

A Poluição Dos Mananciais Por Dejetos Suínos¹

The Pollution Of Water Sources Due To Swine Dejects

MIGUEL L GNIGLER

Promotor de Justiça em SC

RESUMO

Pretende-se com o presente trabalho demonstrar que a suinocultura desenvolvida, isolada ou integradamente com a piscicultura, é uma atividade potencialmente poluidora de mananciais, além de gerar maus odores que afetam o bem-estar e a saúde da população, sujeitando-se, pois, ao licenciamento ambiental previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/95.

Palavras-chave: *Suinocultura, poluição de mananciais, Lei nº 9.605/95, licenciamento ambiental.*

ABSTRACT

The present paper aims at demonstrating that swineculture developed either isolatedly or in parallel with fish culture is a potentially polluting activity for water sources, and also generates bad odors which affect the well-being and the health of the population, therefore being subject to the environmental licencing required in article 60 of Brazilian law 9.605/95.

Key words: *Swineculture, pollution of water sources, law 9.605/95, environmental licencing.*

¹ Texto apresentado no XV Congresso Nacional do Ministério Público, de 27-29 de outubro de 1999, em Curitiba, tendo sido a proposição aprovada.

Enquanto a atenção dos ambientalistas se volta para as regiões Norte e Centro Oeste, onde os satélites têm identificado a destruição de grandes áreas de florestas e de cerrados, provocadas pela ação criminosa de madeireiros e agropecuaristas, e bem assim a poluição de rios com metais pesados utilizados nos garimpos clandestinos, a suinocultura intensiva presente no Sul do Brasil não tem sido alvo de preocupação daqueles que lutam por um meio ambiente equilibrado, em que pese tratar-se de atividade altamente poluidora de mananciais e fontes de água.

Dados estatísticos publicados por órgãos ligados à Secretaria Estadual da Agricultura de Santa Catarina indicam que o rebanho de 4 (quatro) milhões de suínos produz anualmente o equivalente a 10 milhões de metros cúbicos de dejetos, volume suficiente para encher uma vala imaginária, com 20 metros de largura e 1 (um) de profundidade, ligando os dois extremos do território (Oeste – Leste).

Assim, embora seja a suinocultura uma atividade potencialmente poluidora, sujeita ao prévio licenciamento ambiental (art. 60 da Lei 9.605/95), o que se verifica na prática é que ainda prevalecem as propriedades rurais com instalações inadequadas para o manejo e destinação final dos dejetos suínos. Primeiro, porque as chamadas bio-esterqueiras ou câmaras de fermentação, necessárias para depuração dos dejetos em adubo orgânico, via de regra não passam de buracos abertos no solo, revestidos de lona plástica resistente, onde os efluentes permanecem em depósito a céu aberto, exalando maus odores; segundo, porque a conformação topográfica do terreno dificulta a incorporação dos dejetos ao solo, sendo constantemente carregado das encostas para os mananciais.

Além desses fatores, há ainda as agravantes como a prevalência do minifúndio, cuja localização das benfeitorias deu-se originariamente com a fixação das pocilgas próximas às fontes de água, dada a inexistência de energia elétrica ao tempo da ocupação dos imóveis. Convém mencionar, ainda, que o agricultor ainda custa compreender que é ônus seu produzir sem provocar a degradação do meio ambiente, vale dizer, ao suinocultor compete dar destinação adequada dos efluentes produzidos nos limites de sua propriedade.

O tema sob enfoque, como se vê, é de indiscutível importância num momento em que a atenção da humanidade se volta ao que é de interesse de todos: a preservação do meio ambiente. Especialmente no caso da suinocultura, onde o impacto ambiental incide diretamente sobre a água, seguramente o

bem natural mais indispensável para a sobrevivência do homem, afigura-se urgente combater as atividades que causam a sua conspurcação.

A água é a substância que predomina na biosfera, mas segundo dados publicados na revista Saúde, edição de janeiro/97, p. 26, quatro quintos do globo terrestre são cobertos de água, mas de todo o manancial existente na face da terra, 97,6% é de água salgada e apenas 2,4% de água doce. Desta pequena porção, 79% está sob a forma de geleiras, nas calotas polares; 20,96% correm silenciosos nos subterrâneos do planeta e apenas 0,04% da água doce do Globo constituem rios e lagos.

