

# Antecedentes sobre el surgimiento de los Tribunales Constitucionales<sup>1</sup>

## *Background of the emergence of Constitutional Courts*

Fecha recepción: septiembre 2022 / Fecha aceptación: octubre 2022

DOI: <https://doi.org/10.51188/rrts.num28.674>

ISSN en línea 0719-7721 / Licencia CC BY 4.0.

RUMBOS TS, año XVII, N° 28, 2022. pp. 293-316

**rumbos** TS

J. Ignacio Núñez Leiva

Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Público y Director del Área de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile.

 [jose.nunez@ucentral.cl](mailto:jose.nunez@ucentral.cl) / [jnunez@uc.cl](mailto:jnunez@uc.cl)  <https://orcid.org/0000-0003-4427-6562>

*I've got another confession to make*

*I'm your fool*

*Everyone's got their chains to break*

*Holding you*

*Were you born to resist or be abused?*

Dave Grohl / Nate Mendel / Chris Shiflett / Hawkins Oliver Taylor

### Resumen

En tiempos de cambios constitucionales –los procesos, como tales, jamás terminan– siempre es necesario acudir a las justificaciones que sustentan la presencia de las instituciones estatales dentro del andamiaje institucional. Una de las más cuestionadas (especialmente por la objeción contra mayoritaria) es la jurisdicción constitucional, esto es, la existencia de un ente con capacidad de depurar las normas que contravengan lo predispuesto por la carta fundamental. Este cuestionamiento no es reciente, sino que alberga dilemas tales como su existencia o la responsabilidad de quién lo desempeñará. El presente trabajo, si bien es escrito por un jurista, se empeña en dispensar argumentos a las ciencias sociales para reflexionar en torno al origen y futuro de los Tribunales Constitucionales.

### Palabras clave

Tribunales Constitucionales; Justicia Constitucional; Historia Constitucional

---

<sup>1</sup> Se agradece especialmente la colaboración de la colega Alejandra Poillot Rubio en la elaboración de la versión final de este trabajo.

## Abstract

In times of constitutional changes –the processes, never ends– it is always necessary to resort to the justifications that support the presence of state elements in the institutional framework. One of the most questioned (especially due to the against majority objection) is the constitutional jurisdiction, that is, the existence of an entity with the power to purge the norms that contravene what is predisposed by the fundamental charter. This questioning is not recent, but it harbors dilemmas such as its existence or the responsibility of who will carry it out. The present work, although it is written by a jurist, tries to bring arguments to the social sciences to reflect about the origin and future of the Constitutional Courts.

## Keywords

Constitutional Courts; Constitutional Justice; Constitutional History

## Proemio

Los constitucionalistas –nos recuerda Díaz Revorio–, a propósito de la garantía de la constitución, suelen distinguir (aunque no con unanimidad) entre *justicia constitucional* y *jurisdicción constitucional*. El primer concepto se referiría al conjunto de procedimientos, vías o mecanismos de garantía jurisdiccional de la constitución. Se trataría de uno entre los diversos instrumentos de defensa constitucional. Tiende a entenderse que una garantía jurisdiccional de la constitución es imprescindible para que la misma pueda considerarse norma jurídica suprema. En este sentido, suele sostenerse que no hay constitución (al menos en sentido jurídico-formal) sin justicia constitucional, y de hecho, los estados que se han dotado de una norma jurídica suprema escrita han implantado en algún momento alguna forma de garantía, normalmente (la normalidad es simplemente un concepto estadístico) jurisdiccional de esa superioridad normativa (Díaz Revorio, 2009, p.82).

De este modo, según el ya citado constitucionalista, la justicia constitucional existe con independencia de que haya o no un órgano jurisdiccional específicamente encargado de la garantía constitucional, e incluso, de que existan o no procesos predefinidos para hacer valer ante esa institución de garantía. Por su parte, la idea de jurisdicción constitucional hace referencia al o los órganos jurisdiccionales especialmente encargados de la garantía de la supremacía constitucional (Díaz Revorio, 2009, p.82).

La jurisdicción constitucional así entendida puede o no existir. Puede haber garantía jurisdiccional de la Constitución sin que exista un órgano jurisdiccional abocado explícitamente a esa labor. Prueba de lo anterior es que la justicia constitucional surgió prácticamente en los orígenes del constitucionalismo para dar respuesta a la necesidad de garantizar el carácter de norma suprema de la constitución. La jurisdicción especializada en lo constitucional – Tribunales o Cortes Constitucionales) apareció recién en el primer tercio del siglo XX, y desde luego, no se extendió a la totalidad de los países con constitución jurídica escrita. De hecho, frente a la “naturalidad” de que sea el poder judicial quien asuma la garantía de la supremacía constitucional, la creación de una jurisdicción constitucional (en concreto, de un tribunal constitucional) se ha llegado a considerar –teóricamente– como “una anomalía histórica” presente y con proyección de futuro (Pérez Royo, 2007, p.796).

Las distinciones precedentemente efectuadas, son certeras en la descripción de la mayor parte de los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos. Con todo, la sinonimia *garantía-jurisdicción /constitucional* es heredera de una alternativa que se ha convertido en tradición, ocultando opciones diversas que –aunque no hayan pervivido– no merecen ser completamente preteridas, inclusive, en un breve examen como el que pretendemos efectuar.

Por eso, en este trabajo nos dedicaremos a revisitar los principales argumentos que discreparon con las que fueron, en definitiva, las ideas triunfantes en hitos especiales para la evolución de la justicia y jurisdicción constitucionales: nos referimos a la disputa en las asambleas constituyentes post revolución francesa, las discusiones previas a la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, las críticas de Carl Schmitt respecto de la propuesta de instalación de tribunales constitucionales, y las ideas de Hans Kelsen, a quien se le imputa el diseño de los sistemas de jurisdicción constitucional que predominan hoy en el mundo occidental.

Centrales para las ideas que desarrollaremos son las concepciones de garantía y supremacía constitucional, a las que adherimos. Por tal motivo, nos parece adecuado explicitarlas.

Siguiendo a De Otto y Prieto Sanchís, sostenemos que la especial posición de la Carta Fundamental al interior del sistema dependerá, primero, de que al menos el sistema exija que su reforma sea expresa (Prieto, 2009, p.51), es decir, que sea improcedente la derogación tácita de la constitución por una norma inferior posterior e incompatible, sino que requiera que tal modificación a la carta se efectúe de manera explícita, poniendo de manifiesto que responde al ejercicio de una función diversa a la meramente legislativa (De Otto, 1987, p.62).

Pero lo anterior requiere de un complemento: la existencia algún sistema de garantía del especial valor de la Constitución.

Mientras las instituciones de reforma aseguran que la ley no pueda establecer disposiciones contrarias a la constitución; las de garantía cautelan que, si ello sucede, el propio sistema sea capaz de depurar las infracciones. Por eso, es frecuente en la doctrina el reconocimiento de la necesidad de algún tipo de garantía de la normatividad constitucional (Prieto, 2013, p.167). En ausencia de un control como ese, los procedimientos especiales de reforma están proclamados, pero no podrán ser eficaces (Guastini, 2001, pp.193- 194).

### **Brutus y la resistencia antifederalista contra la jurisdicción constitucional hegemónica**

En este plano de análisis, una cerilla de la flama, aunque suela ser preterida, es la disputa pre constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica respecto de la *judicial review*. Pero tal esquema proviene de una interesante disputa. Vengan entonces a colación *Brutus* y *Publius*, o más bien, los *Anti Federalistas* contra los *Federalistas*. Aunque por acá nos resulte de mayor interés la disputa que entre

ambos bandos se desarrolló respecto de las competencias al poder judicial a propósito del proyecto de constitución federal. Los argumentos de una y otra parte –sabiamente– comprendieron de forma permanente que cada pieza del puzzle implicaba una rectificación del producto final.

