

---

## LA CONSTITUCIONALIDAD EN KELSEN

---

**Ernesto Blume Fortini**

*Abogado, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.*

*El presente ensayo ha sido elaborado a raíz de los estudios realizados por el autor en la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

---

### 1 INTRODUCCIÓN

---

El presente trabajo es una investigación sobre el pensamiento del jurista Hans Kelsen en torno a la problemática de la *constitucionalidad*, extraído de su ensayo *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, que, traducido al español de la versión original en alemán por Roberto J. Brie, bajo la supervisión técnica de Eugenio Bulygin, fuera publicado en mayo de 1995 por Editorial Tecnos S. A., ensayo en el cual el jurista de Viena refuta las ideas de Carl Schmitt en torno a quién debe ser el defensor de la Constitución.

La investigación pretende demostrar la hipótesis de que el Tribunal Constitucional –ideado por Hans Kelsen y que fuera creado en la Constitución austriaca de 1920– es el defensor de la *constitucionalidad*, entendida ésta como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y los correlatos normativos reglamentarios, que comprenden la estructura jurídica de implementación constitucional, en sus diversos niveles de especificidad. En tal sentido, la referida hipótesis cuestiona el que la materia de control del Tribunal Constitucional –concebido por Kelsen como el ente de control concentrado de la *constitucionalidad*– sea “la defensa de la Constitución”, postulando que

dicha materia es, en puridad, *la defensa de la constitucionalidad*.

El trabajo se ha dividido en tres partes. En la primera se trata de una reseña biográfica del autor –con énfasis en su producción doctrinaria– y de un ligero examen del significado de su obra –en la cual destaca incuestionablemente su *Teoría pura del derecho*–. En la segunda se efectúa un análisis de la polémica que sostuvo Hans Kelsen con Carl Schmitt en torno a quién debe ser el defensor de la Constitución (que, de acuerdo a la hipótesis asumida, debe entenderse como *de la constitucionalidad*), resumiendo la tesis de Schmitt y recogiendo la refutación efectuada por Kelsen. En la tercera se ingresa de lleno a la problemática de la *constitucionalidad* en Kelsen, escudriñando la conceptualización que la misma le mereció y que se desprende del ensayo que es materia de la investigación, para concluir con una breve referencia al Tribunal Constitucional austriaco.

Finalmente, como es de rigor, se arriba a las respectivas apreciaciones finales.

## 2 KELSEN: EL JURISTA DE LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

### 2.1 Kelsen: reseña biográfica

El 11 de octubre de 1881 nació en Praga el jurista Hans Kelsen, en circunstancias en que su familia, que era vienesa, se encontraba de visita en aquella ciudad. Su educación escolar y universitaria la desarrolló en Viena, obteniendo a los 26 años, en 1906, el grado de doctor en derecho (*doctor juris*) en la Universidad de Viena.

En 1911 inició su carrera como docente en calidad de profesor privado extraordinario. Al año siguiente, en 1912, contrajo

matrimonio con Margarethe Bondi, con quien procreó a sus hijas Ana y María. En 1918, paralelamente, fue designado teniente de reserva (a raíz de la primera guerra mundial) y fue nombrado profesor adjunto de la Universidad de Viena, donde en 1919 logró convertirse en profesor principal, a pesar de las reticencias que para muchos producía su parentesco judío.

En aquel entonces –cuando ya había asistido en Heidelberg al seminario de George Jellinek, era uno de los promotores de la “escuela legal vienesa”, y Austria acababa de independizarse tras la caída de la monarquía austro-húngara– recibió el encargo del canciller Carl Renner, de elaborar, conjuntamente con Heinrich Lammasch, la primera Constitución austriaca –que fuera promulgada el 1 de octubre de 1920–, en la cual se introdujeron importantes aportes en cuanto a la democracia representativa y se inauguró el sistema de control concentrado de la *constitucionalidad* a través de la creación del denominado *Tribunal Constitucional*, tribunal del cual Kelsen fue miembro desde 1921 hasta 1930, año en el que, desengañado por las modificaciones introducidas al mismo, fue tentado a aceptar una cátedra en la Universidad de Colonia, donde permaneció sólo hasta 1933, por la cercanía del holocausto, que lo obligó a un éxodo hacia Ginebra asumiendo el resto de adaptarse a los estudios y la docencia en una lengua extranjera.

En Ginebra –salvo una breve y alertadora experiencia en la Universidad Alemana de Praga, en donde por las amenazas de los estudiantes nazis ratificaría lo sombrío de su futuro– permaneció hasta 1940, año en el cual emigró a los Estados Unidos de América, para emprender una nueva vida en otra realidad y con otro idioma.

En los Estados Unidos de América pasó una corta etapa en la Universidad de Harvard –en la cual, a pesar de los auspicios

del decano Roscoe Pound, sólo alcanzó el rango de investigador adjunto-, que concluyó por la decisión del presidente de aquella universidad de no continuar el contrato, frente a lo cual Kelsen se trasladó a Berkeley, donde desde 1942 hasta su retiro, en 1951, enseñó en el Departamento de Ciencias Políticas, y durante un semestre en la Escuela de Derecho. Fue jubilado el 25 de abril de 1952 de la Universidad de California, en circunstancias en que ya había adquirido la ciudadanía americana.

Paralelamente a la enseñanza, Hans Kelsen destacó por su producción doctrinaria –que estuvo centrada en la elaboración de una teoría del derecho y a cuyo significado se hará referencia más adelante–, debiendo enfatizarse que en 1951 la Universidad Nacional Autónoma de México le confirió el grado de doctor *honoris causa* y que en 1960 visitó México, siendo nombrado el 5 de abril del mismo año “profesor extraordinario” por la citada universidad. Falleció en Berkeley, Estados Unidos, el 19 de abril de 1973, a los 92 años.

Entre los testimonios de quienes conocieron al maestro Kelsen hay varios que son elocuentes para tener una idea de su personalidad y calidad humana, a la par que de su inteligencia, gran producción intelectual y extraordinario aporte a la ciencia del derecho. Al respecto, Edward C. Halbach Jr. afirma:

“Hans Kelsen fue un hombre amable, humilde y generoso, pero a la vez enérgico, confiado y disciplinado en la formulación y presentación de sus puntos de vista filosóficos a los cuales dedicó su vida. Por estas últimas cualidades fue conocido en todo el mundo; sin embargo, estoy agradecido de que en Berkeley hayamos tenido el privilegio de conocerlo también por las primeras.”<sup>1</sup>

1 HALBACH JR., Edward C. En: “Testamentos en memoria de Hans Kelsen”. En: *California Law Review*, vol.

Y Robert Walter sostiene:

“Hans Kelsen tuvo una vida dura, pero a la vez exitosa, variada y movida, aunque dedicada, sin embargo, a una sola meta. Dura, por haber tenido que sufrir continuas hostilidades, que lo tocaban en lo más profundo de su ser, de parte de los poderes políticos. Exitosa, por verse coronada en una obra a la cual nadie puede hoy negar importancia. Variada y movida, por su labor no sólo como catedrático e investigador, sino también como asesor jurídico de trascendencia histórica y como juez del Tribunal Constitucional Supremo de Austria. Sin embargo, y pese a todas estas innumerables actividades, su vida estuvo dedicada a una sola tarea, pues nada ni nadie podía detener a Kelsen de trabajar incesantemente en su teoría, la cual, y sin desestimar sus demás logros, constituye evidentemente su obra secular. La teoría de Kelsen –la teoría pura del derecho– no podrá ser excluida jamás de la ciencia jurídica.”<sup>2</sup>

## 2.2 El significado de su obra

Roscoe Pound ha expresado que Hans Kelsen “constituye incuestionablemente el principal jurista de la época”<sup>3</sup>, mientras que Carlos Cossio lo ha calificado como “el jurista de la época contemporánea”<sup>4</sup>. Al respecto, cabe preguntarse, siguiendo al maestro Enrique R. Aftalion, miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social:

“¿Qué ha hecho Kelsen para que innumerables adherentes conviertan su nombre en una suerte de meridiano jurídico?”

1, n.º 4. Los Angeles, 1973, p. 305. Traducción de María Angélica Rojas de Buffell.

2 WALTER, Robert. En: “Testamentos en memoria de Hans Kelsen”. *Ibid.*, p. 387.

3 AFTALION, Enrique. “Prólogo”. En: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada S. A., 1946, p. 7.

4 *LOC. CIT.*

¿Qué encuentran en su obra que lo distancia en tal forma de otros eminentes filósofos? ¿Acaso no forman también legión los impugnadores de Kelsen, e, incluso, los que afirman que 'están superados', que 'ya no sirven'?<sup>5</sup>

Es difícil absolver en pocas palabras estas interrogantes, so pena de caer en imprecisiones, ambigüedades o parcializaciones, por cuanto Hans Kelsen fue autor de cientos de libros y artículos que han sido traducidos hasta en veinticinco idiomas, aunque sus obras más importantes versan sobre el análisis, conceptualmente hablando, de la relación entre el derecho y el Estado, las cuales están representadas por su *Teoría general del derecho y del Estado* terminada en 1945, cuya segunda edición apareciera en 1960, complementada y revisada, bajo el título de *Teoría pura del derecho*. Sin embargo, siguiendo al mismo profesor Alfalou, se intenta a continuación esbozar algunas respuestas, afirmando que existen dos circunstancias que convierten a Kelsen en acreedor de los elogiosos calificativos que se han trascrito. Ellas son las siguientes: en primer lugar, que en el panorama de la jusfilosofía actual no aparece ningún sistema oponible con éxito y con posibilidad de remplazar al ideado por Kelsen; y, en segundo lugar, que ha hecho posible la teoría de la ciencia jurídica al desarrollar una lógica jurídica como instrumento imprescindible para que aquella adquiriera pleno nivel científico. En efecto, la teoría pura del derecho es la única teoría general de lógica jurídica, sin que esto conlleve una conceptualización peyorativa o descalificadora de la ejecutoria que presenta la ciencia del derecho; pero:

... ocurre que el saber así logrado sólo tenía de 'científico' su sentido intencional, ya que le faltaba, en cambio, esa certeza

constrictiva y esa validez universal sin las cuales resulta difícil hablar de verdadera ciencia<sup>6</sup>.

En verdad, si Kelsen tiene un lugar especialmente importante en el desarrollo de las ideas jurídicas en la humanidad, ello se debe a que fue capaz de descubrir y formular, como está dicho líneas arriba, una lógica jurídica basada en el deber ser, suministrando a los estudiosos del derecho "... el *organon* sin el cual no les era posible aventar las ideologías y pensar neutralmente su objeto"<sup>7</sup>. La ciencia del derecho es concebida por Kelsen como una pura teoría normativa, que tiene el carácter de ser independiente de todo hecho y de toda ley positiva, por cuanto las normas son entendidas como significaciones (no normas en cuanto a hechos), de tal suerte que las normas de su teoría pura del derecho son "leyes puras", semejantes a ideales o esencias. Empero, tal tipificación y peculiaridad respecto de los hechos no significa ausencia de relación con aquéllos, sino que, simplemente, preceden a los hechos.

Desde el punto de vista de Kelsen, a pesar de su carácter autónomo las normas tienen su propio contenido, que es de naturaleza ideal y no fáctica, lo cual muestra un formalismo jurídico con formas legales propias, debiendo hacerse hincapié en que la teoría pura del derecho de Kelsen es, en puridad, una teoría universal, que puede considerarse como una rama de la lógica e, incluso, de la filosofía formal, desde que los conceptos que pergeña vienen a ser el basamento de los demás conceptos jurídicos, a tal punto que, según su autor, no puede darse una investigación jurídica seria que deje de lado la teoría pura del de-

6. *Ibid.*, p. 9.

7. *Ibid.*, cit.

5. *Ibid.*, cit.

recho y, menos aún, que la descarte como base de su raciocinio.

Por lo demás, en cuanto a este tópico debe hacerse notar que la teoría pura del derecho presenta una universalidad que es distinta a la que corresponde al derecho natural.

Finalmente —para concluir esta breve reseña sobre el significado de su obra y siguiendo a José Palomino Manchego-Muñoz— deben mencionarse muy brevemente los principales libros y folletos de Hans Kelsen traducidos al español, tales como: *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*; *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*; *Esencia y valor de la democracia*; *Compendio de teoría general del Estado* (segunda edición corregida); *Teoría general del Estado. La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*; *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*; *Sociedad y naturaleza*; *La paz por medio del derecho*; *La idea del derecho natural y otros ensayos*; *Teoría general del derecho y del Estado* (tercera reimpresión); *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura*; *¿Qué es la justicia?*; *Teoría comunista del derecho y del Estado*; *¿Qué es la teoría pura del derecho?*; *Introducción a la teoría pura del derecho*; *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*; *Principios del derecho internacional público*; *Contribuciones a la teoría pura del derecho*; *Derecho y lógica*; *Teoría pura del derecho*; *Socialismo y Estado. (Una investigación sobre la teoría política del marxismo.)*; *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. (Desarrollados con base en la doctrina de la proporción jurídica.)*; *Escritos sobre la democracia y el socialismo*; *Normas jurídicas y*

*análisis lógico*, y *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, entre otras<sup>8</sup>.