Esses números evidenciam que o bem “água” será um dos recursos naturais mais escassos neste no milênio que se avizinha. A escassez, naturalmente, não reside no volume de água doce encontrada na biota terrestre, mas devido a sua poluição generalizada, reduzindo a porção disponível para o consumo humano. Daí o consenso mundial acerca da necessidade de garantir às presentes e futuras gerações o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), com qualidade razoável que lhes permita viver com dignidade e bem-estar.

No Brasil, sucessivas normas esparsas têm surgido com inegável finalidade de proteger os mananciais de água, cuja preocupação já se fazia presente no Código Penal de 1890, que verbalizava como conduta típica *“Corromper ou conspurcar a água potável de uso comum ou particular, tornando-a impossível de beber ou nociva à saúde. Pena: prisão celular de 1 (um) a 3 (três) anos.”* (art. 162).

Com o advento do Código de Águas, editado em 1934, época em que a mata nativa e as fontes de água potável eram ainda abundantes, o vetusto estatuto já traçava regras de conduta ainda válidas para os dias atuais, conforme se depreende de seus artigos 109 e 110.²

Já o Código Penal de 1940 reproduziu a figura penal de 1890, dispondo : *“art. 271 - Corromper ou poluir água potável de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde. Pena : Reclusão, de dois a cinco anos. Se o crime é culposo: pena: detenção, de dois meses a um ano.”*

A lei de proteção da fauna (5.197/67), impropriamente chamada Código

²“Art. 109 - A ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros e 110 - Os trabalhos para salubridade das águas serão executadas à custa dos infratores, que, além de responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos.”

de Caça, com as modificações introduzidas pela Lei n. 7.653/88, transformou em crimes diversas figuras contravencionais, cominando a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos para quem *“provocar, pelo uso direto ou indireto de agrotóxicos ou de qualquer outra substância química, o perecimento de espécimes da fauna ictiológica existente em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou mar territorial brasileiro.”* (Art. 27, par. 2º)

A aplicação da norma penal protetora dos peixes mostrava-se mais eficaz para proteger os mananciais do que os dispositivos específicos do Código Penal, embora o estatuto em referência apresentasse exageros indiscutíveis, ao rotular de inafiançáveis condutas que contavam com a tolerância do grupo social. Cite-se, como exemplo, o sertanejo que, para saciar a fome de sua prole, abatia um pássaro silvestre (art. 34).

Outras normas foram erigidas com a finalidade de proteger os cursos de água. A propósito, o art. 15 da Lei n. 7.802/89, cominava uma pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos para *“aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviço na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos seus regulamentos.”*

O coroamento do ordenamento legal de proteção ambiental veio com a Constituição Federal de 1988, que dispôs no seu art. 225: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*

Já sob a égide da nova Carta Magna, a Lei n. 7.804/89 deu nova redação ao art. 15 da Lei n. 6.938/81, estabelecendo que *“O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de um a três anos de reclusão e multa de 100 a 1.000 MVR.”*

Mais recentemente, a Lei nº 9.433/97 regulamentou o inciso XIX, do art. 21 da Constituição Federal, instituindo a Política Nacional de Recursos hídricos e o seu gerenciamento, normatizando a utilização dos recursos hídricos, objetivando a sua preservação e disponibilidade, em benefício da qualidade de vida da população, reconhecendo, expressamente, que *“a água é um bem de domínio público; um recurso natural limitado, dotado de valor econômico e que, em situações de escassez, o seu uso deve ser prioritário para o consumo humano e para saciar a sede dos animais”*

A Regulamentação da sobredita norma constitucional sobreveio com a edição da nova lei ambiental (Lei n. 9.605/95). Esse novo estatuto, a par de inovações como a responsabilização penal da pessoa jurídica, procurou sistematizar as normas de caráter penal ambiental, facilitando a sua observância e aplicação pelos agentes do poder público.

Oportuno anotar que a expressão poder público deve ser compreendida como sendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Às comunas, o constituinte concedeu, por via de competência comum (art. 23), a obrigação de cuidar do meio ambiente. A competência para legislar sobre matéria ambiental pertence concorrentemente à União e aos Estados (art. 24, VI, VII e VIII). Há quem sustente que, dispondo o art. 30, - *“Compete aos municípios.... II – complementar a legislação federal e a estadual no que couber”*, caberia ao legislador municipal dispor complementarmente sobre matéria ambiental de interesse local.

