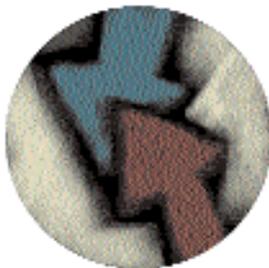


La defensa de la constitución: ¿derecho o poder?



Desde el análisis de dos perspectivas y concepciones opuestas del Estado y, sobre todo, de la democracia, este artículo nos aproxima al complejo fenómeno de las relaciones entre el derecho y el poder.

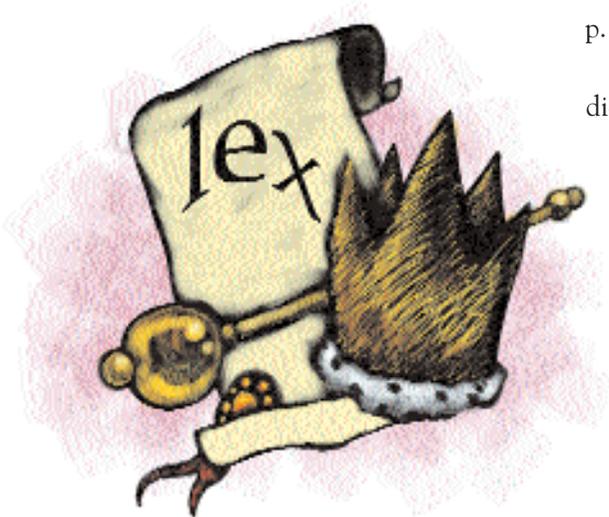
Lorenzo Córdova Vianello

En una serie de ensayos dedicados al normativismo kelseniano, Norberto Bobbio definió metafóricamente la relación que guardan los conceptos de derecho y poder como dos caras de una misma moneda (Bobbio, 1992a). Ello implica que dicha relación pueda ser vista, o bien prevalementemente desde la perspectiva del derecho, o desde la perspectiva del poder. Para seguir con la metáfora sugerida por Bobbio, cuál de los dos conceptos sea la *cara* y cuál el *reverso* de la medalla depende de la perspectiva con la cual se afronte el problema. En tal sentido, si se adopta la perspectiva del derecho, el poder aparece como algo derivado del mismo y que por lo tanto encuentra su origen y regulación en las normas. Si, por el contrario, se adopta la perspectiva del poder, el derecho aparecerá como un producto, un modo de expresión, del poder, y por lo tanto plenamente subordinado a éste.

Se trata, como resulta claro, de posturas teóricas radicalmente contrapuestas que privilegian respectivamente a uno de los dos conceptos sobre el otro. Cada una de ellas, llevada a sus extremas consecuencias lógicas, acaba por concebir al Esta-

do o bien como un sistema de poderes organizado a partir de un poder superior, fundante, al cual están subordinados y del que se desprenden los demás (y que coincide con la idea del *poder soberano*); o bien como un conjunto de normas jurídicas jerárquicamente ordenadas que se derivan de una norma superior, la cual cumple el papel de ser el origen y el fundamento de validez del resto de las normas inferiores y que, en cuanto tal, se presenta como *Nomos basileus* de ese ordenamiento.

El papel que cumplen en ambas concepciones la idea de poder soberano y de norma fundamental es simétrico pues de cada de ellas se derivan los demás poderes y las demás normas. Ello es así, sostiene Bobbio, porque en la medida en que “la norma fundamental tiene la función de cerrar un sistema fundado en la primacía del derecho sobre el poder, la soberanía tiene la función de cerrar el sistema fundado



sobre la primacía del poder sobre el derecho” (Bobbio, 1992b, p. 153).

