

## *El Modelo Kelseniano del Estado como Ordenamiento Dinámico, en la Teoría y la Ideología\**

Leticia Gianformaggio

**1** Al inicio de los años treinta se desarrolló en Alemania, entre dos juristas y teóricos del Derecho y de la política, una polémica famosa sobre garantías constitucionales, cuyas elaboraciones no cesan —cincuenta años después— de estimular análisis y reflexiones.

Me refiero a la discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el “Custodio de la Constitución”,<sup>1</sup> la cual fue concluida por las dos partes con tan fogosa polémica y tan imperiosa definitividad del juicio crítico negativo sobre la teoría del adversario en su conjunto, que se puede considerar muy bien, aún hoy en día, un clásico de la discusión técnico-jurídica, no sólo por sus fundamentos, sino en cuanto —se diría— a que estuvo dominada por la pasión y por el empeño político-civil. Ahora bien, como casi siempre sucede, en relación con acontecimientos culturales de tal calidad, el matiz político del debate, y en general, de la cuestión, ha atraído mucho más el interés de los lectores intérpretes que el matiz científico —que, sin embargo, también se ha analizado—; y esto puede explicar el porqué se considera oportuno volver sobre una materia tan conocida.

El estímulo para trabajar un poco sobre un campo ya tan arado se da por la sorprendente constatación de la falta, en la literatura secundaria disponible, de una ponderación de la fuerza respectiva de las argumentaciones y de las confutaciones de los dos autores sobre el punto de

la configurabilidad o no como jurisdicción, de la función de custodio de la constitución, es decir, de control de la constitucionalidad; constatación que va unida a la de la singular debilidad de las argumentaciones y de las confutaciones de ambos. Parece que en su mayoría, los críticos —tan justamente preocupados por insistir en el signo y el sentido político-ideológico general de las posiciones de los dos autores— no hayan advertido la necesidad de ponderar en lo específico, la consistencia teórica de las argumentaciones respectivas. Y eso es singular. En efecto, es cierto que la materia del pleito era política y las argumentaciones técnico-jurídicas tenían un valor instrumental. Pero queda el hecho de que, quienes se enfrentaron en 1931 sobre la configuración del custodio de la constitución, según la letra de la Constitución de Weimar y según los principios de doctrina del Estado, no eran dos polemistas ocasionales, sino dos de entre los máximos teóricos del Estado, del Derecho y de la política de nuestro siglo.

Ahora bien, el análisis teórico desde el punto de vista de la teoría general del Derecho —que es mi disciplina específica— es un análisis que en la literatura secundaria me parece que falla un poco, y que yo aquí me preparo a hacer, aunque sumariamente. Muestro a los autores no ya formados en frentes opuestos, sino listos para atestiguar y, se diría, retrasados sobre una misma posición teórica que, a la luz de su utilización que al menos uno de los dos intentaba hacer, se revela decididamente vieja, por superar.

De ello resulta el cuadro de un evidente “retraso histórico”, al alba de los años treinta, del modelo teórico-general del Derecho, cuyo aparato conceptual era insuficiente para desarrollar las funciones para las que se empleaba. El cuadro de un retraso que la *Stufenbaulehre* kelseniana, recompensada por un Schmitt paradójico, mucho

\* Traducción de la Dra. María Cristina Pestellini Laparelli y el Dr. Miguel Angel González Rodríguez.

<sup>1</sup> Cfr. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, 1931, traducción italiana de la reedición Berlín, 1969, de A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milán, 1981; y H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, en *Die Justiz*, 1931, Heft 11-12, Bd. VI. pp. 576-628, traducción italiana de C. Geraci en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981, pp. 229-291.

mas “ochocientosco” que Kelsen, con el apelativo de “alegoría improvisada”, se preparaba para superar, tímidamente y en forma incompleta.

2. Los términos de la polémica entre Schmitt y Kelsen sobre el custodio de la constitución, decía, son muy conocidos; pero, dada la interdisciplinariedad de este encuentro, creo, hoy en día, que han sido tergiversados los autores estudiados, por lo cual me he permitido evocarlos por un instante, aunque sea sumariamente y rayando en la tosquedad.