Na prática, o que se observa é a Administração Pública atuando como agente incentivador, quando não poluidor direto do meio ambiente, figurando reiteradamente no polo passivo de ações civis públicas aforadas com o objetivo de embargar atividades nocivas ao meio ambiente. É como diz o insigne Hugo Nigro Mazzilli *“Não raro, as pessoas jurídicas de direito público interno serão legitimadas passivas para a ação civil pública, pois que, quando não parta delas o próprio ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem diretamente, quando licenciam ou permitam a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la”* (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Atlas, 1993, p. 156).

Sobreleva assinalar, nesta etapa, que a nova lei ambiental protege a água, tipificando como crime : *“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Pena – reclusão , de um a quatro anos , e multa. (...) § 2º – Se o crime (...) – ocorrer, por lançamento de resíduos sólidos , líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. Pena – reclusão , de um a cinco anos.”*

Assim, conquanto o ordenamento jurídico brasileiro disponha de um invejável aparato de leis tuteladoras do meio ambiente, é de se lamentar que as normas de caráter penal não estejam cumprindo a sua finalidade principal de prevenir a ocorrência do crime e, de conseguinte, o dano ao meio ambiente. Em que pese a publicidade que se deu à nova legislação ambiental na mídia, nas escolas, em eventos comemorativos de datas relacionadas ao meio ambi-

ente, nos pedágios educativos, etc., basta sair a campo para constatar que os infratores continuam agindo como de antanho, e pior, sem que sejam molestados pelo poder público, a quem a Constituição Federal comete o dever de combater todas as formas de poluição ambiental.

De fato, basta percorrer alguns quilômetros de uma rodovia interiorana, com os olhos voltados às suas margens, para perceber o quanto o homem maltrata o meio ambiente. A primeira agressão ambiental de fácil constatação é em relação ao desmatamento das faixas de preservação existentes nas margens das rodovias (art. 3., “c”, do Código Florestal). As demais formas de agressão ambiental podem variar segundo a região observada. No caso específico de áreas, onde se desenvolve a suinocultura em grande escala, não será necessário sequer sair da rodovia para constatar a existência de pocilgas despejando dejetos suínos em mananciais, além de causar incômodos ao bem-estar dos transeuntes com a produção de maus odores.

Ao observador também será possível verificar a existência de chiqueiros sobre açudes, uma espécie de palafitas para abrigar suínos, cujos excrementos são despejados diretamente na água e utilizados para criar e engordar alevinos, técnica de manejo e aproveitamento dos dejetos suínos que infelizmente já faz parte da nossa paisagem rural e, não raro, tem recebido o aval de órgãos de pesquisa ligados às Secretarias Estaduais de Agricultura, empenhados em demonstrar que o método não provoca a poluição da água, ao argumento de que a matéria orgânica é integralmente absorvida pelos peixes.

A conduta, salvo naquelas hipóteses em que a condição pessoal do agente afastar a sua culpabilidade, por ausência de potencial consciência de ilicitude, subsume-se perfeitamente no tipo penal descrito no art.54 e seu inciso V, da Lei n. 9.605/98: *“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora (...) Se o crime ocorrer por lançamento de resíduos sólidos líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos.”*

É que a piscicultura, desenvolvida com o aproveitamento de detritos gerados na suinocultura, é, sem dúvida, uma atividade poluidora, notadamente porque a utilização dos dejetos suínos *in natura* provoca a poluição dos corpos receptores, especialmente nos períodos de despesca, quando ocorre o despejo da água represada e dos resíduos orgânicos acumulados no fundo dos açudes.

Já nas pequenas comunas, verificar-se-á que os maus odores gerados com a suinocultura estabelecida nas proximidades do perímetro urbano causam transtornos e incômodos ao bem-estar e à saúde da população urbana, cuja situação se agrava nos dias em que os dejetos são espalhados sobre o solo e aguardam a sua incorporação.

Na hipótese acima mencionada, encontra-se presente o interesse local a que se reporta o art. 30, II, da Constituição Federal, legitimando os Municípios a disporem, em seus Códigos de Posturas e Regulamentos de Higiene, sobre o manejo de dejetos suínos nas proximidades do perímetro urbano, estabelecendo regras eficazes para proteger a população dos maus odores.

