deseado resultado en términos de consideración política del derecho a partir de sus premisas teórico jurídicas. Se dice allí: «Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la Justicia con [estas] contaminaciones políticas» (p. 287), debería recordar el contenido positivo de la Constitución de Weimar, que, como cree Carl Schmitt, coloca al Presidente del *Reich* como defensor de la Constitución. Esto significa, ni más ni menos, que para las cuestiones y conflictos de alta política no se debería instaurar un Tribunal como defensor de la Constitución, porque a través de la actividad de un Tribunal semejante la Justicia se politiza, se la grava y se la pone en peligro. ¿*La Justicia*? ¿Cómo podría, precisamente la Justicia, ser gravada y puesta en peligro por el control de la constitucionalidad —tal como Carl Schmitt se ha esforzado en probar por todos los medios— cuando el control de la constitucionalidad no es, en absoluto, «Justicia»?

Con todo, no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los «límites» de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Sólo que dicha

pregunta, en este contexto, no debe plantearse acerca del *concepto* de jurisdicción, sino acerca de la mejor ordenación de su función de acuerdo a sus fines, y que ambos problemas deben mantenerse claramente separados. Si se desea restringir el poder de los Tribunales, y con ello el carácter *político* de su función —tendencia ésta que aparece especialmente en la monarquía constitucional, pero que puede observarse en la república democrática—, entonces debe limitarse lo más posible el espacio de la *libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación. Entonces, las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como «libertad», «igualdad», «justicia», etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento del poder* del Parlamento —no previsto por la Constitución— y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, «que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento»¹⁰. Pero éste no es

¹⁰ H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, p. 70; *op. cit.*, p. 141. Estas frases están en conexión con una exposición que transcribo por entero, para mostrar a aquéllos que sólo han leído el escrito de Schmitt, hasta que punto es injustificado hablar, en lo que me concierne, como de un «obstinado partidario de un ciego normativismo» y de una «lógica normativista y formalista» y afirmar que «los estragos que esta especie de lógica ha causado en la teoría del concepto de ley» (p. 70): «Se afirma en ocasiones que por encima de la Constitución de todo Estado, hay ciertas

un problema específico de la jurisdicción constitucional; es *asimismo válido para las relaciones entre la ley y los Tribunales civiles, penales y administrativos que*

reglas de Derecho natural que deben ser asimismo respetadas por las autoridades estatales encargadas de la aplicación del derecho. Si se trata de principios plasmados en la Constitución o en cualquier otro grado de ordenamiento jurídico extraídos del contenido del Derecho positivo por vía de abstracción, su formulación como reglas jurídicas independientes resulta bastante inofensivo. Estos principios son, en tal caso, aplicados con, y sólo con, las normas jurídicas en las que se encuentran plasmados. Sin embargo, si se trata de principios que no han sido traducidos en normas jurídicas positivas sino que solamente deberían serlo porque se considera que son juntos —aunque sus partidarios los consideren, de forma más o menos clara, como derecho—, entonces estamos en presencia de meros postulados que no son jurídicamente vinculantes, que en realidad no expresan más que intereses de determinados grupos y que se formulan para que sean asumidos por los órganos encargados de la creación del derecho: no sólo por el legislador, cuyo poder para realizarlos es casi ilimitado, sino también por los órganos de menor grado en la producción normativa que en cuanto aplican el derecho siguen contando con ese poder en menor medida, aunque continúen temiéndolo en la misma medida en que conservan un poder discrecional: es el caso de la Justicia y de la Administración, cuando han de escoger entre varias interpretaciones igualmente posibles.

«Precisamente en esta circunstancia de que la consideración o la plasmación de estos principios, a los que nadie —a pesar de todos los esfuerzos que a ello se han dedicado— ha podido hasta ahora dotar de un contenido medianamente unívoco, no tiene ni puede tener en el proceso de creación del derecho, por las razones anteriormente indicadas, el carácter de una aplicación del derecho en sentido técnico, se encuentra la respuesta a la cuestión de saber si pueden ser aplicados por un Tribunal constitucional. Y sólo aparentemente ocurre otra cosa cuando, como sucede a veces, la propia Constitución se refiere a estos principios al invocar los ideales de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., sin precisar al menos la forma en que deben entenderse. Si estas fórmulas se limitan a encubrir la ideología política usual con la que todo ordenamiento jurídico trata de adornarse, la apelación a

las aplican. Este es el antiguo dilema platónico: *politeia* o *nomoi*, rey-juez o rey-legislador. Desde el punto