¿Cuál era ese producto? La ratificación de la Constitución de Filadelfia del 17 de septiembre de 1787, que debía alcanzar la aprobación por parte de nueve estados de la Unión para entrar en vigencia. La disputa entre federalistas y antifederalistas se generó en este contexto.

La cronografía de la *judicial review* ha instalado como hito al conocido fallo de 1803, y sitúa como nutriente del mismo al conocido número 78 del *El Federalista*<sup>2</sup>.

Aunque el relato historiográfico presente el binomio supremacía–control como algo lógico, prácticamente cartesiano, las críticas (contundentes) no se excusaron de comparecer en los debates previos a la aprobación de la constitución de 1787. Ante la mistificación del *least dangerous (branch/department)*, como lo denominó Hamilton, *Brutus*<sup>3</sup>, que se valió del nombre del conspirador contra el César, jugó sus cartas con elegancia planteando argumentos no en contra de la revisión judicial de las leyes, sino de la concentración de tal función en un solo órgano a nivel nacional, partiendo –especialmente– en razones provenientes del concepto de constitución que se manejaba en la época. Sus razonamientos, entonces, no son en contra de la *judicial review*; se enfrentan –más bien– a la concentración de la jurisdicción constitucional. Cuestión sobre la que intentaremos argumentar a continuación.

La confrontación de Brutus al proyecto constitucional de las colonias, sugiere Cornell, circulaba en torno a su desconfianza en la primacía del poder judicial federal (respecto de los sistemas federados) y la ausencia – originaria – de una *carta de derechos*, cuestiones que necesariamente repercutirían en los efectos y alcances de las sentencias del poder jurisdiccional federal (Cornell, 2011, p.312) y, por lo tanto, en la *judicial review*. En suma, su suspicacia respecto de cualquier poder lo terminó instalando como uno de los protagonistas en la verdaderamente primera gran discusión respecto del control de constitucionalidad de las leyes.

*Brutus* temía que el poder judicial federal favoreciese el despotismo. Sentía recelo del tipo de hombres que poblarían el poder judicial y de los métodos que utilizarían para interpretar la nueva Constitución. Temía que por vía judicial terminasen siendo ampliados los poderes del gobierno central o que representasen los intereses de pocos en perjuicio de los de muchos (Cornell, 2011, p.312). Así, en los ensayos que a nuestro propósito interesan (I- XI- XII, XIV y XV), proporcionó

---

2 Justamente, porque ya hemos citado el número 78 de El Federalista y los pasajes de Marbury Vs. Madison que le hacen eco, es que en las páginas siguientes nos concentraremos en la argumentación de los Antifederalistas.

3 Ver Stuart (1976) y Cornell (2011).

contendientes argumentos que rivalizaron con las ideas contenidas en el famoso fascículo N°78 de El Federalista<sup>4</sup>.

Ya en los primeros papeles de su secuencia –como anuncio de las ideas que posteriormente desarrollaría con mayor detalle- *Brutus* sostuvo que el modelo de las cortes superiores (federales) eclipsarían la dignidad de las cortes estatales. Lo anterior, a consecuencia de que resultaría una verdad confirmada por la experiencia inmemorial que cada hombre o grupo de hombres, revestidos de poder, tendrán la tentación de incrementarlo y ostentar superioridad<sup>5</sup> respecto de cualquiera que estuviese bajo su mando (*Brutus*, N°I).

Pero es en su ensayo XI donde comienzan sus embates más duros al diseño y competencias que el proyecto constitucional confería al poder judicial:

La naturaleza y el alcance del poder judicial de los Estados Unidos, propuesto para ser otorgado por esta constitución, reclama nuestra particular atención.

(...) Además, es de gran importancia examinar con cuidado la naturaleza y el alcance del poder judicial, porque aquellos a quienes se les invista en tal poder quedarán ubicados en una situación sin precedentes en un país libre. Son totalmente independientes, tanto del pueblo como de la legislatura, respecto a sus funciones como a sus salarios. Ningún error que hayan de cometer puede ser corregido por ningún poder superior a ellos, si existe tal poder, ni pueden ser removidos de su cargo por emitir resoluciones erróneas. (*Brutus*, N°XI)

La base de la incomodidad de *Brutus*, respecto de la configuración y potestades del poder judicial federal, provenía de la –a su juicio- ambigua regulación de sus facultades. En el texto en análisis se quejaba de que la constitución confería, especialmente en el artículo 3° sección segunda, poder para decidir sobre toda cuestión en base a la ley, la equidad y la constitución. Este artículo, por tanto, expresó: “confiere al poder judicial la capacidad de resolver todas las cuestiones que puedan surgir en cualquier caso sobre la construcción de la constitución, ya sea en derecho o en equidad” (*Brutus*, N°XI).

Por eso, reclamó que los tribunales federales determinaran el sentido de cada artículo de la constitución. Y en sus decisiones no se verán limitados por ninguna regla fija o establecida, sino que ellos definirán, según lo que les parezca, la razón y el espíritu de la constitución. Así, las opiniones de la corte suprema tendrán fuerza de ley; porque no hay ningún órgano previsto en la constitución que pueda rectificar sus errores, o que comparta sus funciones, o anular sus sentencias. Todo lo anterior tendría como resultado –a sus ojos- una asimetría de poder entre los diferentes

---

4 Todas las posteriores referencias a la obra de *Brutus* provienen de Storing (1981). Este texto ha sido publicado en idioma inglés, por lo que las alusiones a ella –a efectos de la presente- son producto de una traducción libre que rescata sus ideas principales. Por tanto, las paráfrasis son referenciadas mediante el número correlativo de las columnas de *Brutus*.

5 Cuestión sobre la que regresa en su reflexión N° XV.

órganos del estado, con un excesivo beneficio para la corte suprema (Brutus, N°XI). Así expresó:

(...) parece evidente a partir de esta consideración, que si la legislatura aprueba leyes que, a juicio del tribunal, no están autorizadas a hacer por la constitución, el tribunal no las tomará en cuenta; porque no se negará que la constitución es la ley más alta o suprema. Y los tribunales están investidos con el poder supremo e incontrolable, para determinar, en todos los casos que les preceden, lo que significa la constitución; por lo tanto, no pueden ejecutar una ley que, a su juicio, se opone a la constitución, a menos que podamos suponer que pueden hacer que una ley superior dé paso a una inferior” (Brutus, N°XII-1).

Respecto del comportamiento judicial –en su texto fechado el 31 de enero de 1788– el antifederalista anunció el que a su juicio sería el comportamiento de la corte suprema bajo estas condiciones: procurar el incremento de sus propias facultades (Brutus, N°XI).

En lo práctico, nuestro crítico de la constitución de Filadelfia también denunció lo que hoy sería denominado barreras de entrada a la(s) última(s) palabra(s) en materia constitucional. Para él, acceder a este sistema –en lo que a nosotros nos importa, la justicia y jurisdicción constitucional– era un gasto que no podía soportar ningún hombre de mediana fortuna, y por lo tanto, la clase de ciudadanos más pobres y medianos estará bajo la necesidad de someterse a las demandas de los ricos y los nobles, en los casos que se conocerán de este tribunal (Brutus, N°XV).

De otro lado, en su ensayo nº XV, *Brutus* explicita su conclusión final sobre el poder judicial. Expresaba “que (el proyecto constitucional) diseña un poder que queda más allá del alcance de cualquier otro poder en el gobierno o en la comunidad”. En sencillo (concluye en alusión a los jueces) ellos son independientes de las personas –del pueblo– del poder legislativo y de cualquier poder bajo el cielo Stuart, 1976, p.277).