Como se nota, todas as condutas acima mencionadas causam poluição ambiental, incidindo os agentes poluidores nas penas cominadas em normas penais de caráter ambiental, dada a perfeita correspondência entre a conduta do poluidor e o tipo penal descrito abstratamente. Entretanto, a carência dos órgãos estatais encarregados de fiscalizar o cumprimento dessas leis, e bem assim de autuar os eventuais infratores, acaba gerando a ineficácia da lei.

Diante desse quadro de poluição generalizada de nossos mananciais, provocada com o manejo inadequado dos dejetos suínos, urge que o poder público das três esferas de governo cumpra com o seu papel, garantindo um meio ambiente saudável e equilibrado, emprestando plena eficácia às normas editadas com tal finalidade, inclusive as de natureza extrapenal previstas nos regulamentos de higiene e nos Códigos de Posturas Municipais.

SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A suinocultura é uma atividade potencialmente poluidora, sujeitando-se ao prévio licenciamento ambiental e à observância das normas legais e regulamentos pertinentes, especialmente no tocante às técnicas de manejo de dejetos suínos e às regras de higiene e posturas municipais.
2. O uso de excrementos de suínos “in natura” para alimentar alevinos, com a manutenção do rebanho em pocilgas construídas sobre açudes ou tanques de água, com o posterior despejo em mananciais receptores, configura, em tese, o crime de poluição hídrica tipificada no art.54, combinado com o seu § 2º, VI, da Lei n. 9.605/95,

excluída a culpabilidade do agente se, pela sua condição pessoal, ficar demonstrada a ausência de potencial consciência de ilicitude.

3. Observada a Legislação Federal e Estadual, reconhece-se aos Municípios competência suplementar para disporem, em seus Códigos de Postura e Regulamentos de Higiene, sobre o manejo e a utilização de dejetos suínos em propriedades rurais estabelecidas nas imediações do perímetro urbano, visando proteger a saúde e o bem-estar da população em face dos maus odores gerados pela suinocultura.

Obs. A Segunda conclusão sofreu emenda modificativa do MP/SP, ficando com a seguinte redação:

“2. O despejo, lançamento ou disposição de excrementos de suíno in natura em cursos de água ou mananciais receptores configura, em tese, o crime de poluição hídrica tipificado no art. 54, combinado com seu parágrafo 2º, VI, da Lei n 9.605/95, excluída a culpabilidade do agente se, pela condição pessoal, ficar demonstrada a ausência de potencial consciência de ilicitude.”

El carácter político del control de constitucionalidad

The Political Character of the Control of Constitutionality

PAULA VITURRO

*Docente de la Maestría de Sociología Jurídica- Universidad Buenos Aires
Master por la Universidad Internacional de Andalucía
Doctoranda del programa Derechos Humanos y Desarrollo-Universidad Pablo de
Olavide(Sevilla)*

“El Estado es el más glacial de los monstruos. Miente fríamente, y de su boca sale esta falacia: Yo, el Estado, soy el pueblo” (F. Nietzsche, Así hablaba Zaratustra).

RESUMEN

El artículo está destinado a mostrar cuáles son las principales cuestiones problemáticas que subyacen al ejercicio del control de constitucionalidad, cuestiones todas ellas que se derivan del innegable carácter político de dicha tarea. Para comprender mejor el alcance de la problemática planteada, la autora se introduce en uno de los primeros debates que se suscitaron en torno a este tema, a saber, aquél que sostuvieron Hans Kelsen y Carl Schmitt”

Palabras claves: *control de constitucionalidad, carácter político, Kelsen, Schmitt.*

ABSTRACT

This article is aimed at showing the main problematic questions which underline the exercise of the control of constitutionality, all these questions generated from the undeniable political character of the mentioned task. To better understand the scope

of the problem in case, the author introduces herself in one of the first debates that ever occurred on this subject, the one between Hans Kelsen and Carl Schmitt.

Key words: Control of constitutionality; political character; Kelsen; Schmitt.

En la Argentina, rara vez los constitucionalistas se refieren a la grave complejidad que plantea la justificación de la revisión de las leyes y otras normas jurídicas, por parte de los jueces. Se asume simplemente que esta institución es una secuela incuestionable de los ideales del constitucionalismo norteamericano. No obstante ello, aún en el ámbito donde surgió, fue sometida a duros cuestionamientos y actualmente el problema de la justificación del control judicial de constitucionalidad se ha convertido en una discusión de teoría de la democracia.