la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc., significan únicamente, al faltar una precisión del contenido de estos valores, que tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para llenar discrecionalmente el espacio que les dejan la Constitución y la ley. Porque las concepciones acerca de la justicia, la libertad, la igualdad, la moralidad, etc., son hasta tal punto diferentes entre sí, según la perspectiva de los intereses de que se trate, que, si el derecho positivo no consagra una de estas concepciones, toda regla jurídica puede justificarse en base a alguna de ellas. Pero, en todo caso, la apelación a los valores en cuestión no significa, ni puede significar, que el derecho positivo contradiga la concepción personal de cada cual acerca de la libertad, la justicia, etc., ni pueda nunca dispensar a los órganos de creación del derecho de aplicarlo. Las fórmulas en cuestión no tienen, pues, en general, gran significación. Si se prescinde de ellas, no se modifica nada en la realidad efectiva del derecho. Sin embargo, estas mismas fórmulas pueden desempeñar un papel extremadamente peligroso precisamente cuando se trata de controlar la constitucionalidad de las leyes. Podrían interpretarse las disposiciones que invitan al legislador a someterse a la justicia, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido futuro de las leyes. Esta interpretación sería equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. Ello no obstante, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las declaraciones de derechos individuales es fácilmente difuminable, y no es imposible que un Tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de la ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo *absolutamente inadmisibile*. La concepción de justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y

de vista teórico, la diferencia entre un Tribunal constitucional competente para la casación de las leyes y un Tribunal ordinario en lo civil, penal o administrativo, es que tanto éstos como aquél aplican derecho y también generan derecho; estos producen sólo normas individuales, mientras que aquél, aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que —tal como lo he señalado— oficia de «legislador negativo»¹¹. Pero entre la función de un Tribunal cons-

equivoco como el de «justicia» u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el Tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un *desplazamiento semejante* —ciertamente no querido por la Constitución y contraindicado políticamente— *del poder del Parlamento a una institución que le es ajena* y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de *fraseología* y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.»

¹¹ *Op. cit.*, pp. 130 ss. Previendo que el argumento principal contra la introducción del control de constitucionalidad fuese la separación entre jurisdicción y legislación, escribí: «No son las cosas muy distintas en lo referente a la segunda objeción, que parte del principio de la separación de poderes. Ciertamente, la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto del propio órgano legislativo constituye una invasión del "Poder Legislativo", como corrientemente se dice. Pero el carácter muy problemático de esta argumentación se ve con claridad si se considera que el órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales, aunque reciba —por la independencia de sus miembros— la organización propia de un Tribunal, no ejerce, sin embargo, verdade-

titucional semejante y la de los Tribunales ordinarios se introduce una forma intermedia, muy digna de atención, con su derecho de control sobre leyes y decretos.

ramente una función jurisdiccional. En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea normas generales mientras que aquélla sólo crea normas individuales. (Dejemos de lado el hecho de que esta no sea una distinción de principio ya que el legislador —especialmente el Parlamento— puede dictar también normas individuales.) Anular una ley es dictar una norma general, porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. *Un Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con Poder Legislativo.* La anulación de las leyes por un Tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como una atribución del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el Poder Legislativo. Ahora bien, en este caso no se habla generalmente de una violación del principio de separación de poderes, como tampoco se hace, por ejemplo, cuando, en las *Constituciones de las monarquías constitucionales*, la legislación es encomendada en principio al Parlamento conjuntamente con el monarca, pero este último tiene, conjuntamente con los ministros y en ciertas circunstancias excepcionales, la facultad de dictar decretos que derogan las leyes (decretos de excepción). Nos conduciría demasiado lejos examinar aquí los motivos políticos de los que ha nacido esta doctrina de la separación de poderes, aunque solamente así podría verse el sentido verdadero de este principio, que es su función de equilibrio de las fuerzas políticas en la monarquía constitucional. Si se quiere mantenerlo en la república democrática sólo puede ser razonablemente tomado en consideración, de entre sus diferentes significados, aquél que se expresa mejor en la fórmula de «división de poderes» que en la de «separación» de los mismos, es decir, el que alude a la idea del reparto de poder entre órganos diferentes no tanto para aislarlos recíprocamente como para permitir un control recíproco de unos sobre otros. Y esto no sólo para impedir la concentración de un poder excesivo en manos de un solo órgano —concentración que sería peligrosa para la democracia—, sino también para garantizar la regularidad del funcionamiento

Pues un Tribunal que no aplica a un caso concreto una ley en razón de su inconstitucionalidad, o un reglamento en razón de su ilegalidad, elimina una norma general y opera así también como «legislador negativo» (en el sentido material del término «ley»). Sólo que la anulación de la validez de la norma general está limitada a un caso y no *in toto* —como la sentencia de un Tribunal constitucional—, es decir, a todos los casos posibles.

VII

Una cuestión propia del entendimiento político del desecho del que participa Schmitt, es la de determinar si el procedimiento por el cual un órgano investido de independencia judicial examina la constitucionalidad de una ley debe configurarse —es decir, organizarse— esencialmente de la misma manera que un proceso civil, penal o administrativo —en especial si debe ser contencioso— en cuanto que los *pro* y los *contra* de la constitucionalidad de la ley sean, a ser posible, discutidos públicamente. Este procedimiento no es esencial a la «jurisdicción»; también el procedimiento administrativo

de los diferentes órganos. Pero entonces la institución de la Justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo. *El problema de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un Tribunal, carece, por consiguiente, de dificultad.* Su independencia, tanto frente al Parlamento como frente al Gobierno, es un postulado evidente. Porque son precisamente el Parlamento y el Gobierno, en su calidad de órganos que participan en el procedimiento legislativo, quienes deben ser controlados por la Justicia constitucional.»