En fin, las líneas precedentes no le rinden el honor correspondiente a uno de los más inquietantes antagonistas del proyecto constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, pero sí denotan potentes inquietudes.

De las letras de *Brutus* no se deriva necesariamente una oposición a la existencia de una jurisdicción constitucional. Al contrario, subyace una potente fe en el rol de la constitución en la edificación del estado de derecho. De lo que desconfía nuestro autor es de la concentración del poder, en este caso, en las desmedidas facultades que –a su juicio– se entregarían a la corte suprema federal en desmedro de las cortes federadas. Así, en perspectiva, su dilema no era realmente en contra de la defensa de la supremacía constitucional, lo era en contra de –y esto es lo importante para nuestra tesitura– la existencia de un órgano probablemente colonizado por las élites y que tuviese la palabra irrefutable en la atribución de significado a *the supreme law of the land*. Temía, entonces, a la articulación de un sistema aparentemente difuso, pero que en la práctica deviniese en un control concentrado. *Brutus* no se oponía a la revisión judicial, se oponía a la concentración del poder. Causa en la que nos enrolamos.

## Los Federalistas y Marbury vs Madison

Mientras, en el viejo continente, el fin de la separación de poderes será repartir entre antiguos y nuevos sujetos las actividades estatales (origen de los ejecutivos dualistas), del otro lado del Atlántico se disfrutaba de un espacio que Tocqueville célebremente calificó como “el único país en donde se ha podido asistir a desarrollos naturales y tranquilos de una sociedad” (Blanco, 1998, p. 208 y ss.).

Más allá de la arquitectura institucional concreta que terminó vertebrando el modelo americano de separación de poderes, y de que los “Padres Fundadores” depositaron su fe en las capacidades de anulación de las facciones políticas en la estructura federal, el modelo de pesos y contrapesos contenido en la primera Carta Fundamental del constitucionalismo moderno encarga una función protagónica al poder jurisdiccional, tanto en el control del resto de los poderes como en la salvaguarda de la propia Constitución. Factor que proviene de su concepción como norma jurídica, pero no de una definida teoría de las fuentes formales del Derecho. Más bien, procede de una apología del estado de derecho.

Ello se aprecia con meridiana claridad en El Federalista N° 78, el que reza:

La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta. (Hamilton et al., 2010, p.331)

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa” (Hamilton et al., 2010, p.332).

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido (Hamilton et al., 2010, p.332).

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una

ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces (...) Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son. (Hamilton et al., 2010, p.332).

Miguel Carbonell destaca que esta idea, junto al formato particular de separación de poderes diseñado por los “Padres Fundadores”, se reiterará posteriormente en la sentencia (Carbonell, 2006, p.297) que marcará la carta de nacimiento del efecto necesario de la combinación de ambos factores: la existencia de una Constitución rígida y garantizada, en este caso, por todos los tribunales. Se trata del conocido caso *Marbury versus Madison*.

¿Con qué objeto se consignan tales límites por escrito, si esos límites pudieran en cualquier tiempo sobrepasarse por las personas a quienes se quiso restringir? La distinción entre gobiernos de poderes limitados y los poderes ilimitados, queda abolida si los límites no contienen a las personas a las cuales les han sido impuestos y si lo prohibido y lo permitido se equipara. Este es un razonamiento demasiado obvio para dejar lugar a dudas y lleva a la conclusión de que la Constitución controla cualquier acto legislativo que le sea repugnante; pues de no ser así, el Legislativo podría alterar la Constitución por medio de una ley común” (Carbonell, 2006), expresa la mencionada sentencia de 1803.

Los siguientes párrafos de la sentencia son los más citados y conocidos, pues en ellos el Juez Marshall plantea la base conceptual sobre la que se asienta, a partir de entonces, la revisión judicial de las leyes:

Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla. Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente...

Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley (...) Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en



forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial. (Carbonell, 2006, p.294).

¿Por qué Francia no contó con Jurisdicción Constitucional después de la Revolución?

Es llamativo –aunque explicable– que el primer documento que en la historia occidental sostuvo que la Constitución se compone de separación de poderes y protección de derechos<sup>6</sup>, haya omitido deliberadamente en la post revolución y primera república toda mención a mecanismos de garantía de la carta fundamental, exógenos a los poderes únicamente políticos. Así lo señala el conocido artículo 16 de la Declaración de Derechos y del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

Hubo en Francia, incluso después de la revolución social, y antes de la revolución institucional y jurídica, dos notorias fuerzas en permanente oposición: una favorable a la libertad y otra amiga y defensora del despotismo monárquico. Aquel fue –ocupando una gráfica metáfora de Blanco Valdés– el telón de fondo de la revolución (social, jurídica y política). Los revolucionarios franceses, a diferencia de los estadounidenses, debieron forjar el *Estado Liberal* y sentar las bases para el desarrollo de la sociedad burguesa encima de los restos del antiguo régimen, que gozaron de una notable capacidad de resistencia ante los embates republicanos, y que solo pudieron ser paulatinamente neutralizados mediante la celebración de un compromiso inicial –luego fracasado– con el ícono máximo del sistema que se pretendía sustituir: la monarquía absoluta, que en virtud de este pacto devino transitoria, brevemente y muy a su pesar, en monarquía constitucional (Blanco, 1998, p. 208). Y dentro de este esquema, la judicatura tenía un prestigio más que devaluado, por ser considerada un brazo de la monarquía, cuestión que tornaba en impensable –tan siquiera– disputas y razonamientos como los que precedieron a *Marbury vs Madison* en Estados Unidos de Norteamérica.

La Constitución del 3 de septiembre de 1791, en consonancia con el famoso artículo 16 de la *Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano* (en adelante, La Declaración), configuró una división de poderes diversa al modelo diseñado por la Carta de Filadelfia. En la mayoría de las cuestiones de relevancia la asamblea constituyente francesa confió en el poder legislativo, restando atribuciones al Ejecutivo, que permaneció domiciliado en el monarca, que no por eso dejó de ser considerado el principal enemigo de la revolución (Blanco, 1998, p.210).

Constatado aquel endémico principio del Constitucionalismo, la Carta de 1791 optó por un régimen de separación de poderes distinto al de los Estados Unidos de

---

6 Como es sabido, la primera Constitución fue la de los Estados Unidos de Norteamérica (1776), pero en ella no hubo – como ya hemos mencionado en otros apartados – menciones a este vínculo simbiótico entre derechos y separación de poderes.

Norteamérica. Se prefirió –empleando palabras de Michel Troper– por una balanza de poderes desequilibrada a favor del parlamento (Blanco, 1998, p.210).

La Constitución francesa 1793, por su parte, alzó hasta su máxima expresión la matriz institucional esbozada por la carta de 1791: la supremacía del parlamento, que en aquella pretérita organización resultó matizada por la necesidad de coexistir con el monarca, concretada –aunque tímidamente– en el veto suspensivo.

El 17 de agosto de 1795 la convención aprobó una nueva constitución, que fue ratificada popularmente el 26 de septiembre en un plebiscito. La principal novedad de este nuevo texto fue la atribución del poder ejecutivo a un directorio integrado por 5 miembros y el reconocimiento de la función legislativa a una asamblea que –ahora– sería bicameral. Ese nuevo proyecto institucional no buscó limitar los poderes del principal agente normativo mediante una instancia externa al legislador, sino que optó por un equilibrio con base endogámica: la existencia de un consejo de ancianos y del consejo de los quinientos, ambas ramas del parlamento.

Tal arquitectura se apartó así del –hasta entonces– tradicional unicameralismo revolucionario, pero sin traicionar en lo más mínimo el ideal de la soberanía popular, y sin ceder ante la tentación de instaurar modelos de control heterónomos como el *jurado nacional*, propuesto por Sieyès, que en 1788 lo calificó como una idea sana y útil: la de la división del Poder Constituyente y de los poderes constituidos (Sieyès, 1993, p.247). Con portentosa visión prospectiva, el político de Frejús, sostuvo que resulta imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, forma y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar. Eso es lo que se llama Constitución, afirmaba. Así, decía que el cuerpo de representantes no existe más que con la forma de ser que la nación ha querido conferirle. Él no es nada sin las formas constitutivas (Sieyès, 1989, p.144). A esta necesidad de organizar el cuerpo del gubernativo, si se quiere que exista o actúe, hay que añadir el interés que tiene la nación por que el poder público delegado no pueda llegar a ser nunca perjudicial para sus comitentes. De ello se deducen una multitud de precauciones políticas insertas en la constitución (Sieyès, 1989, p.144), defendió de manera enfática.

A lo que apuntaba, pero que no fue acogido, era la existencia de un ente heterónimo de resguardo de la supremacía constitucional. Propuesta que, en el momento decisivo, nunca fue aprobada.

En fin, para la reseñada constitución del año III, la estructuración bicameral del parlamento no tuvo base estamental (como el bicameralismo británico), solamente etaria. El consejo de los quinientos, integrado por los miembros más jóvenes, tenía la misión de proponer las normas que le parecieran útiles y era –según Blanco Valdés– la “*imaginación de la república*”, mientras que el consejo de ancianos era el llamado a ser domicilio de la razón y la experiencia. Su misión consistiría en discriminar las leyes a admitir, sin tener facultades de proponer nuevas normas (Blanco, 1998, p.243). Lo interesante es que la facultad de veto del consejo de ancianos constituía una especie de control procedimental o formal de la constitucionalidad de los actos de la cámara de los quinientos, pues podían anular las decisiones adoptadas

por aquellos, que no tuviesen en cuenta las formas prescritas por la constitución (Blanco, 1998, p.243).

Lo cierto, entonces, es que las constituciones del periodo revolucionario galo se limitaron a depositar en el pueblo la defensa final del ordenamiento constitucional (Blanco, 1998, p.261). Alternativa que resultará, además, evidente al apreciar la devaluación intencionada que desde un comienzo tuvo el poder judicial en materia de competencias constitucionales. Indicio de ello es el *référé* legislativo (que pervivió hasta 1837)<sup>7</sup>, empero incontestable demostración de aquello es el precepto consagrado en similares términos en las Cartas de 1791, 1793 y 1795, que prohibía a los tribunales tomar parte directa o indirecta en el ejercicio del poder legislativo, impedir o suspender la ejecución de las leyes, bajo pena de prevaricación (Blanco, 1998, p.276).

El poder judicial, entonces, fue perfilado como un mero aplicador de la ley y se intentó reducir al mínimo posible la eventualidad de que alterase el contenido de esta. Este hecho da cuenta de una nota distintiva de la teoría de separación de poderes revolucionaria de raíz francesa: la absoluta ausencia de controles heterónomos de derecho, activos o pasivos, sobre la labor legislativa y en particular sobre las leyes vigentes. La soberanía de la ley no definió solo sus propiedades cuasi míticas, sino también la teoría constitucional de la época –al menos– en la zona.

Este diseño terminó por vertebrar una ideología constitucional legalista, que hizo imposible el carácter normativo de la Carta Fundamental en un contexto de supremacía de la ley, y que influyó en el modelo de garantía constitucional de la Europa continental.

## **La discusión europea más de un siglo después de Marbury Vs Madison**

Tal vez se trate de la disputa más citada y –por tanto– más conocida. Kelsen contra Schmitt o Schmitt contra Kelsen. Como usted prefiera. Con todo, por ser la postura prácticamente hoy hegemónica en los círculos de reflexión jurídica.

Sin soslayar el ingrediente político de cualquier polémica respecto de las reflexiones sobre la justicia/jurisdicción constitucional, ha sido –tal vez– esta la que más ha puesto de manifiesto tal factor. Y es que ya no se trataba de revoluciones o disputas fundacionales, se polemizaba sobre modelos. Y en ello la distribución del poder no se solapa: simplemente se maquilla.

Como en gran parte de las discrepancias acerca de diseños y repartos institucionales, la base del intercambio de Schmitt y Kelsen obedecía a concepciones diversas sobre el Derecho. Un duelo entre una teoría abiertamente “*no pura*” y la pretendida “*teoría pura*”. Pero además se inspiraba en verdaderas cosmovisiones científico-políticas diversas. Por eso, a diferencia de los autores citados previamente

---

<sup>7</sup> Diseño que, llamativamente, opera con cierta lógica en sistemas de control concentrado de constitucionalidad.

-y no por eso desconociendo su virtuosismo- en esta polémica encontramos contrincantes que se ocupan concienzudamente de proporcionar teorías políticas, constitucionales y jurídicas totalizantes además de coherentes (lo que no equivale a correctas).

Vamos primero por aquel que la historia ha dado por perdedor: Schmitt. Los empeños sistematizadores siempre se quedan en eso. Y la razón es evidente. Los resúmenes, por más completos que pretendan ser, jamás resultarán simétricos a las complejidades que aspiran condensar. Conscientes de tal limitación, proponemos el siguiente esquema de análisis. A nuestros ojos, la visión de Schmitt respecto de la garantía de la constitución no se resuelve en clave de jurisdicción constitucional, sino de justicia constitucional, y en ello confluyen una tríada de componentes notablemente imbuidos por sus concepciones políticas. Tal tripartición secuencial está integrada por su concepto de derecho, su concepto de constitución y su concepto de guardián de la constitución. A su vez, esta concatenación se vio determinada por sus posiciones políticas, particularmente las referidas a tres dicotomías: parlamentarismo/presidencialismo, democracia/dictadura y unitarismo/federalismo. Por ser este artículo dedicado a la teoría del derecho nos ocuparemos principalmente a su razonamiento referido a la justicia constitucional, pero eso no implicará ignorar las otras cuestiones ya mencionadas.

### **Su concepto de Derecho**

Schmitt nutrió (lo que no necesariamente determinó por completo) su visión del Derecho con las semillas no cultivadas del *movimiento del derecho libre* (*Freirechtsbewegung*)<sup>8</sup>. Con su "*Investigación sobre el problema de la praxis jurídica*", el de Plettenberg siguió más o menos a tratadistas como Bülow, Ehrlich y Kantorowicz, tomando partido en contra de la dogmática jurídica (Jiménez, 2013, p.47).

A finales del siglo diecinueve y principios del siglo XX surgió en Alemania una fuerte oposición al positivismo. Esta corriente -que se suele agrupar bajo la rúbrica de movimiento del derecho libre- emergió principalmente como una reacción práctica contra el método de interpretación imperante, que fue objeto de censura por ser considerado una jurisprudencia conceptual y constructiva (la jurisprudencia de conceptos) ajena a la vida, un culto a la letra de la ley: un fetichismo legal (Ross, 2007, p.242). Se criticaba tanto su concepción ideal del juez como la construcción de una ciencia jurídica (y del jurista) teñida por la pretensión de erigirse como un sistema completo, capaz de resolver cualquier controversia a partir de las normas predefinidas por el derecho positivo vigente (Segura, 1993a, p.425). Abundante en ironías -pero no por aquello menos precisa- la retórica del *derecho libre* caracterizó al juez modelo de la época como un autómeta.

Como certeramente relata García Amado, el movimiento del derecho libre fue acusado de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de bregar por el desvanecimiento de la seguridad jurídica (García Amado, 1997, p.804).

---

<sup>8</sup> Juicio que explicaremos en las páginas siguientes.

Es más, algunos –como Calamandrei– han llegado a afirmar que el derecho libre es una doctrina despreocupada y romántica, cautivante para los juristas que carecen de buen sentido y que equivale a la ausencia de todo derecho (Calamandrei, 2009, p.89). Todo debido al empleo –tergiversado, por cierto– que de sus ideas hicieron el nazismo y el régimen revolucionario de la Rusia Soviética. Este último, apelando a (su interpretación de) los postulados del Movimiento del Derecho Libre, justificó la abolición de la codificación zarista, suprimió la judicatura reemplazándola por tribunales populares y declaró como derecho válido a las normas derivadas de la *conciencia proletaria*.

Con todo, pareciera ser que el *Freirechtsbewegung* es –pese a su temprana disolución– uno de los movimientos de mayor influencia en la historia del pensamiento iusfilosófico (Recasens, 1956, p.142), al menos en la primera mitad del siglo pasado. Inclusive, sería posible identificar algunas coincidencias entre sus tesis principales y las del neoconstitucionalismo. Conspiró contra su consolidación el estallido de la primera guerra mundial en 1914, momento en que sus referentes intelectuales recién delineaban sus perfiles. Tal vez su impacto hubiere sido mayor de no mediar ese acontecimiento. Con todo, de su influencia da la afirmación de Alf Ross, quién en *On Law and Justice* –a propósito de la misma idea–, señala que las teorías del derecho libre se encontrarían más cerca de la verdad que las teorías positivistas (Ross, 1974, p.150). No en vano, el mismo Kelsen en una reseña publicada en 1915 dedica extensas e intensas páginas a criticar el pensamiento de uno de los principales autores del movimiento. Incluso, García Amado en un trabajo de fines del siglo XX, afirmó reiteradamente la existencia de coincidencias entre este movimiento y algunos de los postulados de la teoría del derecho surgida con el constitucionalismo contemporáneo (García Amado, 1997, pp.803-825).

El pensamiento del *Freirechtsbewegung* se articula en base a 5 tesis principales: una tesis sobre las fuentes del derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la ciencia jurídica y una quinta acerca del rol del juez.

La tesis de las fuentes del derecho propuesta por el movimiento del Derecho Libre rompe directamente con la orientación legicentrista. En palabras de sus autores se resume de la siguiente manera: *el Derecho no es sólo estatal, es libre y vivo* (Kantorowicz, 1949, p.335).

Afirma que junto al derecho positivo encarnado en la ley existe otro derecho, al que llama derecho libre. Este nuevo derecho –más bien esta nueva fuente– tendría como características distintivas: su procedencia no estatal (se genera en el seno de las sociedades, identificándose con la moral social) (Ehrlich, citado por De Prada, 2001, p.35) su ausencia de formalización (que no lo hace requerir actos de promulgación para alcanzar vigencia) (Segura, 1993b, p.115) y su amplitud (pues contempla toda clase de normas, no solo de decisión o adjudicación, sino también de organización social) (Ehrlich, 2005, p.85). Como conceptos integrantes de este derecho los referidos autores mencionan nociones tales como: *Justicia social, equidad, bien común* y otros que para nuestro lenguaje contemporáneo corresponderían a la categoría de valores o principios. Emerge entonces una fuente

del derecho metalegal que implica –de paso– una conexión entre derecho y moral. Terreno fértil para el desarrollo de tesis sobre la existencia de *constituciones o sistemas jurídicos materiales o históricos*, inmutables, aptos para sobreponerse a los órdenes formales, promulgados y contingentes.

La tesis del movimiento sobre las lagunas se resume en la siguiente frase de uno de sus autores más representativos: en el *Derecho hay tantas lagunas como palabras* (Segura, 1993a, p.430). Afirmación que en la época resultaría al menos excéntrica. En esencia, esta tesis consta de dos aristas. Una, en cuya virtud se denuncia la incapacidad irremontable de las disposiciones legales –generales y abstractas– para disciplinar el inconmensurable ámbito de las relaciones humanas. La otra, cuestiona directamente el método de aplicación del derecho a partir del cual se afirmaría su plenitud. El movimiento sostiene que la analogía no es autoregeneración del derecho, sino creación del mismo (Segura, 1993a, p.431).

Sin embargo, su afirmación de la existencia de lagunas es relativa. Mientras para el positivismo de la época las lagunas no existen, pues en los espacios donde no hay norma expresa la aplicación de la analogía y la lógica deductiva permitiría regenerar o clonar el derecho, para el movimiento aquella actividad sería simple actividad creadora de derecho. Para ellos, en los confines del derecho escrito no hay discrecionalidad sino que hay otro derecho, el que proviene del derecho libre. Las lagunas, en su esquema - se colman con derecho mediante lógica inductiva y con intermediación judicial. Nuevamente, nos encontramos frente a una proposición que convoca, y en una posición de privilegio, a las normas no promulgadas, que pueden provenir de la historia, la identidad nacional o la tradición. Un contundente no positivismo teórico.

La tesis del Movimiento sobre la derrotabilidad de la ley también se contiene en una afirmación: El juez puede y debe prescindir de la ley. Esta idea adelantó lo que más posteriormente se rotularía como lagunas axiológicas. Para Fuchs –un autor representativo del movimiento– toda regla jurídica ha sido elaborada para un caso *normal* (de hecho distingue reiteradamente entre lo que hoy llamaríamos *casos fáciles y difíciles*), pero las “*circunstancias especiales*” del caso siempre pueden requerir una respuesta especial. Y la esencia del arte jurídico consistiría, específicamente, en reconocer esas circunstancias especiales (García Amado, 1997, p.805). Cuando una norma positiva, aplicada al caso concreto no proporcione una solución justa, a la luz del derecho libre, el juez podría prescindir de la ley (García Amado, 1997, p.805) y aplicar directamente el derecho supralegal<sup>9</sup>.

La tesis del movimiento sobre la ciencia jurídica se condensa en la siguiente fórmula: *menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes* (Segura, 1993a, p.443). Sin perjuicio de que en el ámbito metodológico sus autores optaron por caminos distintos (algunos estimaron a la sociología como verdadera ciencia del derecho), todos coincidieron en el papel de la ciencia jurídica como fuente del derecho. A ella le correspondía identificar el derecho, empleando –entre otras– herramientas

---

9 ¿Cuál será este Derecho? En los sistemas dotados de Constituciones, será pues esa fuente el Derecho por sobre el derecho.

argumentativas. Para ellos, el derecho es argumentación. Y tal argumentación no es pura ni científica. Puede ser –entre otras cosas– política.

Por último, la tesis del movimiento sobre el rol del juez no hace otra cosa que anticipar a los jueces comprometidos con la justicia, nos dice: *no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez*. Para muestra del pensamiento del movimiento en esta materia, reproduzco textualmente un pasaje de una obra de Fuchs:

Al momento de la decisión (el juez) debe prescindir del enmascaramiento de las valoraciones inherentes a la actividad jurisdiccional bajo el manto de una técnica pretendidamente objetiva. Las valoraciones y ponderaciones del juez deben ser explícitas y susceptibles de revisión pública. Con este doble acercamiento de la actividad judicial al sentir social (en la ponderación y en la decisión transparente), nos dice el mismo autor, la actividad del juez adquirirá mayor legitimidad democrática. (García Amado, 1997, p.810)

Potencia que –entonces– no depende del sistema de generación del órgano que desarrolla la actividad de adjudicación constitucional, sino del contenido e importancia de las resoluciones que adopta.

Seguramente inspirado en las ideas anteriores, Schmitt dirá que según la hermenéutica tradicional una decisión judicial resulta correcta si no es revocada por la instancia jurisdiccional superior o, lo que es igual, cuando otro juez hubiera resuelto el caso de la misma forma o, dicho de otro modo, cuando la decisión es previsible y calculable. Para esta dirección metodológica, el juez es una máquina de subsumir (*Subsumtionsmaschine*), un autómata de la ley (*Gesetzautomat*) que debe resolver tal y como está ya previsto en la propia norma. Para ello, el principio que debe orientar la práctica con el fin de alcanzar una decisión correcta es el de buscar la “voluntad del legislador” (*Wille des Gesetzgebers*), o de la ley (*Wille des Gesetzes*) (Jiménez, 2013, p.48).

En *Gesetz und Urteil* nuestro autor sostuvo que el poder judicial debe actuar con apego a la ley, pero que los sistemas jurídicos no delimitan cómo se concreta tal subordinación en todos y cada uno de los casos. Cuestión que abre la puerta a un derecho no positivo. Además, sostuvo que el recurso a la intención del agente normativo era ingenuo e ilógico. ¿Cómo podríamos identificar “La” intención del legislador en entidades colegiadas? Empero, tal vez más significativo resulta su afirmación (imputable al *Freirechtsbewegung*) sobre la naturaleza viva de la ley: una fuerza en constante movimiento. Su escepticismo sobre la automatización de la subsunción –no se trata solo de aplicar la ley, sino de encontrar la ley apropiada para el caso, sostuvo–, su afirmación de que la norma ha de ser aplicada según la realidad social y su contexto histórico (Schmitt, 1969, pp., 1, 6-9, 22, 26-7, 32, 35, 71 y 111) o su notorio *anti-normativismo* que lo hacía sostener que “una norma nunca se establece por sí misma” (Schmitt, 1928, p.34).



Clausura el autor alemán su concepto de derecho, entendiendo a la constitución no como *normarum*, sino como un pacto político de índole cultural y socialmente vinculante. Por eso, como sostiene Jiménez Segado, para él, de la constitución de Weimar solo mereciese ser rescatado su preámbulo, repositorio de la conciencia del pueblo (Jiménez, 2013, p.51), en fin, su derecho libre<sup>10</sup>.

## Su concepto de Constitución

Schmitt planteó una interesante ruptura con la maqueta constitucional definida en base a la tradición europea. Mientras en Francia la carta fundamental era el resultado de la mezcla entre separación de poderes y garantía de derechos (cuestión que ni en sus propios páramos fueron capaces de cumplir), el autor alemán rescató el primer inciso del artículo V de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, en tanto sostenía “Que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben hallarse separados del judicial”. Idea con la cual se apartaba de la religión de la separación de poderes, emanada del pensamiento de la matriz revolucionaria francesa. Estimaba el influyente filósofo jurídico que la clave consistía en el equilibrio de poderes, no en su mera separación. Y aquello habría de estructurar una constitución (Jiménez, 2013, p.43).

Al mismo tiempo, observaba con recelo la presencia de derechos fundamentales en la constitución. Como dice Jiménez Segado, los derechos y las libertades individuales adquieren en Schmitt la categoría de blasfemia:

El autor todavía se ocuparía de diferenciar estos derechos de las denominadas garantías institucionales, definidas como el instrumento constitucionalmente previsto con el fin de proteger el contenido mínimo que permite reconocer determinadas instituciones valiosas para una comunidad, como, por ejemplo, la administración propia de las entidades locales como garantía de la autonomía municipal o la prohibición de los tribunales de excepción como garantía del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Con esta diferenciación, el jurista se enfrentó certeramente al problema de los posibles abusos del legislativo en la promulgación de leyes que puedan llegar a desvirtuar el contenido esencial de instituciones fundamentales del Estado. (Jiménez, 2013, p.52)

Procura instalar, de esta forma –y desde su particular visión política–, no una garantía de los derechos, sino un sistema de resguardo cimentado en obligaciones y no en facultades públicas subjetivas. La garantía de los derechos –a que aludía Francia en 1789– resultaba suprimida.

Su particular visión de las cosas –pese a ser *un no positivista*– le permitió eludir la interminable y paradójica concatenación (casi tomista) de Kelsen respecto a la norma hipotética fundamental (o el primer motor inmóvil). En su teoría de la constitución sostuvo que “una norma nunca se establece por sí misma” (Schmitt, 1928, p.16).

---

<sup>10</sup> Cuestión de la que Brutus se quejaba.



Su condición no positivista se subraya cuando propone su idea no normativista de constitución, impura, no como *normarum* ni factor de validez, sino como una decisión política de un pueblo de vivir conforme a su modo de ser (Schmitt, 1928, p.34). Un derecho libre o vivo, como ya hemos expresado.

Y es en este último dato que se funda su concepto de constitución. Si ella no es jurídica, es política, y al ser de tal índole su interpretación no debe ser entregada a entidades colegiadas y de carrera. Ha de ser encomendada a quien goza (ría) de la más alta reputación política. Así es como se entiende (aunque no se comparta) su noción de guardián de la constitución.

### **¿Y el Guardián? ¡No a la aristocracia de Toga!**

Como certeramente afirma Jiménez Segado, en el esquema de Schmitt el tema de fondo es: ¿Con qué legitimidad puede un tribunal –dardo apuntado especialmente al tribunal constitucional propuesto por Kelsen– enjuiciar actos o normas de otros poderes del Estado elegidos democráticamente? (Jiménez, 2013, p.54). Cuestionamiento que inclusive alcanzó al modelo estadounidense de *Judicial Review*. Nuestro autor, aunque no experimentó el trauma de los revolucionarios franceses, fue un escéptico de la metáfora del poder *neutro* contenida en la retórica de Madison.

En distintos pasajes de *La Defensa de la Constitución* (Schmitt, 1983 pp., 57-9, 61-4, 71, 75, 93-4, 113-16, 243-5) razonó –y en esto vemos alguna conexión con *Brutus*– de manera suspicaz en contra de la “*Aristocracia de Toga*”, expuso, conforme a su idea de constitución, que en los problemas políticos los jueces no son invitados de honor, pues “la política no tiene nada que ganar y la judicatura tiene todo que perder”, ya que en disputas de esta índole la técnica no es suficiente (porque las discrepancias no son técnicas) y el espacio de la ciencia jurídica dejaba abiertas sus fronteras para la colonización de la política. Se divisan acá sus influencias provenientes del movimiento del derecho libre.

Conocida es su opción por la jefatura de Estado. No pretendemos explicarla ni justificarla. Mucho menos la compartimos. Con todo, lo que –pensamos– disocia su adecuado diagnóstico de su cuestionable solución es la visión que tiene en torno a las tres dicotomías aludidas en páginas anteriores: Parlamentarismo/Presidencialismo, Democracia/Dictadura y Unitarismo/Federalismo. Y es que en su modelo –conocidamente– el parlamentarismo degenera el buen gobierno. Una presidencia de la república alcanzada mediante aclamación dotaría a tal cargo de una autoridad de *Poder Moderador* (inexistente en las otras ramas del Estado), la Democracia contamina la política y el Federalismo promueve particularidades incompatibles con un proyecto unitario de nación, sostuvo nuestro autor sin vacilaciones (Schmitt, 1928).