En un escrito de 1929, vuelto a publicar en forma notablemente ampliada en 1931,<sup>2</sup> Carl Schmitt plantea el problema del custodio de la constitución; problema que en su manera de ver, está en una posición “que es más que un indicio de condiciones constitucionales críticas”<sup>3</sup> y que él considera “necesario ver [...] en el contexto de nuestra situación de derecho estatal y constitucional.”<sup>4</sup> Para Schmitt, el custodio de la constitución debe ser, y no puede ser más que el presidente del Reich, a quien la misma constitución ha hecho “el punto central de un sistema plebiscitario y también en funciones e instituciones partidistamente neutrales... [buscando] recabar precisamente así, del principio democrático, un contrapeso al pluralismo de los grupos de poder social y económico, y de defender la unidad del pueblo como totalidad política.”<sup>5</sup>

Ahora bien, para hacer aceptable esta posición sustentada por él en la concepción constantiana del poder neutro del monarca,<sup>6</sup> y antes de discutir sobre oportunidades políticas, Schmitt siente el deber de impugnar la tesis de la conceptibilidad teórica y de la configurabilidad técnica de una jurisdicción constitucional, es decir, el confiar la garantía de la constitución, en la especie, el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley, a un tribunal independiente. Esta tesis, como es muy conocido, tenía en Kelsen a su

principal sostenedor,<sup>7</sup> y Adolfo Merkel la había antefirmado;<sup>8</sup> y, también, había sido acogida en la tierra de éstos, en Austria, mediante la creación, por parte de la Constitución Austriaca del 1o. de octubre de 1920 del Verfassungsgerichtshof,<sup>9</sup> con el que, como se sabe, nuestra Corte Constitucional tiene notables puntos de semejanza.<sup>10</sup>

3. El control jurisdiccional de constitucionalidad es, para Schmitt, el fruto de “una inequívoca y abstracta representación del Estado de Derecho”,<sup>11</sup> y tiene como consecuencia “no cualquier jurisedificación de la política, sino la politización de la jurisdicción.”<sup>12</sup> Pero, “Estado de Derecho”, no puede ser entendido como una fórmula vacía que niegue “la diferencia objetiva entre ley y sentencia judicial”,<sup>13</sup> porque —al contrario— “en el Estado burgués de Derecho existe una jurisdicción únicamente como sentencia judicial ‘sobre la base’ de una ley.[...] Una ley no es una sentencia judicial, una sentencia judicial no es una ley, sino la decisión de un ‘caso’ sobre la ‘base de una ley’. La posición particular del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su posición por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo esto se apoya, solamente sobre el hecho de que él decide, precisamente, sobre la base de una ley, y su decisión ‘contenidísticamente’ está ‘deducida’ de otra decisión ya encerrada de modo mensurable y calculable en la ley.”<sup>14</sup>

Ahora bien, desde que la jurisdicción sólo es definible como —es decir, desde que es constitutivamente una— “aplicación de la ley”, para Schmitt siguen tres tesis fundamentales, que son las

<sup>7</sup> Cfr. H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlín y Leipzig, 1929, pp. 31-88. Esta es la obra de Kelsen, citada y discutida especialmente por Schmitt; véase la traducción de la edición francesa (La garantie juridictionnelle de la Constitution-La justice constitutionnelle, en la “Revista de derecho público y ciencias políticas”, 1928, XXXV, pp. 197-557) en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, citada, pp. 143-206.

<sup>8</sup> Cfr. A. Merkel, *Die lehre von der rechtskraft entwickelt aus dem rechtsbegriff. Eine rechtsbeoretische untersuchung*, 15. Band, 2 Heft der Wiener staatswissenschaftlichen Studien, Leipzig und Wien, 1923.

<sup>9</sup> Sobre la aportación dada por Kelsen al delineamiento del sistema de la Verfassungsgerichtsbarkeit austriaca de 1920, cfr. F. Ermacora, *Österreichs bundesverfassung und Hans Kelsen*, en *Aa. Vv.*, Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, Wien, 1971, pp. 22-54.

<sup>10</sup> Cfr. A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen. Ristampa con appendice sulla giustizia costituzionale*, Milán, 1983, pp. 265-273.

<sup>11</sup> C. Schmitt, *Der Hüter...* traducción italiana citada, p. 41.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 42.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>2</sup> *Der Hüter der Verfassung*, aparecido en marzo de 1929, en el “Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge”, XVI; fue, en 1931, reelaborado y ampliado por el autor, con la introducción de fragmentos de artículos y de conferencias de los años 1929 y 1930. Así, el tratamiento se transformó de ocasional en sistemático, sin perder ninguna de las referencias precisas a los problemas puestos por la concreta situación política del momento, que habían originado su tratamiento.