Las diferencias comienzan cuando se toma en consideración la naturaleza de esta tarea, la cual generalmente era concebida sólo como una actividad tendiente a evitar que se dicten o se apliquen normas infraconstitucionales que contradigan lo establecido en la constitución. Sin embargo, interrogantes tales como qué abarca la constitución, en qué consiste su defensa, qué características tiene la función del juez constitucional, cuáles son los límites del control judicial, cómo debería estructurarse un poder judicial democrático capaz de llevar a cabo la tarea de control, cuál es el fundamento de su legitimidad, si es el control judicial de constitucionalidad un requisito indispensable de la democracia constitucional, cuál es el alcance de las llamadas cuestiones políticas o el de la constitucionalización de los derechos sociales y lo que esto implica respecto a una intervención activista por parte del poder judicial en la preservación de esos derechos, etc., nos encontramos con una infinidad de respuestas diferentes que llevan a poner en duda la originaria concepción del control de constitucionalidad como una actividad estrictamente técnico-jurídica y a centrar la polémica -permanentemente abierta- en torno a la politicidad del juez constitucional. Así, el establecimiento en muchos Estados democráticos, de órganos judiciales con competencia para revisar en última instancia la constitucionalidad de disposiciones emitidas por legislaturas elegidas democráticamente, no hizo más que revelar y llevar a su punto máximo la inescindible relación entre el ámbito jurídico y el político.

Dicho en otras palabras, si con el surgimiento de las constituciones rígidas y la necesidad de determinar cómo atribuirles significado, cobró más relevancia tanto teórica como práctica la gran problemática de la interpretación, con la consecuente aparición de la jurisdicción constitucional, la cuestión se ha vuelto aún más compleja. Así surgió el “formidable problema”, en palabras de Mauro Cappeletti, de fundamentar la legitimidad democrática de este poder, que llegaría a ser calificado por muchos como contra-mayoritario. He aquí las dos caras de la misma moneda: *cómo decidir* (interpretación), y *quién y por qué decide* (legitimación). Ambas están presentes en los debates acerca de los fundamentos del control judicial de constitucionalidad, aunque de diversas maneras: mezcladas, separadas, negadas y/o ignoradas.¹

Para quien aborde el tema desde la interpretación, puede resultar una buena guía recordar la siguiente afirmación de Robert Alexy, “la ciencia del derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina *práctica* porque su pregunta central reza: *¿qué es lo debido en los casos reales o imaginarios?* Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez”.²

Los intentos por responder a la cuestión de la interpretación generaron, en las últimas décadas, significativos y conocidos debates aún vigentes, acerca del carácter de la toma de decisiones judiciales, los cuáles se desarrollaron en torno a tópicos tales como el *poder creador del juez* y la posibilidad de hallar mediante interpretación *soluciones correctas*, sobre todo en aquellos casos calificados como difíciles *-hard cases-*. Las alternativas que se plantearon, se corresponden con alguna teoría respecto de la naturaleza del derecho, ya que “lo que cuenta en última instancia y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia”.³ Si de acuerdo con Habermas,⁴ desechemos la aspiración del iusnaturalismo racionalista que cree posible someter al derecho vigente a criterios suprapositivos, el debate se genera entre tres posturas bien conocidas, a saber:

¹ A su vez, este debate acerca de la fundamentación del control de constitucionalidad se inserta en otro de carácter más general que surgió a raíz del creciente protagonismo social y político de los jueces a lo largo de los últimos doscientos años, protagonismo que generó múltiples cuestionamientos a la labor judicial, sobre todo en lo atinente a su capacidad, su legitimidad y su independencia. Es por ello que ahora se habla cada vez más de la judicialización de los conflictos políticos, ya que si bien es cierto que en el origen del Estado moderno el sector judicial es un poder soberano, lo cierto es que sólo se asume públicamente como poder político en la medida en que pueda interferir con los otros poderes.

² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 33.

³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 9.

⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, pág. 268.