### 3 LA POLÉMICA KELSEN-SCHMITT

#### 3.1 Consideraciones previas

En base a su ponencia presentada en el Congreso de profesores de derecho público —realizado en Jena en 1924— y a un estudio publicado en 1929, Carl Schmitt elaboró su obra *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución* —que fuera publicada en 1931—, en la cual su autor esgrime los argumentos sobre quién debe ser el defensor de la Constitución y —conforme se verá más adelante— cuestiona el asignar a un Tribunal Constitucional tal tarea.

Al poco tiempo de aparecida la mencionada obra, Hans Kelsen, según afirma Guillermo Gasión<sup>9</sup>, "... dio a conocer sus observaciones críticas bajo el título *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*)", en un ensayo cuya versión en español recién se publicara por Editorial Tecnos en 1995 y que, precisamente, es el que ha sido fuente originaria para la realización del presente trabajo.

La confrontación de Hans Kelsen con Carl Schmitt, a raíz de la obra del segundo de los nombrados denominada —como está dicho— *La defensa de la Constitución. Es-*

8. PALOMINO MANCHEGO-MUÑOZ, José. "Bibliografía de Hans Kelsen". En: KELSEN, Hans. *Introducción a la teoría pura del derecho*. Lima: Biblioteca Luis Alford, 1995, pp. 115-130.

9. GASIÓN, Guillermo. "Estudio preliminar". En: KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción y notas de Roberto J. Irig. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1995, p. X.

tudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución, constituye, según el mismo Guillermo Gasió:

"... un significativo episodio del vasto debate sobre el carácter de la crisis político-institucional que agitaba a Europa por entonces y, en particular, como un agudo diagnóstico ante la compleja coyuntura que atravesaba el Reich alemán bajo la Constitución del 11 de agosto de 1919, conocida como la Constitución de Weimar"<sup>10</sup>.

Sin embargo, la referida confrontación no sólo es parte de aquel vasto debate al que hace referencia Gasió, sino que se trata también de una respuesta de Hans Kelsen a las agudas críticas formuladas por Schmitt a la propia teoría pura del derecho, las cuales alcanzaban hasta los presupuestos básicos del constitucionalismo liberal, a tal punto que la teoría pura del derecho de Kelsen y lo que podría denominarse el *decisionismo* de Carl Schmitt pueden describirse, desde una visión histórica, como los naturales productos de la crisis de entreguerras, que en el fondo fue una crisis de sistema e igualmente una crisis de teoría.

### 3.2 La tesis de Carl Schmitt

Schmitt, en el primer capítulo de *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, centra sus esfuerzos en el propósito de descalificar a la justicia como protectora de la Constitución, revelando desde un inicio un abierto disenso con Hans Kelsen, quien, como bien se sabe, ya en 1931 era conocido como el creador del sistema de control concentrado de la *constitucionalidad* a cargo de un ente autónomo, independiente y

con jurisdicción especial, para controlar la *constitucionalidad*, llamado Tribunal Constitucional, el cual a instancias del propio Kelsen había sido incorporado en la Constitución Federal de Austria y en el que, incluso, Kelsen había sido uno de sus magistrados.

A este respecto, no hay que olvidar que:

"El jurista vienés consideraba al capítulo sobre las garantías de la Constitución y de la Administración como el núcleo jurídico de la Constitución y, por su influjo, el Tribunal Imperial de la vieja monarquía 'fue convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, el primero de este tipo en la historia del derecho constitucional'. La Asamblea Nacional de Austria promulgó el 13 de julio de 1921 la ley federal sobre Organización y Procedimiento del Tribunal Constitucional. Kelsen, electo miembro titular, pasando luego a relator permanente, ejerció un papel relevante en la práctica jurisdiccional del Tribunal."<sup>11</sup>.

Schmitt, quien sostiene que el defensor de la Constitución debe ser el presidente del Reich, centra sus baterías contra Kelsen en cuatro puntos fundamentales: la teoría política del poder neutral (*pouvoir neutre*); la especial importancia de dicho poder neutral en el Estado pluralista de partidos, evidenciada mediante el ejemplo del árbitro oficial en los litigios del trabajo; la burocracia y las diversas posibilidades de lograr una "independencia" con respecto al Estado pluralista de partidos, y el fundamento democrático del cargo del presidente del Reich.

Respecto del primero, Schmitt sostiene que las divergencias y diferencias que se dan entre quienes son titulares de los derechos políticos de carácter decisorio no es factible resolverlas, generalmente, en for-

10. *Ibid.*, cfr.

11. *Ibid.*, p. XV.

ma judicial –excepción hecha del caso en que se busque sancionar lo que él denomina “... trasgresiones manifiestas de la Constitución”<sup>12</sup>–, por cuanto tales divergencias y diferencias son resueltas por un tercero, ubicado sobre los litigantes e investido de una facultad política de carácter excelso, caso en el cual “... ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado...”<sup>13</sup>; o, de otro lado, son resueltas por un organismo que no tiene la calidad de superior, sino de coordinador, el cual sería un tercero neutral. “Y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención.”<sup>14</sup> En este orden, Schmitt resalta que si lo que en verdad interesa es organizar una institución cuyo objeto sea el garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, lo conveniente en un Estado de Derecho, en el cual se diferencian los poderes en base a sus competencias, es:

“... no confiar la misión precitada a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio ante los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esta causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo y equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales”<sup>15</sup>.

Para arribar a este aserto, Schmitt recurre a la historia constitucional del siglo XIX y, concretamente, a la teoría especial del llamado *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur* que postulara Benjamín Constant a raíz de las luchas llevadas a cabo por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal, en contraste con el bonapartismo y la Constitución monárquica. Sobre este particular, Schmitt reflexiona sosteniendo que la teoría del poder neutral pertenece, por esencia, a aquellas teorías del Estado cívico del Derecho y aporta una lógica categorial en lo que toca a las prerrogativas del jefe de Estado, a quien también denomina *monarca o presidente del Estado*, lógica que parte de la estimación realista de los elementos y posibilidades de intervención como poder neutral (entendido en términos de inviolabilidad y, en última instancia, de posición privilegiada) que tiene el jefe de Estado, la cual descansa sobre una acepción política “... que reconoce claramente la posición del rey y del presidente del Estado en el Estado constitucional, y la expresa en una fórmula certera”<sup>16</sup>.

Respecto del segundo punto, Schmitt describe la posición del presidente del Reich según la Constitución de Weimar, posición que a la luz de la teoría de un poder neutral, mediador, regulador y tutelar queda fortalecida asignándole el papel de defensor de la Constitución, ya que tal posición se caracteriza por atribuir al tercero neutro una actuación básicamente mediadora, tuteladora y reguladora (mas no de carácter continuo, imperante y reglamentador), que tan sólo en los casos de real necesidad entra en acción, toda vez que no es competidor con los otros poderes, sino, por naturaleza, un ente de serenidad y cautela. Schmitt afirma:

12 SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Traducción de Manuel Sánchez Soto. Madrid: Editorial Tecnos S. A., p. 214.

13 *Ibid.*, cit.

14 *Ibid.*, cit.

15 *Ibid.*, p. 214.

16 *Ibid.*, p. 216.

"Según el derecho positivo de la Constitución de Weimar, la posición del presidente del Reich, elegido por la nación entera, sólo puede construirse con la ayuda de una teoría muy desarrollada de un poder neutral, mediador, regulador y tutelar. El presidente del Reich está dotado con las atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos, aunque simultáneamente está obligado al refrendo de los ministros, quienes, a su vez, dependen de la confianza del Parlamento."<sup>17</sup>

Más adelante, agrega:

"En un Estado con la complicada organización del Reich alemán, y en la actual situación concreta de la vida constitucional —el Reich alemán no es solamente una estructura federalista, sino también, y al mismo tiempo, un ente pluralista y policrático—, la función mediadora y reguladora del *potest neutral* adquiere una central importancia, que no se satisface ni con el formalismo subalterno ni con argumentos procedentes de la época monárquica anterior a la guerra."<sup>18</sup>

Respecto del tercer punto, Schmitt analiza la burocracia y sus diversas posibilidades de lograr una "independencia" con respecto al Estado pluralista de partidos, sosteniendo que aquella, a pesar de su proclamada formal independencia, en la práctica está infestada de la política, por lo que entregarle a ella —a través de la creación de un Tribunal Constitucional o de un ente semejante— la defensa y el control de la Constitución, es simple y llanamente politizar y desnaturalizar tal defensa, de modo tal que la única posibilidad imaginable es la de hallar una instancia independiente y neutral, que no es otra que la que corresponde al presidente del Reich.

Posteriormente, con relación a este mismo aspecto, Schmitt deslinda la independencia de los jueces comunes afirmando que en la independencia judicial que garantiza la Constitución de Weimar se encuentran enlazadas o unidas entre sí una suerte de dos especies de independencia, una de las cuales es la específicamente judicial, que tiene que ver con los mandatos que se dictan en el ejercicio de la actividad judicial —de la cual también gozan quienes no son magistrados de carrera—, y, en segundo lugar, aquella independencia que detenta el funcionario judicial vitalicio, que es la más excelsa, ya que libera a su detentador de presiones, influencias, intervenciones y cualquier otro tipo de elemento perturbador a su función. No obstante, a partir de este deslinde reafirma sus críticas contra el Tribunal Constitucional defensor de la Constitución, afirmando que:

"Mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante tribunal de justicia política o constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formalizar preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga."<sup>19</sup>

Respecto del cuarto punto, Carl Schmitt enfatiza lo que él denomina la *fundamentación democrática* del cargo de presidente del Reich, sosteniendo que la independencia de los jueces no tiene por misión la de crear un titular "... para la generación

17 Ibid., pp. 220-221.

18 Ibid., pp. 224-225.

19 Ibid., p. 245.



auténtica de la voluntad del Estado, sino la de delimitar y asegurar, dentro de un sistema estatal ordenado, una esfera de la justicia sujeta a la ley<sup>20</sup>, voluntad que sí expresa auténticamente el presidente del Reich, quien, detentando además aquel poder neutro al que se ha hecho referencia, es elegido por el pueblo alemán entero y sus atribuciones políticas son por naturaleza una apelación al pueblo, por lo que:

"Haciendo al presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadas en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político."<sup>21</sup>

En resumen, la tesis de Carl Schmitt se asienta en una marcada preocupación en torno a la politización de la justicia, si es que se entrega el control de la *constitucionalidad* a un Tribunal Constitucional, por lo que postula que la defensa y el control de la *constitucionalidad* corra a cargo del presidente del Reich, a quien atribuye un carácter de poder neutro, regulador, armonizador y contemporizador, ajeno a las presiones y vicisitudes de la política partidaria, cuestionando de este modo en forma radical la posición de Hans Kelsen.

### 3.3 La refutación de Kelsen

Tal como se adelantara en las consideraciones previas, frente a la publicación de la obra de Schmitt *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la*

*Constitución* —que fuera publicada en 1931—, Hans Kelsen reaccionó prácticamente de inmediato, produciendo en Berlín en 1931 su ensayo titulado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, en el cual a través de doce reflexiones refuta las críticas de Carl Schmitt, especialmente las atinentes a la politización del Tribunal Constitucional, del cual, como está dicho, él era su creador.

Para cumplir con su objetivo, Kelsen define el significado de *defensor de la Constitución* afirmando que desde su sentido primario u originario debe entenderse como defensor de la Constitución a aquel órgano encargado precisamente de defender a aquélla cuando se producen violaciones, entendidas éstas como hechos que contradicen a la Constitución, por acción o por omisión. En tal sentido, la defensoría de la Constitución —que a pesar de que Hans Kelsen no lo sostuviera literalmente, era una defensoría de la *constitucionalidad*— portaba consigo implícitamente la categoría de una garantía, entendida como una suerte de medio o instrumento para lograr la defensa, el rescate y la custodia de la *constitucionalidad*. En este orden de ideas, Kelsen arriba a una especie de conclusión inicial o básica, en el sentido de que lo que él denomina "el reclamo político-jurídico de garantías de la Constitución"<sup>22</sup> —entendidas como instituciones a través de las que se controla "... la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno..."<sup>23</sup>— responde al "... principio específico de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho"<sup>24</sup>, siendo éste un principio de la esen-

20 *Ius*, cit.

21 *Ibid.*, p. 290.

22 KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 4.

23 *Ius*, cit.

24 *Ius*, cit.

cia misma del Estado de Derecho, por lo que la discusión debe centrarse en la titularidad de a quién corresponde satisfacer tal reclamo.

A partir de este raciocinio, Kelsen sentencia:

"Sólo una cosa parece estar fuera de discusión, algo que es de una evidencia tan primaria, que casi parece innecesario destacarla en medio de la discusión de estos últimos años en torno al problema de la garantía constitucional: si debe ser creado absolutamente un instituto por medio del cual sea controlada la constitucionalidad de ciertos actos del Estado subordinado inmediatamente a la Constitución, en especial los actos del Parlamento o del Gobierno, de manera que dicho control no pueda ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados."<sup>25</sup>

A este respecto, al afirmar que la función política de la Constitución no es otra que la de establecer límites jurídicos al ejercicio del poder, para evitar excesos y abusos de poder, rescata que, en puridad: "Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán trasgredidos."<sup>26</sup>

A lo cual agrega, esbozando un argumento de abierto disenso con Schmitt, que lo indiscutible es que:

"... ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser juez de su propia causa"<sup>27</sup>

Con este raciocinio, Kelsen ataca de lleno la postulación de Schmitt en el sentido de conceptualizar que el presidente del Reich es el llamado a defender la Constitución, imputándole a continuación que su posición encubre la llamada *doctrina constitucional del siglo XIX*, mediante la cual se buscaba, en el fondo, ocultar una intención fundamental: "... compensar la pérdida de poder que el jefe de Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional"<sup>28</sup>.

El juicio del autor del presente ensayo es coincidente con la última afirmación de Kelsen, toda vez que lo que en el fondo se pretendía (por las razones políticas coyunturales que se venían desarrollando en aquella época) era frustrar u obstaculizar un eficiente control de la *constitucionalidad*, sobre todo cuando su violación provenía de acciones del monarca o de su gobierno. En este punto Kelsen hace una precisión que resulta interesante destacar en orden a refutar aún más la tesis de Schmitt, ya que normalmente se habla de jefe, presidente o monarca como si se tratara de una suerte de personaje sacrosanto, absolutamente autónomo, neutral y ajeno a los avatares políticos coyunturales, cuando en verdad aquél no era más que la cabeza de un equipo de gobierno, vale decir, de un órgano colegiado, una de cuyas piezas, por decirlo así, era el jefe, presidente o monarca, por lo que la argumentación de Schmitt resultaba siendo un sofisma ciertamente, pues, para cumplir a cabalidad el jefe del Reich con la tarea que le asignaba Schmitt, debía ocultar el verdadero carácter de su función.

Insistiendo en su cuestionamiento, Kelsen afirma que el convertir al jefe del

25 *Ibid.*, p. 5.

26 *Ibid.*, cit.

27 *Ibid.*, cit.

28 *Ibid.*, cit.

Reich en defensor de la Constitución revela una:

"Ficción de notable audacia, si se tiene en cuenta que en el arsenal de la doctrina constitucional también se hace alarde de que el monarca es de suyo el único órgano, por ser el más alto, de ejercicio del poder estatal y sería también específicamente el titular del poder legislativo; de él y no del Parlamento proviene el mandato legal; la representación del pueblo sólo ejerce influencia en la determinación del contenido de la ley."<sup>29</sup>

Entonces Kelsen se pregunta con acierto si es concebible que el monarca, titular de gran parte del poder del Estado, sea "... la única instancia neutral convocada frente al ejercicio del poder del Estado y para el control de la constitucionalidad del mismo"<sup>30</sup>, sosteniendo a continuación que resulta evidente que se está ante una contradicción inadmisibles.

Kelsen también refuta la posición de Schmitt –basada en Benjamín Constant– sobre el poder neutral, sosteniendo implícitamente que éste incurre en error de interpretación de la teoría de tal poder –que parte de la premisa de que para que éste se dé, el Ejecutivo debe escindirse en dos poderes, uno pasivo y otro activo, respecto de los cuales el monarca únicamente ejerce el activo y, por consiguiente, "Sólo como pasivo es poder 'neutral'"<sup>31</sup>-. A este respecto, Kelsen enfatiza:

"No se puede ignorar la ficción que aquí se esconde al hacer aparecer el poder del monarca –a quien la Constitución le confiere la representación exterior del Estado y en especial la firma de los tratados internacionales, la sanción de las leyes, el comando supremo del ejército y la armada, el

nombramiento de funcionarios y jueces, y otras tareas más– como meramente pasivo."<sup>32</sup>

Más adelante –pero con relación al mismo tema del poder neutral–, Kelsen cuestiona el intento de Schmitt de trasladar la ideología de Constant –relativa al poder neutro del monarca– al jefe de Estado de una república democrática, cuando aparece ligada a la tendencia de ampliar la competencia de este último más allá de las competencias de un monarca constitucional, cayendo en una nueva contradicción al atribuirle un poder del mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, pero simultáneamente intentando ampliar sus atribuciones, al punto de convertirlo en un soberano del Estado, en una especie de dictador, lo cual deviene en incompatible con la tarea de garantizar la *constitucionalidad*.

De otro lado, Kelsen contradice la crítica fundamental de Schmitt relativa a la politización de la justicia sosteniendo que éste parte de una premisa errónea, cual es la de suponer que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y la función política, y que, por lo demás, las decisiones acerca de la *constitucionalidad* de las leyes, así como la anulación de las leyes inconstitucionales, constituyen actos políticos, de lo que colige que aquella actividad no podría ser calificada de justicia. Con relación a este punto, Kelsen sale al frente con una categórica fundamentación cuando sostiene, entre otros importantes argumentos, que:

"No se ve, o no se quiere ver, que el ejercicio del poder encuentra su muy esencial continuidad e incluso hasta su efectiva iniciación en la jurisdicción, no menos que en

29. *Ibid.*, p. 7.

30. *Ibid.*, c. 9.

31. *Ibid.*, p. 11.

32. *Ibid.*, c. 10.

la otra rama del Ejecutivo, cual es la Administración.<sup>33</sup>

“Si se mira la ‘política’ como ‘decisión’ en orden a la resolución de los conflictos de intereses –para hablar con la terminología de Schmitt–, entonces está presente en toda sentencia judicial, en mayor o menor medida, un elemento de decisión, un elemento de ejercicio del poder. El carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le debe necesariamente otorgar de acuerdo a su naturaleza.”<sup>34</sup>

“... la opinión de que sólo la legislación, pero no la ‘auténtica’ jurisdicción, es política, es tan falsa como la que considera que solamente la jurisdicción es una creación generadora de derecho, siendo empero la jurisdiccionalidad sólo aplicación reproductora del derecho. En el fondo, se trata de dos variantes de un único y mismo error. Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno y otro, le otorga una capacidad creadora de derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter ‘político’ que tiene la legislación, aunque en una medida mayor”<sup>35</sup>.

“... entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa”<sup>36</sup>.

“... todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica, en la medida en que tome posición frente al problema de si la pretensión de un Estado contra otro Estado y que éste se niega a satisfacer a aquél –y en esto consiste todo conflicto– está fundada en el derecho internacional o no, y este problema puede ser resuelto siempre conforme al

derecho internacional, es decir, jurídicamente”<sup>37</sup>.

“... un conflicto es ‘no arbitrable’ o político, no porque en su naturaleza no sea un conflicto jurídico y consecuentemente no puede ser resuelto por un tribunal, sino porque una de las partes, o ambas, no quiere, por algún motivo, que sea resuelto por una instancia objetiva”<sup>38</sup>.

“... que la función de un Tribunal Constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros tribunales –y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal Constitucional nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal Constitucional–, pero no porque no se trate de un ‘tribunal’ su función no sería ‘jurisdiccional’, y mucho menos que esta función no pueda ser transferida a un órgano dotado de independencia judicial”<sup>39</sup>.

Por lo demás, Kelsen disiente de Schmitt sosteniendo que es errado afirmar que la función de un Tribunal Constitucional no sea de justicia cuando la norma que debe aplicar tiene un contenido dudoso y –en consecuencia– la sentencia determinará el contenido de la norma, por cuanto precisamente en ese caso es donde se perfila la necesidad de asentar la voluntad política del Estado manifestada en la sentencia del Tribunal Constitucional y dentro del margen de discrecionalidad que corresponde al juez constitucional. En tal virtud, Kelsen sostiene que, en lo que respecta a la actividad política del tribunal generador de derecho frente a normas de contenido dudoso, ésta se fortalece en la medida en que la sentencia evalúe el asunto controvertido así como los intereses en juego y realice con objetividad y a la luz de una interpretación adecuada de la Constitución

33 *Ibid.*, p. 18.

34 *Ibid.*, pp. 18-19.

35 *Loc. cit.*

36 *Loc. cit.*

37 *Ibid.*, p. 19.

38 *Loc. cit.*

39 *Ibid.*, p. 21.

el análisis de *constitucionalidad*. Con respecto a este raciocinio, es bastante ilustrativa la siguiente afirmación de Kelsen:

"... La inconstitucionalidad de una ley puede consistir -como parece 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, en la medida en que precisamente la Constitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las futuras leyes..."<sup>40</sup>

En esta parte se reafirma la competencia del Tribunal Constitucional para conocer, legítimamente, la forma y el fondo de la norma objeto de cuestionamiento, a los efectos de determinar si es compatible o no con la Constitución. Por ello, más adelante Kelsen sostiene que: "... la evaluación de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal Constitucional implica una respuesta a la cuestión de si la ley ha sido dictada de acuerdo con la Constitución"<sup>41</sup>, para inmediatamente hacer una disquisición en lo atinente al hecho concreto que, en el análisis de la *constitucionalidad* de una norma, es subsumido bajo la norma constitucional, aclarando que tal hecho no es una norma, pues hecho concreto y norma son dos conceptos diferentes, pero dejando establecido que la generación de una norma, en sí, sí constituye un hecho concreto regulado por la norma constitucional y, en consecuencia, debe ser materia del análisis.

En otra parte de su ensayo Kelsen refuta a Schmitt en la caracterización que este último realiza sobre el examen de *constitucionalidad* de una ley, cuando limita el

mismo a una mera confrontación de contenidos -por la colisión o pugna producida entre dos leyes contradictorias- como si se tratara de reglas generales, empero sin subsumir una respecto de la otra, de tal suerte que el examen comprenda la comparación entre la normativa constitucional -de rango superior- y la normativa reglamentaria -de rango inferior- a los efectos de apreciar precisamente si el vínculo de armonía y concordancia plena entre una y otra, que es la *constitucionalidad*, se ha mantenido incólume. A este respecto, Kelsen aclara:

"Es simplemente víctima de un equívoco. Y por eso su argumentación, en todas sus posibles variaciones, es que no existe 'una jurisdicción de la ley contenida en la Constitución por encima de una norma', que no existe 'jurisdicción de la norma sobre otra norma', que 'una ley no puede ser protectora de otra ley'. En cuanto a la jurisdicción constitucional, no consiste, como Carl Schmitt reprocha a la 'teoría normativa' que analiza esta función, en que 'una norma tiene que protegerse a sí misma normativamente', o en que una ley más débil sea protegida por una más fuerte, o una más fuerte por una más débil, sino simplemente en que una norma debe ser anulada en su validez individual o general en razón de que el hecho concreto de su generación se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho concreto, y que por ello es una norma superior."<sup>42</sup>

Otro aspecto que merece comentario es la refutación que esgrime Kelsen con relación a la afirmación de Schmitt de que el control de *constitucionalidad* debe caracterizarse como legislación y no como jurisdicción, para lo cual llega a afirmar que la decisión del juez, al derivarse -en cuanto al contenido- de otra decisión definida inmensurable, que es la ley, ya se en-

40. *Ibid.*, p. 24.

41. *Ibid.*, p. 25.

42. *Ibid.*, pp. 26-27.

cuenta contenida dentro de aquélla. A este respecto Kelsen manifiesta su rotunda discrepancia imputando a Schmitt que su posición proviene del sistema ideológico de la monarquía constitucional según el cual el juez, aislado del monarca, no debe tener conciencia del poder que la ley le confiere, ya que:

"Debe creer que es un simple autómatas, que no produce derecho creativamente, sino que 'encuentra' al derecho ya creado y a la decisión ya tomada por la ley."<sup>43</sup>

A continuación, Kelsen refiere que no es de extrañar que Schmitt no se haya adherido más a la teoría del juez autómatas a pesar de que le sirvió para distinguir, en principio, la jurisdicción como un simple acto de aplicación del derecho, de la legislación como acto de creación del derecho, porque aclara con énfasis que en toda decisión, incluyendo la que corresponde a un tribunal que en un procedimiento lleva a cabo subsunciones correctas, existe un evidente elemento de pura decisión que en modo alguno puede ser derivado del contenido de la norma. Kelsen agrega:

"... Sólo permanece la pregunta de por qué un autor de un espíritu tan fuera de lo común, como Carl Schmitt, se enreda en contradicción tan manifiesta sólo con el fin de poder mantener su tesis de que el control de la constitucionalidad no es jurisdicción, sino legislación, cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas."<sup>44</sup>

En este sentido, es doblemente rescatable la tesis de Kelsen no sólo por la certidumbre que ella implica, sino que, además, el sostener que en el control de cons-

titucionalidad hay una dosis legislativa significa no sólo la postulación del legislador negativo —que se desarrollara posteriormente por la doctrina del derecho constitucional—, sino la de la judicialización del derecho, hoy tan de moda en aquellos países que cuentan con sistemas de control concentrado de *constitucionalidad* realmente efectivos.

Para concluir esta parte del presente trabajo, y en rescate de un debate que recobra periódicamente actualidad, se transcribe un comentario del maestro Hans Kelsen sobre lo absurdo de convertir al presidente del Reich en defensor de la Constitución:

"... Caracterizar al presidente del Reich como 'defensor de la Constitución' en un sentido en el que jamás podría hablarse de un Tribunal Constitucional y que no ha sido nunca ni por nadie afirmado, así como presentar al presidente del Reich en contra del Tribunal Constitucional, es algo sin sentido; lo mismo que la argumentación según la cual, ya que el ejército es la mejor defensa del Estado, no necesitamos más hospitales; (...) Aquí baste establecer que, cuando la Constitución instituye un Tribunal Constitucional, no es una 'ficticia judicialidad', sino una institución real, y que si algo hay que puede ser caracterizado de 'ficticio' es precisamente aquella 'unidad' del pueblo que Carl Schmitt afirma como un 'presupuesto' real —tal como aparentemente lo hace la Constitución—, y que al mismo tiempo declara superado al sistema pluralista existente en la realidad, con el fin de poder declarar al jefe de Estado como remedio a esta situación y como restaurador de aquella unidad."<sup>45</sup>

43 *Ibid.*, pp. 27-28.

44 *Ibid.*, p. 29.

45 *Ibid.*, pp. 59-60.

#### 4 LA PROBLEMÁTICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN KELSEN

##### 4.1 *La idea de constitucionalidad*

En el ensayo denominado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Hans Kelsen no define la *constitucionalidad* ni da un concepto preciso de la misma, como tampoco diferencia Constitución de *constitucionalidad*, ni deja aclarado que la materia de defensa y, en buena cuenta, del control concentrado de *constitucionalidad*, no es otra que esta última, por cuanto la Constitución en sí, como *ley fundamental*, escapa a los conceptos de defensa y de control desde que constituye la plasmación objetiva de la voluntad del pueblo, titular primigenio del poder —en lo que Karl Loewenstein consideraría como una expresión de la racionalización del poder político para establecer, entre otros aspectos, los parámetros de su ejercicio en orden a evitar exceso y abuso del poder vía sistemas de compensación e intercontrol del poder.

Sin embargo, resulta evidente que subyace en el pensamiento de Hans Kelsen la idea de que la materia del control es la *constitucionalidad* propiamente dicha, entendida ésta como aquel vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña, tanto en cuanto al fondo como a la forma, siendo una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, y, por consiguiente, consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.

Queda claro, en consecuencia, que si bien no hay una referencia expresa en el

texto materia de análisis respecto a que el objeto de control es la *constitucionalidad* y no la Constitución, debe estimarse que ello ha sido dado por supuesto por el propio Kelsen y que la utilización de la expresión “defensa de la Constitución” viene más bien motivada por la denominación que le da Carl Schmitt al trabajo que refuta Kelsen —esto es, *La defensa de la Constitución*—. De otro lado, en numerosas partes de su ensayo Hans Kelsen utiliza el vocablo “constitucionalidad”, así como hace sucesivas y permanentes referencias a las expresiones “normas inconstitucionales”, “normas constitucionales”, “leyes inconstitucionales” y “leyes constitucionales”; refiriéndose en la parte inicial, cuando reflexiona sobre el reclamo político-jurídico de garantías de la Constitución, que dicho reclamo corresponde a la exigencia de contar con instituciones por medio de las cuales se controla la *constitucionalidad* del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, comportamiento que, sin lugar a dudas, está referido al buen ejercicio de sus facultades normativas; esto es, que tanto el Parlamento cuanto el Ejecutivo, en su tarea reglamentadora de la Constitución, en sus respectivos niveles, guarden la subordinación correspondiente dictando normas constitucionales.

##### 4.2 *La defensa de la constitucionalidad: el Tribunal Constitucional*

Hans Kelsen es meridianamente explícito al caracterizar al Tribunal Constitucional como el ente encargado del control concentrado de la *constitucionalidad*, el que, al realizar el análisis de aquella, si detecta que una norma contradice, desnaturaliza, desborda o de alguna manera, por el fondo o por la forma, entra en pugna con la Constitución y, más que ello, con el conte-

nido y la esencia misma de la Constitución, está facultado para dejar sin efecto la norma inconstitucional mediante una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada y cuyos efectos son generales, esto es, *erga omnes*. Por tanto, es el defensor de la *constitucionalidad*.

A este respecto, resulta sumamente ilustrativa la descripción que realiza el propio Kelsen de este ente de control concentrado de la constitucionalidad, cuando sostiene que:

"Este funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada."<sup>46</sup>

Por último, debe señalarse que es curioso observar que el Tribunal Constitucional—regulado por los artículos 137 al 148 de la Constitución austriaca de 1920, en cuya elaboración tuvo papel preponderante Hans Kelsen—aparece rodeado de un conjunto de facultades que desbordan el control concentrado de *constitucionalidad*, como, por ejemplo, el conocer de las acciones de carácter patrimonial promovidas contra la Federación, los estados, los distritos, los municipios, que no puedan sustanciarse mediante el procedimiento judicial ordinario ni por resolución de una autoridad administrativa (art. 137); el conocer de los conflictos de competencia entre órganos de rango constitucional (art. 138); el

conocer de la ilegalidad de los decretos de autoridades federales o regionales (art. 139); el conocer de la anticonstitucionalidad de las leyes federales o regionales (art. 140), y el conocer de las impugnaciones de la elección del presidente federal, de los miembros de las asambleas de representación popular y de los órganos deliberantes, así como de las instituciones representativas (art. 141).

## 5 APRECIACIONES FINALES

1. Kelsen es considerado el principal jurista de la época porque en el panorama de la jusfilosofía actual no aparece ningún sistema oponible con éxito y posibilidad de remplazar al que ideó, y porque ha hecho posible la teoría de la ciencia jurídica al desarrollar una lógica jurídica como instrumento imprescindible para que aquella adquiriera pleno nivel científico. En efecto, la teoría pura del derecho es la única teoría general de lógica jurídica, sin que esto conlleve una conceptualización peyorativa o descalificadora de la ejecutoria que presenta la ciencia del derecho.
2. La tesis de Carl Schmitt sobre el defensor de la Constitución se asienta en una marcada preocupación por la politización de la justicia si es que se entrega el control de *constitucionalidad* a un Tribunal Constitucional, por lo que postula que la defensa y el control de la *constitucionalidad* corra a cargo del presidente del Reich, a quien atribuye un carácter de poder neutro, regulador, armonizador y contemporizador, ajeno a las presiones y vicisitudes de la política partidaria.
3. Kelsen ataca de lleno la postulación de Schmitt en el sentido de conceptualizar

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., pp. 14-15.



que el presidente del Reich es el llamado a defender la Constitución, imputándole que su posición encubre la llamada doctrina constitucional del siglo XIX, mediante la cual se buscaba, en el fondo, ocultar una intención fundamental: compensar la pérdida de poder que el jefe de Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional.

4. El intento de Schmitt de trasladar la ideología de Constant, relativa al poder neutro del monarca, al jefe de Estado de una república democrática, cuando aparece ligada a la tendencia de ampliar la competencia de este último más allá de las competencias de un monarca constitucional, revela una contradicción al atribuirle un poder del mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, pero simultáneamente intentando ampliar sus atribuciones, al punto de convertirlo en un soberano del Estado, en una especie de dictador, lo cual deviene en incompatible con la tarea de garantizar la *constitucionalidad*.
5. Kelsen contradice la crítica fundamental de Schmitt, relativa a la politización de la justicia, sosteniendo que ella parte de una premisa errónea, cual es la de suponer que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y la función política, y que, por lo demás, las decisiones acerca de la *constitucionalidad* de las leyes, así como la anulación de las leyes inconstitucionales, constituyen actos políticos.
6. Para Kelsen, cuando la norma que debe aplicarse tiene un contenido dudoso y, en consecuencia, la sentencia determinará el contenido de la norma, es ése el caso donde se perfila la necesidad de asentar la voluntad política del Estado manifestada en la sentencia del Tribunal Constitucional y dentro del

margen de discrecionalidad que corresponde al juez constitucional. En tal virtud, Kelsen sostiene que, en lo que respecta a la actividad política del tribunal generador de derecho, frente a normas de contenido dudoso, dicha actividad se fortalece en la medida en que la sentencia evalúe el asunto controvertido, así como los intereses en juego, y realice con objetividad y a la luz de una interpretación adecuada de la Constitución el análisis de *constitucionalidad*.

7. Kelsen refuta con acierto a Schmitt en la caracterización que este último realiza sobre el examen de *constitucionalidad* de una ley cuando limita el mismo a una mera confrontación de contenidos por la colisión o pugna producida entre dos leyes contradictorias, como si se tratara de reglas generales, empero sin subsumir una respecto de la otra de tal suerte que el examen comprenda la comparación entre la normativa constitucional –de rango superior– y la normativa reglamentaria –de rango inferior– a los efectos de apreciar precisamente si el vínculo de armonía y concordancia plena entre una y otra, que es la *constitucionalidad*, se ha mantenido incólume.
8. En el ensayo denominado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Hans Kelsen no define la *constitucionalidad* ni da un concepto puntual de la misma, como tampoco diferencia Constitución y *constitucionalidad*, ni deja aclarado que la materia de defensa y, en buena cuenta, del control concentrado de *constitucionalidad*, no es otra que esta última, por cuanto la Constitución en sí, como Ley fundamental, escapa a los conceptos de defensa y de control desde que constituye la plasmación objetiva de la voluntad del pueblo, titular primigenio del poder

—en lo que Karl Loewenstein consideraría como una expresión de la racionalización del poder político para establecer, entre otros aspectos, los parámetros de su ejercicio en orden a evitar exceso y abuso del poder vía sistemas de compensación e intercontrol del poder.

9. Resulta evidente que subyace en el pensamiento de Hans Kelsen la idea de que la materia del control es la *constitucionalidad* propiamente dicha, entendida ésta como aquel vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña, tanto en cuanto al fondo como a la forma, siendo una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, y, por consiguiente, consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.
10. Si bien no hay una referencia expresa en el texto materia de análisis respecto a que el objeto de control es la *constitucionalidad* y no la Constitución, debe estimarse que ello ha sido dado por supuesto por el propio Kelsen y que la utilización de la expresión "defensa de la Constitución" viene más bien motivada por la denominación que le da Carl Schmitt al trabajo que refuta Kelsen, esto es, *La defensa de la Constitución*.

## Bibliografía

AFTALION, Enrique

"Prólogo". En: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada S. A., 1946.

GASHÓ, Guillermo

"Estudio preliminar". En: KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción y notas de Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1995.

HALBACH Jr., Edward C.

En: "Testimonios en memoria de Hans Kelsen". Traducción de María Angélica Rojas de Bofill. En: *California Law Review*, vol. 6, nº 4. Los Ángeles, 1973.

KELSEN, Hans

*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción y notas de Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1995.

PALOMINO MANCHEGO-MUÑOZ, José

"Bibliografía de Hans Kelsen". En: KELSEN, Hans. *Introducción a la teoría pura del derecho*. Lima: Ediciones Luis Alfredo, 1993.

SCHMITT, Carl

*La defensa de la Constitución*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Editorial Tecnos S. A.

WALTER, Robert

En: "Testimonios en memoria de Hans Kelsen". Traducción de María Angélica Rojas de Bofill. En: *California Law Review*, vol. 6, nº 4. Los Ángeles, 1973.