<sup>3</sup> C. Schmitt, *Der Hüter...*, traducción italiana citada, p. 9.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 17.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 241.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pp. 203-215.

tres razones de la inconceptibilidad teórica de un juez de constitucionalidad sobre leyes:

- 1) Si la ley ha de ser “fundamento” de una sentencia jurisdiccional, ella no puede ser su objeto.
- 2) Una “ley” con un contenido muy vago e incierto es discutible no sólo en cuanto lo es, y lo será aún más por el contenido de las normas constitucionales. Esa ley no puede aplicarse en la realidad, no se puede deducir del contenido, una decisión que ya está encerrada en ella.
- 3) Como aplicación de la ley sólo se puede configurar la subordinación de un hecho, de un caso, de una especie concreta a una especie normativa abstracta; mientras que técnicamente, es decir, lógicamente es inconcebible la subordinación de una norma bajo otra; acentuar, probar una contradicción entre dos normas es muy diferente del juzgar sobre la base de una norma, es decir, del aplicar una norma.

4) Las tres tesis, las tres razones sobre la inconceptibilidad de la revisión de la constitucionalidad como función para asignarse a un tribunal independiente, sirven y valen, en las intenciones de Schmitt, para impugnar la *Stufenbaulehre* kelseniana, para quien el juicio de constitucionalidad por parte de un órgano específico independiente es el fruto legítimo.<sup>15</sup>

*Stufenbaulehre*, o sea, construcción en grados del orden jurídico estatal, o sea, teoría del Estado como ordenamiento jurídico dinámico, significa fundamentalmente relativización de la distinción entre creación y aplicación del Derecho y, por consecuencia, entre legislación y jurisdicción, y significa, con igual peso, fundamentalmente, el debilitamiento, desde el punto de vista de las connotaciones valorables del término, del concepto de ley.<sup>16</sup> Muchos de los significados, y todos los valorados por el término ‘ley’ (*Gesetz*), son acogidos hoy por el término ‘Derecho’ (*Recht*). El Derecho (y el Estado, en una consideración jurídica,

es precisamente Derecho) es un sistema de normas positivas (es decir, supuestas) jerárquica mente estructurado: ni más ni menos un ordenamiento. Y la posición (estado, rol) de cada norma específica en la estructura, es relativa a la posición (rol) del órgano del que deriva la norma, es decir, del órgano autor de la posición (actividad) de la norma. Las leyes no son otra cosa que las normas emanadas del legislador, el cual lo es en virtud de las normas constitucionales que lo constituyen como legislador, autorizándolo para emanar normas con ciertas modalidades y, entonces, con ciertos contenidos, siempre que no tengan ciertos otros contenidos. Así como una sentencia no es más que la norma emanada por un juez que es tal, en virtud de la norma de ley que lo constituye como juez, autorizándolo para concretizar normas con ciertas modalidades y con ciertos contenidos.

5. De esta concepción y de la existencia en el ordenamiento jurídico de dos diversos *Stufe*, como la normatividad de nivel constitucional y la normatividad de ley ordinaria, deriva la concepción, el sentido (valor) la y la necesidad de:

- 1) Un procedimiento de revisión constitucional diverso del procedimiento legislativo normal, y
- 2) Un control de constitucionalidad de las leyes que Kelsen considera que debe ser conferido a un órgano institucional y constitucionalmente independiente, como lo es, precisamente, y debe ser, según la doctrina, del Estado de Derecho, un tribunal.

La claridad de lo absurdo de confinar el rol de custodio de la constitución al presidente del Reich en la Alemania de Weimar deriva, para Kelsen, de ser el presidente del Reich (sobre la base del artículo 48 de la constitución de Weimar y de la interpretación extensiva de tal artículo propuesta y argumentada con arrebató y con pasión por Schmitt mismo, en la misma obra, *El custodio de la constitución*) legislador directo en el sentido de la “reserva de ley”; “en el artículo 48, párrafo 2 —escribe Schmitt— además de los otros poderes excepcionales está en todo caso, contenido también el poder [del presidente del Reich] de emanar en el marco de esta disposición constitucional decretos-ley con fuerza de ley”.<sup>17</sup> Estando así las cosas, el presidente del Reich, como custodio de la

<sup>15</sup> Cfr. H. Kelsen, *Allgemeine staatslehre*, Berlín, 1925, pp. 229-319.