- a) la positivista, que proclama el sentido normativo específico de las proposiciones jurídicas que conforman los sistemas jurídicos; los cuales a su vez son descriptos como completos y cerrados reduciendo así el problema a la inevitable textura abierta de los lenguajes naturales,⁵
- b) la conformada por las tesis de la respuesta correcta,⁶ la más distinguida de las cuales es la de Ronald Dworkin al proponer la inserción de la razón que en el contexto histórico de las tradiciones de que se trate, a fin de reducir la indeterminación del proceso circular de comprensión mediante referencia a principios que provean la mejor justificación moral para la decisión de un caso,⁷
- c) la escéptica que afirma la indeterminación radical propia del discurso jurídico habitual y busca las tensiones propias del mensaje político escondido en la idea de justicia, para revelar la posibilidad de interpretaciones alternativas, perfectamente coherentes con las premisas declaradas por los jueces y mostrar así la falta de neutralidad valorativa que los distingue.⁸

Esta última posición, cobra fundamental importancia porque es la que nos permite salir del falso dilema que plantea el punto de partida clásico de esta controversia, el cual inquiriere si los graves problemas políticos que se someten al máximo tribunal pueden resolverse con los criterios y métodos de una decisión judicial, y de ser así cuáles deben ser esos criterios y métodos.⁹ De esa

⁵ “A primera vista el espectáculo parece paradójico; ante nuestros ojos tenemos jueces ejerciendo potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto que jueces. ¿Cómo puede una constitución conferir autoridad para decir lo que la constitución es? Pero la paradoja desaparece si recordamos que aunque toda regla puede ser dudosa en algunos puntos, es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos” (H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, 2^o ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 189).

⁶ En otros términos, implica afirmar que los tribunales tendrán en todos los casos que se les presenten, una única solución aplicable. Esta postura, que entronca con el realismo moral y la tradición iusnaturalista supone que a todo sistema jurídico le corresponde un mundo posible absolutamente determinado, y susceptible de otorgar una sola calificación deóntica para cada acción.

⁷ Véase por ejemplo R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, capítulo IV.

⁸ “¿Cómo conjugar el acto de justicia que debe referirse siempre a una singularidad, a individuos, a grupos, al otro o yo como el otro en una situación única, con la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia que tiene necesariamente una forma general, incluso si esta generalidad prescribe una generalidad cada vez singular?... Dirigirse al otro en la lengua del otro es la condición de toda justicia posible, pero esto parece rigurosamente imposible.” (Jacques Derrida, “Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad”, *Doxa*, N^o 11, Alicante, 1992).

⁹ Cfr. Francisco Fernández Segado, “Reflexiones en torno a la composición del Tribunal Constitucional en España”, *Lecciones y Ensayos*, N^o 55, Buenos Aires, 1991, pág. 37.

manera, se inicia la discusión desde un reduccionismo que presupone la neutralidad judicial y que evade toda consideración acerca de la dimensión política de esta función. Es justamente esta presunción, la que generará los mayores problemas a la hora de fundamentar la legitimidad del control judicial y la que de origen a más de una discusión circular y bizantina.

Como señala Gargarella,¹⁰ la estrategia consiste en demostrar que existen formas más o menos obvias y no arbitrarias de interpretar la Constitución, para luego volver a afirmar que los jueces no gobiernan ni reemplazan a los legisladores, sino que simplemente dan cuenta del significado del texto. Para tal fin se apeló históricamente a diferentes justificaciones pretendidamente objetivas, a saber: las tradiciones, el derecho natural, los principios neutrales, la razón, el consenso, los principios filosóficos, etc.¹¹ No obstante ello, la complejidad creciente de la mayor parte de los conflictos de rango constitucional, hizo que fuera cada vez más difícil sostener la caracterización tradicional del poder judicial como el neutro equilibrio entre los *verdaderos* poderes políticos, lo que implicaba negarle este carácter al primero. Como sostiene Habermas:

“el Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos. El esquema clásico de la separación e interdependencia de los poderes del Estado ya no responde a esa intención porque la función de los derechos fundamentales ya no puede apoyarse en los supuestos de la teoría de la sociedad que el paradigma liberal de derecho comporta, es decir, ya no puede agotarse en proteger de las intrusiones del aparato estatal a los ciudadanos que de por sí gozasen de autonomía privada. Pues la autonomía privada viene también amenazada por posiciones de poder económico y social...”¹²

La interpretación ya no puede reducirse entonces tan fácilmente a una técnica jurídica que posibilite llevar adelante una *mera lectura* de la Constitu-

¹⁰ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Buenos Aires, