

RECENSIONES

VINX, LARS (TRANSLATOR):
THE GUARDIAN OF THE
CONSTITUTION: HANS Kelsen
AND CARL SCHMITT ON THE
LIMITS OF CONSTITUTIONAL LAW,
CAMBRIDGE, CAMBRIDGE STUDIES
IN CONSTITUTIONAL LAW, 2015,
290 PP.

JAVIERA FARÍAS SOTO*

Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

En una época donde el espíritu constituyente fluye en el discurso nacional es interesante volver a mirar las discusiones del pasado sobre un tópico tan controversial como necesario ¿quién debe ser el guardián de la carta fundamental? Este texto provee la primera traducción en inglés del debate sobre tal materia desarrollado en plena crisis constitucional en la República de Weimar entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, en un formato dialéctico refrescante que permite contrastar la plausibilidad de las teorías legales y constitucionales de ambos exponentes, buscando responder a la pregunta sobre la revisión constitucional y el rol que ella cumple en resguardar la constitución frente a las hostilidades desarrolladas por el poder ejecutivo o el legislativo, en su caso.

El traductor parte colocándonos en la situación histórica que sirve de colofón a un debate llevado a cabo hace un par de años por los autores. Corría 1932 cuando el gobierno central de Alemania planificó suspender la autonomía

* Abogada. Licenciada en Derecho y Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumna regular del Programa de Doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria CONICYT para estudios de postgrado en Chile CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2014-21140540. Correo electrónico: <jcfarias@uc.cl>.

federal de Prusia como un mecanismo de control por diversos incidentes entre comunistas, nazis y oficiales de gobierno, así como generar una oportunidad de derrocar su administración que no gozaba de las simpatías de dicho gobierno. Para ello hizo uso del polémico artículo 48 de la Constitución de Weimar que permitía bajo ciertas circunstancias establecer un estado de emergencia y suspender, con ello, la vigencia del derecho en un *länder*. Tanto la administración de Prusia como el parlamento se opusieron a dicha aplicación y esta contienda fue resuelta por una corte *ad-hoc* (*Staatsgerichtshof*) cuyo pronunciamiento netamente de compromiso marcó la culminación de dos de los más importantes debates jurisprudenciales que tomaron esa época: la discusión de la naturaleza y los límites de los poderes del Ejecutivo en casos de estados de emergencia bajo dicho artículo; y la legitimidad y deseabilidad de la adjudicación constitucional para cuando la aplicación de dichos poderes se encontrara en contravención con el ordenamiento constitucional. Así, para Schmitt, ante una crisis constitucional sólo el poder político podía tomar una decisión excepcional de, en nombre y resguardo de la constitución, suspender el imperio del derecho para restaurar una situación de normalidad gubernamental, siendo ello tarea del ejecutivo (y no de una corte). En la vereda contraria se encontraría Hans Kelsen, para quien el resguardo constitucional reside en una corte propiamente constitucional (y no *ad-hoc*) que permitiese mantener el control de los actos tanto ejecutivos como legislativos y con poder suficiente para invalidar aquellos actos que parezcan inconstitucionales.

Este incidente seminal en el gobierno del Tercer Reich y sus implicancias posteriores fue la evidencia de la dialéctica desarrollada entre Kelsen y Schmitt, pasando de ser un problema teórico explorado por los autores a uno eminentemente práctico y con repercusiones hasta nuestros días. De esta forma, lo que Kelsen partió exponiendo en 1929 en su "*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*" (*De la naturaleza y desarrollo de la adjudicación constitucional*) abogando por la necesidad de una corte constitucional como guardián de la constitución fue respondido por Schmitt en 1931 con "*Der Hüter der Verfassung*" (*El Guardián de la Constitución*) y replicado por el primero en "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*" (*¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*). Es este ir y venir de argumentos cuidadosamente seleccionados por el traductor el que permite al lector formarse una idea de que la defensa de una carta fundamental puede radicar en un poder racionalizado (Schmitt) o en la racionalización del poder (Kelsen) y cuáles son las ventajas y desventajas de cada postura. En eso radica la novedad presentada por el traductor en este libro, volviendo accesible al mundo de habla inglesa e hispana uno de los debates germánicos más interesantes del siglo XX de manera crítica y directa.