<sup>16</sup> U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, 1965; R. Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Wien, 1974; T. Ölinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Wien, 1975; M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milán, 1981; N. Bobbio, *Kelsen e il potere giuridico*, en Aa. Vv., *Ricerche politiche*, Milán, 1982.

<sup>17</sup> C. Schmitt, *Der Hüter*, traducción italiana citada, p. 181.

constitución, sería conjuntamente —con buena paz del Estado de Derecho— contralor y controlado.<sup>18</sup>

Que sea más “fórmula vacía”, el Estado de Derecho al que se refiere Kelsen (aquel, como apenas se ha dicho, en el que un mismo órgano no puede ser conjuntamente contralor y controlado) o al Estado de Derecho al que apela Schmitt (aquel, como se ha visto hace poco, para el que una sentencia no es una ley, ni una ley es una sentencia) es muy fácil, diría, de juzgar. Pero, por prejuicio ya asumido y aclamado, en la dignidad de ciencia, Kelsen es el “formalista vacío”; y se sabe que los prejuicios, también para los científicos, aun cuando la evidencia está contra ellos, son difíciles de morir.

Esta concepción kelseniana del Estado de Derecho sí es expresión de formalismo, pero de formalismo pleno y no ya vacío, pleno de ese garantismo que es la esencia misma del concepto moderno de la juridicidad, sin el cual, el Estado y la política (esa política definida por Schmitt como antítesis del Derecho) avanzan triunfalmente hacia el pasado, hacia la “libertad de los antiguos”, es decir, en la mejor de las hipótesis, hacia la democracia rousseauiana que tiene, como todos saben, su modelo teórico en el *Leviatán*.

Aquí está por qué el Estado de Derecho que se expresa en la *Verfassungsgerichtsbarkeit* también funciona como límite al parlamentarismo. Este es definido por Kelsen como la “formación de la voluntad normativa del Estado mediante un órgano colegial elegido por el pueblo en base al sufragio universal e igual para todos, es decir, democráticamente, según el principio de la mayoría”.<sup>19</sup> Ahora bien, los miembros del tribunal independiente nombrados para custodiar la constitución mediante un juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de los actos que tienen fuerza de ley carecen, por definición, de legitimación democrática directa; y, sin embargo, el juicio de ellos, es inimpugnable, y no tiene otro control que el de la opinión pública; se les exige que se sometan a la ley formal votada por el Parlamento y a los decretos con fuerza de ley. Y la exigencia la hace —precisamente Hans Kelsen— quien no considera al Parlamento, como lo considera Carl Schmitt, “un

aparato ya inútil”,<sup>20</sup> sino que lo considera, al contrario, como la realización aunque imperfecta, de la más alta expresión institucional de la idea de la libertad política.

Con todo eso la *Stufenbaulehre* kelseniana, o construcción en grados, o concepción dinámica del ordenamiento jurídico —en el fondo, nada más la traducción en términos técnicos de la teoría general del Derecho y de la concepción apenas referida, del Estado de Derecho— considera al Parlamento no sólo como dotado de poderes, es decir, destinatario de autorizaciones, sino también, y ni siquiera muy implícitamente, como destinatario de mandos, y por lo tanto, también de prohibiciones.<sup>21</sup> Y es en eso, precisamente, que debe reconocerse, según mi criterio, el gran valor político y la debilidad teórica particular de la concepción kelseniana. El valor político está en admitir que no hay autonomía, no hay soberanía, no hay poder o jurisdicción normativo que esté por encima del Derecho, es decir, que signifique o implique imposibilidades de control jurídico; desde el momento que no las hay, sólo puede preexistir el derecho para atribuir autonomía, soberanía, poder o competencia normativa. Esto es demasiado conocido.

En cambio, sobre la debilidad teórica se ha insistido menos, y por ello, yo quisiera insistir aquí. Y bien, ésa, según mi criterio, debe imputarse a la inevitable e incongruente interpretación del normativismo gradualístico basado en el viejo esquema del ochocientos sobre el reduccionismo imperativista.<sup>22</sup> Es el mismo modelo adoptado por Schmitt, pero que, sin embargo, a Schmitt no le crea problemas particulares, más bien, le sugiere la objeción, teóricamente, con mayor fuerza a la solución kelseniana de la jurisdicción sobre constitucionalidad; mientras que a Kelsen le crea problemas tales como para hacerle responder a Schmitt, como veremos luego, con una construcción barroca e improbable.

<sup>20</sup> C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923, p. 23, citado en H. Kelsen, *Das Problem*, citado, p. 176.

<sup>21</sup> Y en eso la inconstitucionalidad es concebida como una sanción. Lo que el Parlamento *no puede* hacer se convierte en un cierto punto, bajo la pluma de Kelsen, y lo veremos luego, en lo que el Parlamento *no debe* hacer.

<sup>22</sup> En definitiva, se trata de la incongruencia, no denunciada hoy, entre el concepto de norma (la norma primaria) elaborada por Kelsen en la nomostática o teoría de la norma jurídica, y un concepto diverso (más amplio) de la misma, no elaborado sino implícito, presupuesto en la nomodinámica kelseniana o teoría del ordenamiento jurídico.

<sup>18</sup> Cfr. H. Kelsen, *Wer soll*, traducción italiana citada, p. 279.

<sup>19</sup> H. Kelsen, *Das problem des Parlamentarismus*, 1924, traducción italiana de B. Flury, en ID., *La democrazia*, Bolonia, 1981, pp. 145-180, a la p. 149.

Entonces, veamos inmediatamente las respuestas de Kelsen a las razones adoptadas por Schmitt, como sostén de la tesis de lo inconcebible de una jurisdicción constitucional.

6. Las razones —recordémoslo— son tres, y a las dos primeras Kelsen las rebate sin ninguna dificultad. La primera razón está en que si la ley es —por definición— fundamento de una sentencia jurisdiccional, no puede evidentemente, ser su objeto. Para Kelsen esto es aplicación de la típica “técnica de deducir de un concepto jurídico presupuesto una estructura jurídica deseada: la típica maraña de teoría jurídica y política del Derecho”.<sup>23</sup>

En efecto, con su argumentación Schmitt confunde (no nos preguntemos si voluntariamente o no) dos significados del término “ley”: aquel directamente del setecientos que nosotros, hoy, le damos el término “Derecho”, y aquel, más bien moderno para el que la ley no es más que una fuente del Derecho, y no la del nivel más alto. Según la primera interpretación, que significa actualizar el concepto de ley, por decir poco, superado mediante una operación con el evidente sabor ideológico; el argumento es para entenderse como la afirmación de la exigencia precisa de sustraer la actividad política decisional de cualquier control jurídico formal. Según la segunda interpretación, más correcta pero menos densa de implicaciones ideológicas, el argumento puede valer muy bien contra un control jurisdiccional *difuso* de constitucionalidad, pero no ciertamente, contra un *concentrado* mediante la creación de un órgano creado a propósito: que es, precisamente, la propuesta en discusión.

La segunda razón que Schmitt adopta contra la configuración del control de la constitucionalidad como actividad jurisdiccional, se centra sobre un concepto de “aplicación” de normas que son consideradas como “aplicables”, sólo normas con significado absolutamente unívoco, en relación al cual no pueden surgir dudas o divergencias de opiniones: y buena parte de las normas constitucionales de hecho y, tal vez por necesidad, no lo son.

De todas las argumentaciones schmittianas ésta es, seguramente, la más frágil, y Kelsen tiene un

juego muy fácil para rebatir, pues si esto es lo que cree Schmitt respecto a la aplicación de las normas, él debería, por consecuencia, ser también “de la opinión de que los tribunales civiles, penales y administrativos, cuyo carácter jurisdiccional que por otra parte él no pone en discusión, debían aplicar siempre y únicamente las normas cuyo contenido no sea dudoso o controvertido, y que la controversia sometida a uno de estos tribunales sea siempre una cuestión *de hecho* y nunca una cuestión llamada *de derecho*, que surge solamente cuando el contenido de la norma por aplicar es dudoso y por ende, controvertido”.<sup>24</sup>

Queda naturalmente intachable del todo, la cuestión de la oportunidad, del desiderátum de tener normas (de ley constitucional u ordinaria) con significado cierto, que transfieran el poder decisorio y, por lo tanto, el carácter político de la función, del normador al aplicador. Pero ésta es una cuestión de política del Derecho y, Kelsen, a diferencia de Schmitt, tiene mucho cuidado de distinguirla de aquella teoría,<sup>25</sup> demostrándose con ello, efectivamente, aun cuando no declaradamente, el decisionista,<sup>26</sup> mientras que su normativismo resulta aquí, claramente, no sólo vacío, sino directamente no formalista.<sup>27</sup>

7. Sin embargo, sobre la tercera razón, la superioridad teórica de Kelsen sobre Schmitt llega

<sup>24</sup> *Op. cit.*, pp. 244-245.