No obstante, de los errores en las propuestas no se siguen necesariamente equivocaciones en el diagnóstico. Como dicen, la verdad o falsedad de las cosas es independiente de quien la expresa. Y pareciera ser que, en la radiografía de Schmitt, además de existir concepciones coherentes, se replican objeciones que ya hemos

mencionado previamente. Su problema consiste en la solución – que la historia acreditó como – peor que la enfermedad.

### **El modelo hegemónico: las “respuestas del Kelsen”**

Para Kelsen, el derecho – en tanto objeto de conocimiento – consiste en aquel conjunto de normas que ameritan el calificativo de jurídicas y que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrarios a derecho) (Kelsen, 2003, p.18).

En razón del objeto analizado, su *teoría pura del derecho*, pretende ser una teoría sobre el derecho positivo en general, y no una teoría sobre un orden jurídico específico. Una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales, aunque con una proposición general sobre la interpretación jurídica (Kelsen, 2003, p.15).

Al mismo tiempo, aspira a ser una teoría del Derecho y una teoría de la ciencia del Derecho, e, incluso, una teoría de la ciencia normativa (Troper, 2001, p.25). En este sentido, la doctrina de Kelsen no solo se orienta, en tanto teoría del Derecho, a explicar la estructura y el funcionamiento general de los órdenes jurídicos, sino que también pretende – en tanto metateoría o teoría de la ciencia jurídica - establecer las condiciones que hacen posible que el conocimiento en la esfera normativa, y en especial en el ámbito jurídico, adquiera el estatus de ciencia.

En palabras de nuestro autor, su teoría

al caracterizarse como una doctrina ‘pura’ con respecto del Derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el Derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Tal es su principio fundamental, que parece ser de por sí bien comprensible. Pero una mirada sobre la ciencia jurídica tradicional, tal y como se ha desenvuelto en el curso de los siglos XIX y XX muestra claramente cuán distante se halla de corresponder a la exigencia de la pureza. (Kelsen, 2003, p.15)

Procurando fidelidad a tal propósito, sus ideas se empeñan en liberar a la ciencia jurídica de todo aquello que le resulte extraño, cuestión que al parecer de nuestro autor no se ha logrado en la literatura especializada que le ha precedido (Kelsen, 2003, p.13). Evidencia de aquello es que, además del contradictor con que lo contrastamos a propósito de este trabajo, se ha trabado en ilustres pugnas con representantes de escuelas rivales, en cuanto a objeto y método, en particular (lo citamos nuevamente por su relevancia en este estudio) frente a una tan influyente para Schmitt, como el movimiento del Derecho Libre, específicamente contra Eugen Ehrlich, en 1913 (Robles, 2005, p.111).

En concordancia con lo antes expresado, el jurista nacido en Praga, procuró una descripción normativista del derecho. En su parecer

el derecho es un orden de la conducta humana y un orden es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada, sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden. (Kelsen, 2003, p.44)

A tales propiedades, a lo largo de su obra, adiciona el carácter coactivo (Kelsen, 2003, p.46) y la contingencia moral que deriva de ser un producto social (Kelsen, 2003, p.58).

De estas ideas proceden, como constaremos más adelante, sus planteamientos en torno al “defensor de la constitución”.

### Kelsen y la constitución

En su ensayo titulado *La garantía jurisdiccional de la constitución*<sup>11</sup>, Kelsen afirma que a pesar de las múltiples transformaciones que ha experimentado, la noción de constitución ha conservado un eje que consiste en la existencia de un núcleo supremo que determina completamente el orden estatal y la esencia de la comunidad emanada de tal orden. La constitución sería, entonces, el fundamento del Estado y la base de su ordenamiento jurídico (Kelsen, 1974, p.476), la base indispensable de las normas jurídicas que regulan las interacciones humanas y de las que determinan los órganos necesarios para aplicarlas, además de disciplinar la manera en que estos han de proceder (Kelsen, 1974, p.477).

Para el autor en comento, la constitución debe ser entendida en sentido material y formal. En el primero de los sentidos se refiere a la norma o normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales (Kelsen, 2003, p.232). Tal arista de la constitución puede provenir –en su opinión– de actos formales promulgatorios (actos legislativos les llama) o por la consolidación de la costumbre. Pero, para él, solamente las normas escritas –codificadas– adquieren carácter obligatorio (Kelsen, 2003, p.233). La constitución formal, por su parte, regula otros objetos políticamente importantes, además de contener disposiciones que estatuyen la forma adecuada para derogarla o modificarla (Kelsen, 2003, p.233).

La constitución material –aquella que establece normas sobre producción jurídica– puede determinar, según su parecer, el contenido de las leyes fundadas y subordinadas a ella, prescribiendo o excluyendo algunos contenidos (Kelsen, 2003, p.234).

---

<sup>11</sup> Publicado originalmente en 1928.

De lo anterior, en su esquema, derivan dos necesidades: asegurarle a la constitución la mayor estabilidad posible, diferenciándola de las normas inferiores (Kelsen, 1974, p.477), y establecer un órgano cuya función consista en defender a la constitución de las violaciones que pueda padecer (Kelsen, 1995, p.3). ¿De qué violaciones? De todas, pero principalmente de aquellas provenientes de las leyes (Kelsen, 1974, p.478).

Con todo, en cierta disonancia con su afán teórico, en ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?<sup>12</sup> Kelsen se aventura mencionar los que, a su juicio, habrían de ser contenidos apropiados en una constitución, todo a efectos de defender el sistema de resguardo de violaciones que propone. En tal sentido, expresa que las normas que establecen el contenido de futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales (a esa clase de normas hoy les llamaríamos principios), no deben emplear terminología difusa como libertad, igualdad o justicia. De lo contrario, se produciría un desplazamiento del poder del parlamento (Kelsen, 1995, p.33). Afirmación de vital importancia en el desarrollo de las ideas que defendemos en esta obra. ¿Si Kelsen pensó el modelo que reseñaremos a continuación para funcionar en un esquema de constitución no axiológica ni directamente aplicable, con un exilio de las normas de principio, tal sistema resulta adecuado en la actualidad?

### **Kelsen y los guardianes de la constitución.**

Es en respuesta a *La defensa de la constitución*, de Carl Schmitt, que Kelsen escribe ¿Quién debe ser el guardián de la constitución? Tal vez por ello, lo que se lee en esta obra es más bien un sólido esfuerzo por dismantelar los argumentos de su adversario, en lugar de un conjunto de propuestas o justificaciones para las instituciones que ya se encontraban presentes en la constitución austríaca de 1921. Con todo, las ideas contenidas en este texto resultan de indispensable conocimiento, en especial para nuestro estudio. En tal sentido, hay ciertas cuestiones que Kelsen desarrolla y que son particularmente interesantes para nosotros: ¿Qué es violar la constitución, quién puede hacerlo, y quién debe controlar tales violaciones?, ¿Cuál es la naturaleza del juicio respecto de la constitucionalidad de las leyes? Y, desde luego ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?

Respecto a la primera tríada de interrogantes, el antiguo decano de Colonia señaló que la violación de la constitución es una cuestión fáctica:

significa la verificación de un hecho que contradice la constitución, sea por acción, sea por omisión; esto último se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación y no de la falta de reconocimiento de un derecho concedido por la constitución. (Kelsen, 1995, p.3)

Tales violaciones solo pueden provenir de aquellos que deben cumplirla en forma inmediata o directa y tales son -únicamente- órganos constitucionales

---

12 Publicado originalmente en 1931.

directos que están bajo el control de la constitución (Kelsen, 1995, p.4). Y debido a que “nadie puede ser juez de su propia causa” el control de tales violaciones no puede ser encomendado a ninguno de los órganos cuyos actos deben ser controlados (Kelsen, 1995, p.5).

Por su parte, la revisión de la constitucionalidad de las leyes en la obra de Hans Kelsen es un caso de ejercicio jurisdiccional no desprovisto de elementos políticos<sup>13</sup>. Lo anterior, deriva de su idea en orden a que las resoluciones jurisdiccionales son una fuente del derecho y que implican administración del poder, tal como la política.

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 de otro, le otorga una capacidad creadora de derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter de político, que tiene la legislación, aunque en una medida mayor. Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa. (Kelsen, 1995, p.19)

Con estos antecedentes no es sorpresiva su postura en torno a la forma que puede revestir toda violación a la constitución.

La inconstitucionalidad de una ley, nos dice, puede consistir –cómo aparece a primera vista– no sólo 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 constitución. (Kelsen, 1995, p.24)

Pero la evaluación de la constitucionalidad de una ley (...) 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 (...) 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. (Kelsen, 1995, p.25)

De esta forma la jurisdicción constitucional reacciona ante el conocimiento de la constitucionalidad de una ley con un acto que se corresponde como acto contrario al hecho concreto inconstitucional<sup>14</sup> de la generación de la norma: es decir, con la anulación de la norma inconstitucional. (Kelsen, 1995, p.26)

¿Y, quién debe ser el guardián de la constitución? Kelsen en su obra de 1931 lo menciona, pero no lo justifica. Sus constantes alusiones a la función jurisdiccional y

<sup>13</sup> De allí provienen sus prevenciones no normativistas respecto del contenido de las constituciones que generan control de constitucionalidad de las leyes.

<sup>14</sup> Cuestión completamente coherente con la noción de subordinación de la norma fundada respecto de la norma fundante.

el emblema “nadie puede ser juez de su propia causa” anticipan un pronunciamiento en torno a quienes no serían aptos. Empero en 1929 se adelantó al expresar que:

La autoridad llamada a aplicar la norma general, que puede retirar su validez para un caso concreto cuando ha reconocido su irregularidad, tiene el poder de anularla –puesto que hacer desaparecer la validez de una norma y anularla son una y la misma cosa–, pero la anulación es simplemente parcial, limitada al caso concreto. Tal es la situación de los tribunales –no de las autoridades administrativas– frente a los reglamentos, según numerosas constituciones modernas. Pero frente a las leyes, por regla general, están lejos de poseer tan amplios poderes de control. Lo más frecuente es que los tribunales no pueden examinar la regularidad de las leyes, es decir, la constitucionalidad de las leyes, en todos los aspectos, sino verificar únicamente la regularidad de la publicación de la ley no pudiendo, por tanto, rehusar su aplicación en un caso concreto más que a consecuencia de una irregularidad cometida en su publicación. (Kelsen, 1974, p.486)

De esta forma es categórico al señalar que “las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada al caso concreto son evidentes” (Kelsen, 1974, p.487). Cuestión ineludible –al menos en la época en que escribió Kelsen– producto del efecto inter partes de las resoluciones del poder judicial en la Europa continental (Fernández, 2007, p.29). “La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos” (Kelsen, 1974, p.487), prosigue.

Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema. (Kelsen, 1974, p. 487)

Un tribunal constitucional.

Esta última afirmación del reiteradamente nombrado jurista vienés proviene de su contexto institucional. Las suspicacias en torno a la dualidad juez/parte de las propias causas son incontestables. En todo momento y en todo lugar. Y su respuesta a Carl Schmitt resultó tan sólida y convincente que, al menos en occidente, la mayor parte de los sistemas que cuentan con órganos de control de constitucionalidad de las leyes no solamente han optado por un control jurisdiccional, sino que ampliamente se inclinan por un modelo centralizado, tal como el defendido por Kelsen. Con todo, emerge como interrogante aquella originada producto del cambio de paradigma respecto de algunos elementos que sustentan la tesis kelseniana. Si hoy la constitución no solamente tiene como sujetos normativos a los órganos constitucionales y se encuentra repleta del tipo de normas que Kelsen sugería no incorporar en ellas ¿permanece inalterado su minucioso esquema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes?

## Reflexiones finales

Un examen de lo precedentemente expuesto permite inferir algunas cuestiones que pueden ser norte en las brújulas de los diseños institucionales. Y como norte, no son destinos, sino trayectos desde puntos de partidas a destinos añorados. Preguntas dentro del viaje, al fin y al cabo.

- 1) ¿La supremacía constitucional requiere un único modelo de su garantía?
- 2) ¿Cuánto ha de incidir en la arquitectura institucional el peso de la historia?
- 3) ¿En el Derecho – ciencia milenaria – cuanto han de gravitar eventos importantes en su presente en la definición del futuro?
- 4) Y, tal vez, la pregunta más inquietante, ¿es posible sostener hoy una teoría de separación de los poderes estatales bajo el modelo decimonónico?.

## Referencias bibliográficas

- Blanco, R. (1998). *El valor de la constitución*. Alianza.
- Calamandrei, P. (2009 ). Fe en el Derecho. En S. Calamandrei y P. Calamandrei (coord.), *Fe en el Derecho* (pp. 71-105). Marcial Pons.
- Carbonell, M. (2006). Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 289 -300.
- Cornell, S. (2011). The people's Constitution vs. The Lawyers Constitution: Popular Constitutionalism and the original debate over originalism. *Yale Journal of Law and the Humanities*,
- De Otto, I. (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel.
- De Prada Gracia, A. (2001). Por un modelo de jurista: el movimiento del Derecho Libre. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 18, 15-47. UNED.
- Díaz Revorio, F. (2009). Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 81 -108.
- García Amado, J.A. (1997). Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 803 -825.
- Ehrlich, E. (2005a). Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia* (pp. 53-88). Marcial Pons.
- Fernández Rodríguez, J.J. (2007). *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. Fontamara.

- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2010). *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez, C. (2013). El poder judicial y la defensa de la constitución en Carl Schmitt. *Revista de Estudios Políticos*, 46 (161), 41 -67.
- Kantorowicz, H. (1949). La lucha por la Ciencia del Derecho. En Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz Goldschmidt, W. (trad.), *La ciencia del Derecho*. Losada.
- Kelsen, H. (2003). *Teoría pura del derecho*. Porrúa.
- Kelsen, H. (1974). *La garantía jurisdiccional de la constitución*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Kelsen, H. (1995). ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Tecnos.
- Pérez Royo, J. (2007). *Curso de Derecho Constitucional* (11ª ed.). Marcial Pons.
- Prieto, L. (2009). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta.
- Prieto, L. (2013). *El Constitucionalismo de los Derechos*. Trotta.
- Robles, G. (2005). *Escritos sobre sociología jurídica*. Marcial Pons.
- Recasens Siches, L. (1956). Situación presente y proyección de futuro de la filosofía jurídica. *Anales de la Facultad de Derecho, Tercera Época III*(5).
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia*. EUDEBA.
- Schmitt (1928), vers. Francisco Ayala de 1934, reed. en 1982 con epílogo de Manuel García-Pelayo, reimp. 1992, Alianza, Madrid. pp. 89 -109.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Manuel Sánchez (trad.) Tecnos, Madrid.
- Segura Ortega, M. (1993a). El movimiento del Derecho Libre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 423 -455.
- Segura Ortega, M. (1993b). Kantorowicz y la renovación jurídica. *Dereito Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, II(2), 113-130.
- Storing. R. (1981). *The Complete Anti-Federalist*. The University of Chicago Press.
- Troper, M. (2001). Contribución a la crítica de la concepción kelseniana de la ciencia jurídica. En *Por una teoría jurídica del Estado* (pp. 25-35). M. Venegas Grau (trad.). Dykinson.