Las dos teorías que representan de la manera más clara y radical cada una de las perspectivas opuestas sobre la relación existente entre derecho y poder son la planteada por Hans Kelsen y la que, por su parte, sostiene Carl Schmitt, teorías que son representativas, cada una de ellas, de las dos corrientes de pensamiento jurídico antagónicas por excelencia: el *normativismo* y el *decisionismo*. Así, en efecto, mientras Kelsen considera al derecho como el principal instrumento de organización y de control de la fuerza, Schmitt lo concibe, por el contrario, como el producto de la capacidad de decisión de quien detenta el poder político. Para el primero de esos autores, el Estado es identificado con el ordenamiento jurídico y, por ello, las categorías de la política tienden a resolverse en categorías del derecho. Para Schmitt, por el contrario, el derecho se resuelve, tendencialmente, en lo político: no es la norma como tal, sino la decisión —es decir la voluntad política que genera la norma—, la que se erige como el principio fundacional y explicativo del mundo del derecho.

El contraste entre ambas concepciones encontró en la famosa controversia que Kelsen y Schmitt sostuvieron sobre el control de constitucionalidad (o si se quiere sobre el “defensor de la constitución”) una de sus más acabadas y célebres expresiones. La toma de posición de Kelsen a favor de una corte constitucional encargada de la vigilancia de la constitucionalidad de los actos del poder político, por un lado, y la opción de Schmitt de considerar al presidente del *Reich* como el “defensor de la constitución”, por otro lado, se presentan como dos planteamientos consecuentes del normativismo y del decisionismo, respectivamente. O bien, retomando una vez más el esquema sugerido por Bobbio, de las dos teorías que de manera más clara y radical atribuyen, una, la primacía del derecho sobre el poder, y la otra, la primacía del poder sobre el derecho.

La esencia de la teoría kelseniana de la garantía constitucional tiene que ser buscada en su famosa concepción del ordenamiento jurídico como un sistema jerárquico de normas que, al estar supraordenadas la una a la otra, regulan su propia creación a través de la institución de poderes jurídicos autorizados para crear normas. Con base en este sistema, la norma superior se presenta como la fuente de origen y de validez de todas las normas inferiores. En el vértice de esta “escalinata de normas” encontramos a la constitución (es decir, la norma fundamental entendida en su sentido “jurídico-positi-

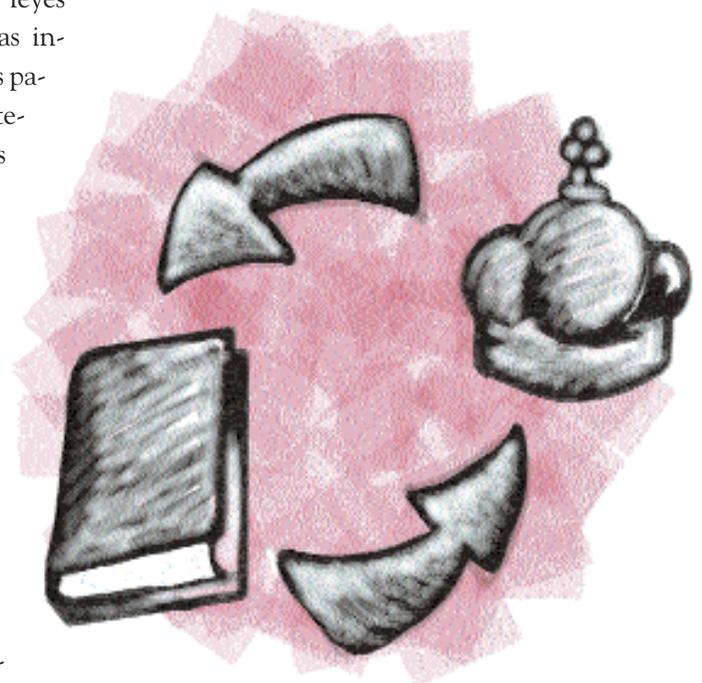


vo”), que se presenta como la primera norma positiva del ordenamiento jurídico y, por ese mismo hecho, como la fuente de validez directa o indirecta de todas las normas inferiores. La constitución establece los procedimientos de creación normativa, pero puede también determinar los contenidos fundamentales a los cuales las normas inferiores deberán ajustarse. Del respeto de los procedimientos y, en su caso, de los contenidos establecidos por la constitución depende así la validez de las normas que componen un ordenamiento determinado. En tal virtud, una norma creada por un poder no autorizado, o bien creada por la autoridad competente, pero sin respetar los principios formales y sustanciales establecidos en la constitución, debe ser considerada como inválida y por lo tanto nula, lo que equivale a decir que es jurídicamente inexistente. De esta manera, la *inconstitucionalidad* de una norma, es decir, su falta de coherencia con las reglas establecidas por la constitución, puede ser de tipo *formal* o *material*, dependiendo de si no fueron respetados los procedimientos preestablecidos para su creación o de si los contenidos plasmados en dicha norma no coinciden con los establecidos en la constitución.

Esa coherencia de una norma con las normas que le son superiores (y de las que, en consecuencia deriva), y en última instancia de la constitución (que en cuanto tal es la fuente positiva de todas las normas del sistema) es llamada por Kelsen “regularidad” del ordenamiento jurídico. Así, el control de constitucionalidad está encaminado a preservar dicha “regularidad”, mediante la verificación de la correspondencia entre las leyes y la constitución e, indirectamente, de todas las normas inferiores con esta última (Kelsen, 1981a, pág. 154). En otras palabras, la función de la garantía de la constitución es mantener la coherencia formal (en cuanto a los procedimientos de creación de las leyes) y sustancial (en cuanto a los contenidos de las leyes) del ordenamiento jurídico en su conjunto, anulando, para ello, todas las normas y actos que contravengan a la constitución.

Por su parte, la idea de protección de la constitución en la obra de Carl Schmitt adquiere un significado diametralmente opuesto al sugerido por Kelsen en la medida en que el mismo concepto de constitución es completamente distinto. Para Schmitt la constitución es la “decisión total sobre la especie y la forma de la unidad política de un pueblo” (Schmitt, 1984, p. 38). La constitución no es para este autor una norma (o, en su caso, un conjunto de normas) que establece los principios fundamentales con base en los cuales se regula la vida so-

cial, sino más bien es la expresión de la presunta unidad de un pueblo que “adquiere conciencia de su existencia colectiva”, lo que pone en evidencia la concepción organicista de la sociedad que sostiene este autor. En consecuencia, custodiar a la constitución no significa para Schmitt lo que ordinariamente se conoce como garantizar la “constitucionalidad de las normas”, sino más bien la *protección de la unidad y, por ello, de la existencia política de un pueblo*. Esta particular concepción revela de manera evidente el profundo rechazo que Schmitt le profesa a las concepciones normativistas y que es uno de los ejes conductores de toda su obra. Los conceptos schmittianos del derecho, en general, y de constitución, en particular, como puede suponerse, rebasan el ámbito normativo y asumen connotaciones existenciales. Para Schmitt la constitución existe más allá de las normas positivas, desde el momento en que representa la manifestación de la unidad de un pueblo, la cual debe poder existir y por ello ser



protegida incluso en las situaciones excepcionales en las cuales las normas dejan de tener eficacia.

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



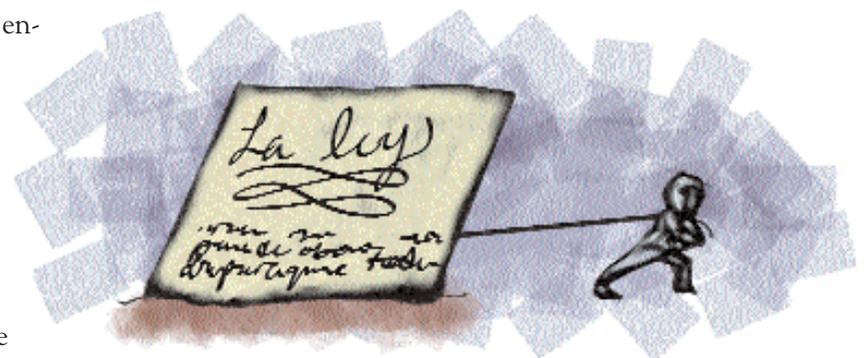
Por otro lado, encontramos la posición de Carl Schmitt, para quien el pluralismo representa una especie de enfermedad que corrompe y disuelve la unidad del pueblo. Este último es concebido, no como una mera suma de individuos, sino como un sujeto colectivo unido por el reconocimiento de vínculos de afinidad que le permiten identificarse y, precisamente por ello, diferenciarse respecto de otros pueblos. Es justamente en esa diferenciación frente a los otros –diferenciación que constituye el punto de partida para una contraposición y para el combate a los contrarios– lo que define a juicio de Schmitt a la política. La posibilidad de que nazcan y se manifiesten diferentes orientaciones políticas al interior de cada pueblo debe ser categóricamente excluida, si no se quiere llegar a la fragmentación y, con ello, a la “muerte política” de la nación. En este caso, el pueblo es una única masa homogénea que sólo puede distinguirse cuando se compara con otras masas diversas que son igualmente homogéneas hacia su interior. Por lo que hace a la constitución, en esta concepción, ésta no es otra cosa más que la forma a través de la cual “existe políticamente un pueblo”.

Esa discordancia se refleja en las diferentes propuestas para actualizar la idea de protección de la constitución que ambos autores proponen. Por su parte, Kelsen plantea la existencia de una corte encargada expresa y específicamente del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos ejecutivos del poder público, idea que se inspira, como reconoce el mismo autor, en el tribunal constitucional instituido por la constitución austriaca de 1920 (Kelsen, 1981b, pág. 252). Kelsen piensa así en un control de constitucionalidad de tipo “centralizado” el cual es encomendado de manera exclusiva a un órgano especializado.

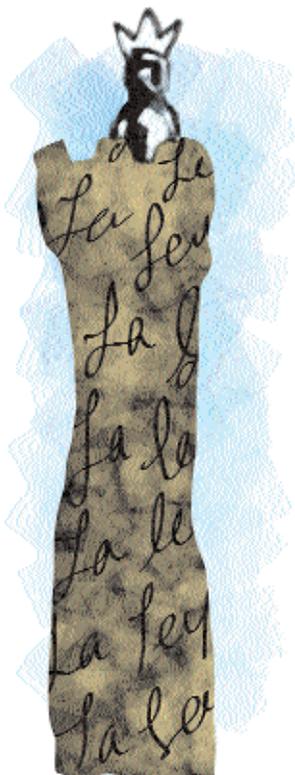
Un sistema centralizado de constitucionalidad, sostiene Kelsen, “puede ser encomendado sólo a un órgano supremo central” (Kelsen, 1981a, pág. 166), un tribunal constitucional creado expresamente para ello. Esta decisión es motivada por la exigencia de que el poder de anular los actos inconstitucionales adoptados por el parlamento o por el gobierno sea confiado a un órgano diverso e independiente de cualquier otra autoridad estatal (Kelsen, 1981a, pág. 172). “La función política de la constitución –afirma el autor– es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la constitución significa *certeza de que estos límites no serán rebasados*” (Kelsen, 1981b, pág. 232; el subrayado es mío); por ello, ningún órgano es menos idóneo para cumplir con la tarea de custodiar a la constitución que aquel que tiene el poder político para violarla. El parlamento y el gobier-

no, en cuanto son órganos que participan en la tarea legislativa, son precisamente los principales poderes –aunque no los únicos– que deben ser controlados mediante el procedimiento de garantía constitucional, por lo cual, de conformidad con el principio referido, la revisión de sus actos no puede ser atribuida a alguno de sus miembros (Kelsen, 1981a, págs. 174-175). La naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad es justificada por Kelsen, además, con base en su convicción de que la interpretación de la constitución es una tarea estrictamente jurídica y, por esa razón, debe ser confiada a técnicos del derecho, como son los jueces.

Por su parte, Schmitt rechaza la opción de Kelsen a favor de un tribunal constitucional en la medida en la que, sostiene, la garantía de la constitución es una función política y no meramente jurisdiccional. Quien propone la institución de un tribunal constitucional en Alemania, afirma Schmitt, lo hace inspirándose en la figura de la suprema corte establecida por la constitución norteamericana sin darse cuenta que ese órgano “es todo menos una corte constitucional”; éste es en realidad el verdadero y propio centro del poder de decisión de una forma de Estado que Schmitt califica como “jurisdiccional”. Pretender crear un tribunal de ese tipo en una república como la de Weimar sería, según Schmitt, un grave sinsentido (Schmitt, 1981, págs. 27 y siguientes), que acarrearía la peligrosa consecuencia de politizar a la jurisdicción. La garantía de la constitución, sostiene este autor, no debe ser considerada como una instancia para la solución de intereses privados contrapuestos, sino más bien como la protección de la unidad del pueblo “en contra de peligros de todo determinados y concretamente temidos” que provienen fundamentalmente de la acción del poder legislativo; protección que no es posible con el recurso privatista de resolver los conflictos gracias a la actuación de un tribunal. Por eso, a juicio de Schmitt, debe confiarse esa función al gobierno y, más específicamente, al jefe del Estado. En efecto, esa función puede ser encomendada solamente a un poder que sea capaz de situarse por encima de los intereses de los partidos y que piense en los intereses de la nación entera; un poder que sea “un contrapeso al pluralismo de los grupos de poder social y económico y defender la unidad del pueblo como totalidad política” (Schmitt, 1981, pág. 241). Un poder, en suma, que sea capaz de tomar las decisiones y al mismo tiempo ser neutral (en donde neutralidad debe entenderse



Para Kelsen, como es sabido,
 el sistema democrático
 es pues un sistema que le
 permite a todos expresar su
 propia orientación y opinión
 política, y tener voz y peso
 en el proceso de formación
 de la voluntad colectiva



como el atributo de un órgano institucional y no de la persona que es su titular). Sólo un poder de ese tipo puede cumplir a cabalidad, según Carl Schmitt, la función de ser el defensor de la constitución.

Ese poder, afirma Schmitt sin ningún tipo de duda, es encarnado únicamente por el presidente del *Reich* alemán. “El hecho de que el presidente del *Reich* sea el defensor de la constitución –afirma Schmitt–, resulta... también por sí sólo, del principio democrático, sobre el cual se basa la constitución de Weimar. El presidente del *Reich* es elegido por todo el pueblo alemán, y sus poderes políticos frente a las instancias legislativas (especialmente el de disolución del *Reichstag* y la de realización de un *referendum*) son, en los hechos, solamente un ‘llamado al pueblo’” (Schmitt, 1981, pág. 241). Para Schmitt, la tarea de defensa de la constitución significa mucho más que la simple garantía constitucional: el hecho de querer conferirle ese poder al presidente lo convierte en la verdadera guía política del pueblo alemán (Schmitt, 1984, pág. 459). Esta función de guía es evidente, según Schmitt, por el hecho de que al presidente, en la medida en la que es expresión de la unidad política del pueblo y por ello es una emanación directa de la voluntad de éste.

Es claro que los dos mecanismos de control de constitucionalidad propuestos respectivamente por Hans Kelsen y por Carl Schmitt son el resultado coherente de dos concepciones totalmente opuestas del Estado y, sobre todo, de la democracia. Por un lado encontramos una concepción garantista, la que sostiene Kelsen, que propone un mecanismo de control del poder político al interior de un sistema democrático; para ello se parte de una interpretación de la democracia que considera consustancial a ésta la búsqueda permanente de un equilibrio entre los diversos órganos del Estado, para procurar evitar que un exceso de poder en manos de uno o en otro lo ponga en grado de infringir las reglas de la convivencia y de lesionar los derechos garantizados por la constitución. El garantismo que subyace a esta concepción de la democracia está enfocado esencialmente a la protección de las minorías frente a los eventuales abusos por parte de la mayoría (Kelsen, 1981a, pág. 202). Para Kelsen, como es sabido, el sistema democrático favorece la posibilidad de un compromiso entre los diversos grupos que sostienen opiniones políticas diferentes; es pues un sistema que le permite a todos expresar su propia orientación y opinión política, y tener voz y peso en el proceso de formación de la voluntad colectiva. La función de garantía o de “defensa” de la constitución tiene que estar encaminada, por lo tanto, a la protección de los derechos de las minorías, ante todo del derecho a no padecer la ti-

ranía de la mayoría. “Si la esencia de la democracia consiste no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los diversos grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento y, por lo tanto, la paz social, la justicia constitucional se presenta como el instrumento idóneo para realizar esta idea” (Kelsen, 1981a, pág. 202). En el pensamiento de Kelsen, “garantía de la constitución” y democracia son conceptos interconectados de forma tal que el control de constitucionalidad asume la tarea de encarnar el último criterio con base en el cual se decide “la gran antítesis entre democracia y autocracia” (Kelsen, 1981a, pág. 170).

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

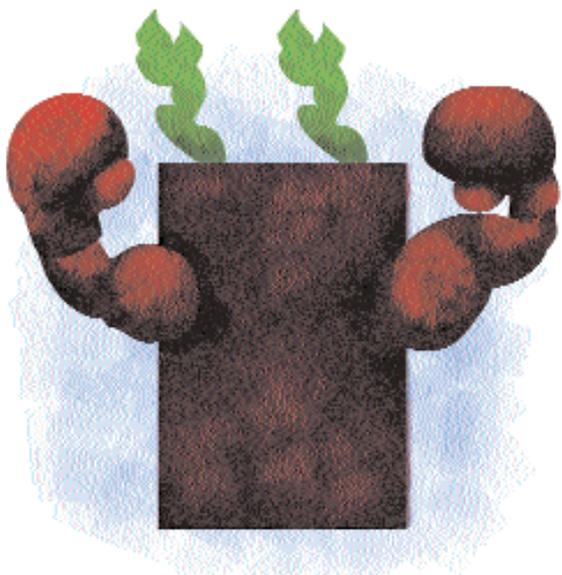
En la concepción de Schmitt, la función de defensa de la constitución es atribuida a un jefe, el presidente, que es elegido directamente por el pueblo y, por ello, es considerado como el verdadero representante y garante de la unidad nacional



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

Bibliografía

- Bobbio, N. (1992a), “Kelsen e il problema del potere”, en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, págs. 103-122.
- Bobbio, N. (1992b), “Dal potere al diritto e viceversa”, en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, pág. 153.
- Bongiovanni, G., y G. Gozzi (1997), “Democrazia”, en Barbera, A. (ed.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, págs. 238-239.
- Galli, C. (1979), “Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettiva di una presenza problematica”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IX, núm. 1, junio, págs. 15 y siguientes.
- Kelsen, H. (1981a), “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, en Kelsen (1981), *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, pág. 148.
- Kelsen, H. (1981b), “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, en Kelsen, H. (1981), *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, pág. 252.
- Kelsen, H. (1997), *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, pág. 10.
- Roherssen, C. (1979), “Il ritorno all’ontologia nel costituzionalismo di Weimar”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IX, núm. 2, diciembre, págs. 493 y siguientes.
- Schmitt, C. (1981), *Il custode della costituzione*, Milán, Giuffrè, págs. 27 y siguientes.
- Schmitt, C. (1984), *Dottrina della costituzione*, Milán, Giuffrè, pág. 38.



Lorenzo Córdova Vianello es licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y doctor de investigación en historia del pensamiento político y de las instituciones políticas por la Università degli Studi di Torino, Turín, Italia. Es profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM, el Instituto Nacional de Ciencias Penales, el Instituto de la Judicatura Federal y el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. Es también investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

loreacor@servidor.unam.mx