<sup>25</sup> “Se puede dudar de la oportunidad de confiar a un tribunal independiente la determinación del contenido de una ley *constitucional* dudosa y controvertida bajo este perfil, y se puede, por varias razones, preferir que de ello se ocupen el gobierno o el parlamento. Pero es imposible considerar que la función de un tribunal constitucional no sea su jurisdicción cuando la norma que éste está llamado a cumplir y aplicar tenga un contenido dudoso y su sentencia se resuelva entonces en la determinación de este contenido: en efecto, es imposible considerar que la incertidumbre del contenido normativo sea, en una ley constitucional, algo diferente que en una ley ordinaria”. (H. Kelsen, *Wer soll*, traducción italiana citada, p. 246).

<sup>26</sup> Para Kelsen el Derecho en cada nivel es *de hecho* lo que el normador ha decidido que sea; esta concepción está implícita en los fundamentos del kelsenismo, y no es una novedad en el último Kelsen, con la concepción de la norma como “sentido de un acto de voluntad”, y con el “kein imperativ ohne imperator”. Sobre el tema, véase L. Gianformaggio, *En defensa del silogismo práctico*, o sea, algunos argumentos kelsenianos bajo prueba, Milán, 1987. Sobre el “decisionismo” kelseniano cfr. A.G. Conte, *Primeros argumentos para una crítica del normativismo*, en “Publicazioni dell’Università di Pavia. Estudios en las ciencias jurídicas y sociales. 148” Pavia, 1968.

<sup>27</sup> Una prueba y, conjuntamente, un *curiosum*: el normativista Kelsen, culpado (...) de “formalista” distingue las normas de la constitución en normas “sólo (*sic!*) formalmente” y en normas “materialmente” constitucionales; las primeras son, por ejemplo, todas aquellas fórmulas políticas que por cuanto estén inferidas en el documento-constitución, quedan como simples declaraciones de principio y no se traducen en vínculos jurídicos para el legislador.

<sup>23</sup> H. Kelsen, *Wer soll*, traducción italiana citada, p. 251.



repentinamente, al menos ésta es la primera impresión que se revela. Recordemos que Schmitt había deducido como tercera razón de lo inconcebible del control de la constitucionalidad como función jurisdiccional, que en la deliberación alrededor de la incompatibilidad o no de dos normas, entre ellas no hay nada comparable con la subordinación de un hecho bajo la especie abstracta de una norma, que es lo específico jurisdiccional.

Para analizarla mejor, podemos articular la respuesta de Kelsen en dos momentos lógicamente distinguibles y distintos. Kelsen rebate, en primer lugar, que sobre ese respecto, la actividad del juez constitucional, por ejemplo, no es disímil a la actividad del juez civil cuando evalúa la conformidad de un contrato o de un testamento con la ley. Esta réplica es absolutamente correcta y oportuna, y con la cual, si Kelsen no hubiese agregado otra cosa, hubiera hecho la respuesta argumentativa extremadamente eficaz, pues había traído a la luz una grave contradicción al interior del planteamiento schmittiano.

La incompatibilidad genera un dilema y, de hecho, son dos: o todas las actividades deliberativas realizadas por el juez ordinario son jurisdiccionales, o todas las actividades jurisdiccionales contienen, como momento absolutamente caracterizador, la subordinación de un hecho (acto, comportamiento) bajo una especie normativa abstracta. En ninguno de los dos casos el argumento de Schmitt probaría que el control de la constitucionalidad de las leyes no es una actividad jurisdiccional. En efecto, en el primer caso, quedaría por demostrar la diferencia tan relevante entre el control de la constitucionalidad de las leyes y el control de legalidad de los negocios; mientras que en el segundo caso, quedaría por probar que el control de legalidad de los negocios contiene la subordinación de un hecho (acto, comportamiento) bajo una especie de normatividad abstracta.

Es que Schmitt no lo había probado, se encarga Kelsen de probarlo en su lugar, aceptando así los términos de la cuestión predispuestos por Schmitt y entonces, agrega a su réplica una segunda fase que —debe decirse de inmediato— debilita bastante la fuerza de la argumentación en su conjunto.

La actividad del juez constitucional, agrega Kelsen, no es diferente de la del juez ordinario que verifica la conformidad o disconformidad ante la ley

de un negocio, o de un testamento, o de un reglamento, y también es construible como la subordinación bajo una especie de normatividad abstracta, de un hecho: siendo el hecho, en estos casos, para su exactitud, *un hecho normativo*. Kelsen escribe: “Que un tribunal civil decida sobre la validez de un testamento o de un contrato o declare ilegal un reglamento o no lo aplique en el caso concreto, o bien, que un tribunal constitucional declare una ley como inconstitucional, todos son casos en los que la *especie de la creación de una norma* deviene subordinada a la norma que la regula y que luego es reconocida conforme o contraria a esta última. El tribunal constitucional reacciona, también, al conocimiento de la inconstitucionalidad de una ley con un acto que corresponde como *actus contrarius* a la especie inconstitucional de la creación de la norma, es decir, con la anulación (*Aufhebung*) de la norma inconstitucional, ya sea —puntualmente— en el caso concreto, o —en términos generales— para todos los casos”.<sup>28</sup>

Que sea en realidad el acto normativo y no la norma, el objeto del juicio, es la verdad para Kelsen en todos los casos, bien en el caso en el que la inconstitucionalidad deducida consista “en el hecho de que la ley no ha sido adoptada según el procedimiento establecido por la constitución [...bien] en el hecho de que ella tenga un *contenido* que según la constitución no puede tener [...] [En tal caso, de hecho] ésta ya es inconstitucional por el solo hecho de no haber sido adoptada como ley de modificación de la constitución. Y, también en el caso de que la constitución excluya del todo a un determinado contenido legislativo y no pueda ser, por consiguiente, constitucionalmente adoptada alguna ley que tenga un contenido tal [...], aun, entonces, la inconstitucionalidad de la ley está en su adopción; no en el hecho de que no haya sido adoptada en su modo debido, sino sólo en el hecho de que ha sido adoptada”.<sup>29</sup>

8. El sentido unívoco, aunque no explícito, de estos pasos, es el de determinar la invalidez como sanción. Que la *Aufhebung* de la ley sea la reacción del órgano a un comportamiento que es un caso específico inconstitucional, es decir, un acto que no ha sido cumplido “en el modo [constitucional] debido”, significa solamente que la invalidez es la

<sup>28</sup> H. Kelsen, *Wer soll*, traducción italiana citada, pp. 247-248.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, pp. 246-247.

consecuencia imputada por la norma constitucional a una condición que, en la teoría kelseniana del Derecho, por el hecho mismo y por el solo hecho de ser condición de aquella consecuencia, está calificada como acto ilícito. La normación inconstitucional sería, por lo tanto, el ilícito del legislador. De la normación constitucional sobre la legislación, el legislador por lo tanto, estaría no sólo investido de poderes, sino cargado de obligaciones. Lo que, entendámonos, no sería contradictorio si no fuese la misma norma, la que atribuye la competencia normativa, a ser interpretada ya sea como norma autorizadora, o bien como norma imperativa.

Aún más: está también la cuestión de que la invalidez, implícitamente construida aquí como sanción, no puede, sin embargo, ser una sanción según la definición de sanción dada por Kelsen en su teoría general del Derecho: como acto coercitivo.

En suma, esta tercer respuesta kelseniana dada a Schmitt pasa como la construcción de una obligación que se la haría al legislador para emanar normas con contenido inconstitucional mediante el procedimiento de revisión constitucional. Tal concepción ha levantado infinitas perplejidades, y casi escepticismos irónicos: y creo que con mucha razón. Se trata, entre otras cosas, de una concepción íntimamente contradictoria. Mas esto, por cuanto infiero, no ha sido relevado por los críticos, así como tampoco ha sido destacado que Kelsen sí necesitaba proyectar una concepción de este tipo para su edificación dinámica del ordenamiento jurídico estatal; pero no por los elementos innovadores, heterodoxos de aquella; más bien, por el residuo pesante del tradicionalismo que está presente en ella, residuo dado por la concepción según la cual las normas jurídicas no pueden ser más que normas de comportamiento.