Así, en “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*” (pp. 22-78) Kelsen, en directa conexión con su teoría sobre la jerarquía legal (*Stufenbaulehre*), aboga por una jurisdicción constitucional especialísima, empoderada con una autoridad excluyente y en abstracto sobre las normas legales de carácter general emitidas por el gobierno y el parlamento; influenciado a su vez por su labor en la *Corte Constitucional Austríaca* la cual aplicaba la referida fórmula sobre la legislación federal y local desde 1920. Para él nadie pone en cuestionamiento que las acciones de las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales deban ser sometidas a revisión en orden a garantizar la legalidad de la aplicación particular de la ley. Si la legislación misma es una forma de aplicación particular de la ley (en abstracto), entonces, es necesario ofrecer una garantía de que los legisladores (parlamento o gobierno) limitarán su actividad conforme a las normas constitucionales, actuando éstas como normas efectivas básicas (*Grundnorm*). Sin dicha garantía la Constitución, como la norma máxima de la jerarquía, se transforma en una regla de segunda clase que carece de fuerza vinculante. Para evitarlo, se requiere una corte constitucional con dichas características.

Sin embargo, hay quienes sostienen que una corte con sus mecanismos de adjudicación de litigios entre partes no es una forma neutral de garantizar la vigencia de la Constitución. Es el caso de Schmitt (pp. 79-173) quien expone que las provisiones constitucionales, a diferencia de las de simple rango legal, poseen una textura generalmente vaga y abierta para permitir una aplicación carente de controversias. Como resultado, la corte constitucional se vería forzada a tomar decisiones políticas que no están justificadas bajo la premisa de aplicación de determinadas normas legales, siendo así que ellas no resguardarían la Constitución tanto como la manipularían para sus propios fines políticos, llegando a actuar en algunos casos propiamente como un legislador y disolviendo así la separación de poderes tan necesaria para la mantención del Estado de Derecho. La introducción de una corte kelseniana, a juicio de Schmitt, no *des-politizaría* el conflicto constitucional, sino que *politizaría* las cortes y afectaría la legitimidad de la actividad judicial en sí. En ese orden de ideas, también agrega que un presidente con un fuerte poder autoritario y separado de un parlamento instrumentalizado por intereses políticos (y paralizado políticamente, como es el caso de la situación vivida en Weimar a la época de sus manuscritos) sería el órgano más apto para el resguardo de la carta fundamental, por cuanto el haber sido elegido democráticamente por los ciudadanos expresaría la identidad política de las personas que conforman el Estado y, en definitiva, sería el fiel vicario de la voluntad unitaria de toda una nación: la voluntad constitucional.

Frente a estos argumentos, la respuesta de Kelsen a Schmitt en “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*” (pp. 174-221) señala en primer lugar que es

imposible separar estrictamente una decisión legal de una política o, en el contexto de una corte constitucional, la adjudicación de la legislación. Cada decisión judicial debe ser considerada como discrecional en algún extremo y, por ello, política. En segundo lugar, frente al argumento de la protección que el presidente otorgaría a la constitución Kelsen responde desde la realidad, señalando que no existe una voluntad auténtica y unificada más allá que la formada constitucionalmente en el sistema político mediante la deliberación y negociación de diversos grupos de interés, siendo el presidente un máximo electo un derivado de un grupo particular. Por ello éste no puede ser pensado como un poder neutral sin implicar ello una ideología autoritaria la cual, en su propia esencia, mina el pluralismo y los derechos de las minorías.

En este orden de ideas, Kelsen también expone su visión de la democracia, que para él constituye la búsqueda constante y pacífica del compromiso político entre diferentes grupos sociales que están habilitados para participar en el juego de la política bajo condiciones de igualdad. Asegura, al contrato de la autocracia, que el mayor número de ciudadanos vea sus propias preferencias políticas una realidad, mientras que sostiene la promesa de que las minorías de hoy podrán ser las mayorías de mañana. Esta búsqueda pacífica es esencialmente constitucional por cuanto requiere el reconocimiento de la supremacía de un sistema de reglas determinado y de los derechos de las minorías que proveen voz a todos los participantes de la sociedad. Una corte constitucional actuando como guardián imparcial de dichos procedimientos y derechos se convierte así en la pieza clave de un Estado democrático, ejerciendo funciones tanto de protección de las minorías contra los potenciales excesos de las mayorías, tolerables sólo en la medida en que estén acordes con el Estado de derecho, como de árbitro imparcial entre los conflictos de competencia de las autoridades locales y centrales, particularmente en estados federalistas.

Contraargumentando en su presentación sobre el fallo de la *Staatsgerichtshof* (pp. 222-228) la crítica de Schmitt al planteamiento de Kelsen es que esta corte constitucional siempre inhibirá y pervertirá la democracia, particularmente la expresión del poder constituyente manifestado en la única voluntad auténticamente democrática del pueblo. Para Schmitt, la constitución como objeto a resguardar no se identifica unidireccionalmente con una ley contenida en un texto escrito, sino que principal y primeramente se trata de un orden social concreto, una *constitución positiva*, que se ejecuta mediante el poder constituyente y que contiene en sí valores sociales fundamentales. Ello es el corazón intangible de cualquier carta fundamental que no puede ser trastocado por decisión ni política ni legislativa alguna, incluyendo aquella expresada en su interior bajo la rúbrica de reforma constitucional. La Constitución escrita es, para Schmitt, un intento positivista de codificar

este orden social concreto respaldado por la soberanía popular, volviéndose dicho material vinculante en la medida en que ayude a realizar y proteger la Constitución positiva. Ella es una voluntad unívoca de la gente como un todo, trascendente a toda voluntad legislativa creada mediante mecanismos parlamentarios, expresada en el poder constituyente y actualizada mediante el poder ejecutivo con facultades reactivas que preserven el sistema constitucional en el evento de que fuese imposible una mayoría parlamentaria.

Es interesante notar entre los autores las diferencias sobre la adjudicación constitucional y la percepción que ambos demuestran frente a ella. Para Kelsen, la adjudicación constitucional es de un orden especialísimo y con un procedimiento diverso al de la judicatura ordinaria, cuya sola misión y autoridad es determinar respuestas a preguntas de índole constitucional en abstracto y sin apreciar disputas particulares de personas, facciones parlamentarias o incluso entre poderes del Estado. En cambio, para Schmitt la adjudicación constitucional es un constructo imposible, pues se trata de la labor de una corte que, como judicatura ordinaria, tendrá la más alta jerarquía y adolecerá de los vicios de aquélla, haciendo un uso político del poder conferido y siendo incapaz, en definitiva, de preservar la integridad de la Constitución a lo largo del ordenamiento jurídico. Para Kelsen, se trata de operadores jurídicos que analizan en abstracto el problema sometido a su conocimiento; para Schmitt, de operadores políticos con poderes excesivos.

Todas estas ideas tuvieron un reflejo práctico en lo sucedido en Alemania durante 1932 y 1933, lo cual se divide en los últimos ensayos dialécticos entre ambos autores donde frente a la situación de Prusia y el veredicto de la corte *ad-hoc* los lleva a ambos a preguntarse si la única forma de defender ya no la Constitución, sino la democracia misma, sea mediante su suspensión (pp. 222-253). El traductor, en este punto, otorga una respuesta crítica claramente kelseniana, en afán de enfatizar la propia teoría política de este autor: una democracia cuya protección es abandonada por sus propios ciudadanos es campo fértil para que cualquier dictador con un mínimo de poder controvierda su propio espíritu. Dichas palabras oraculares tomaron vida en la Alemania de 1933 con la ascensión de Adolf Hitler como canciller y el cambio de la historia occidental desde entonces.

La dialéctica entre Kelsen y Schmitt no puede verse como un enfrentamiento entre facciones dispares, pues ambos parten de nociones distintas de qué es una Constitución y, consecuentemente, quién es su más idóneo protector. Si se entiende como la norma de superior jerarquía la cual, en el ejercicio intelectual legislativo, debe primar por sobre toda otra consideración, es necesaria la existencia de una entidad imparcial que detecte las inconsistencias y, tal como en un sistema matemático, depure las variables que

afectan la ecuación. Sin embargo, si la Constitución es entendida como un constructo vivo que antecede a la norma formalmente escrita y que responde al corazón intangible de un grupo organizado como sociedad, será su mejor guardián aquél que preserve dicha integridad (sea parlamento, sea corte, sea Presidente) o condiciones de normalidad que permitan el desarrollo del Estado de Derecho.

Son debates como éstos los que enriquecen la perspectiva de la ciudadanía en tiempos de reformas constitucionales y cuestionamientos a las bases mismas de un sistema político, que no pueden dejar de ser estudiadas en profundidad si existe el verdadero deseo de forjar una Constitución que nos represente como una sola nación.