Según tal concepción, se puede, a lo más, distinguir entre normas que regulan el comportamiento de los ciudadanos y normas que regulan el comportamiento de los funcionarios; quedando siempre firme el punto de que una norma jurídica es una norma de comportamiento, una norma que *regula* el comportamiento de alguien. En los años treinta, aún no había sido autorizado algún otro tipo de norma, aunque la concepción kelseniana del ordenamiento dinámico exigiese en realidad —pero ni siquiera el mismo Kelsen estaba consciente— tal teorización.

De ello saca su aparente racionalidad, la tercera razón adoptada por Schmitt para la tesis de lo inconcebible de un control jurisdiccional de constitucionalidad. Es evidentemente inconcebible subordinar una norma a un caso específico normativo, afirma, con la seguridad dada por la conciencia de tener una tradición tan enraizada por haber asumido el sabor de lo obvio. Y Kelsen responde rápido: ciertamente es inconcebible, tan es verdad que no es la norma la que está subordinada, sino el acto de la normación; y de esta respuesta parte su improbable y tambaleante construcción. ¿Falta de osadía? Reprochárselo sería mucho pedir al generador de teoría y olvidar también que la producción teórica tiene sus tiempos y le sirve un clima, un hábitat favorable, y que no es una empresa (sólo) individual.

Kelsen, y Merkel antes que él, se habían adelantado mucho con sus tesis de que el Derecho regula su propia evolución; pero no aún tanto como para ver que las normas sobre la evolución jurídica no son normas que tienen como objeto los comportamientos, es decir, no son normas reguladoras de comportamientos, sino normas que tienen como objeto normar, normas constitutivas de Derecho. La cuestión, expresada burdamente, se puede poner en estos términos: las normas constitucionales sobre legislación, son normas que *presuponen criterios de validez* para las leyes y no que obliguen a hacer leyes, o a hacerlas en un cierto modo, o a hacer ciertas leyes, o a hacer ciertas leyes en un cierto modo: esas no señalan a los miembros del Parlamento lo que deben hacer, sino que *atribuyen el significado de Derecho al producto de ciertos actos de éstos*, actos que no tendría ningún sentido llevar a cabo, si no estuviesen esas normas. Son metanormas constitutivas;<sup>30</sup> es decir, normas que tienen por objeto normas antes que comportamientos y que constituyen Derecho antes que regulación de otras cosas.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Cfr. T. Mazzarese, *Metanorme e linguaggio deontico: un'analisi logica*, en "Materiales para una historia de la cultura jurídica". 1982, 12, pp. 409-445; ID., *Metaregole*, en *Nueva civilización de las máquinas*, 1985, 3, pp. 65-73.

<sup>31</sup> Todavía, en 1960, por no lograr sino concebir normas de comportamiento, Kelsen escribía: "La constitución autoriza al legislador a producir normas jurídicas generales aun en un procedimiento diverso de aquel directamente determinado por las normas de la constitución y, también, a dar a estas normas un contenido diferente de aquel directamente determinado por la constitución. Estas normas de la constitución representan, únicamente, una de las dos posibilidades previstas por la constitución. (...). Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La constitución contiene una reglamentación directa y una reglamentación

A la luz de todo esto, decir que son los hombres los que crean el Derecho significa expresarse metafóricamente: ¿como podrían los hombres, transformar, por sí mismos, la imposición de un querer en un deber, es decir, modificar alguna cosa de otro? Esta sólo puede ser obra de magia y para llevarla a cabo no basta, y no sirve, ni una espada, ni un cetro, ni una mayoría. No son los hombres los que crean el Derecho, así como un carpintero no produce una mesa, ni el agua origina un río (Kelsen, en otro lugar, con otra intención pone estos dos ejemplos): son las normas que atribuyen a los hombres roles y funciones los que conforman el Derecho.

Mi convicción profunda (pese a lo insuficientemente justificada) es de que esta tesis, aplicada al Derecho del Estado, perfeccionó el punto de vista de la teoría del poder, el punto de vista de la doctrina de la concepción del Estado de Derecho que, sustancialmente, debatían Kelsen y Schmitt, en 1931, hablando del custodio de la constitución.

Pero esto, precisamente, se puede decir cincuenta años después.

---

indirecta de la legislación; y el órgano legislativo puede escoger entre las dos. (...). La diferencia consiste en el hecho de que las leyes presupuestas en el segundo modo, son válidas pero anulables según un procedimiento particular" (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. 1960, traducción italiana citada, de M.G. Losano, Turín, 1966, pp. 304-305).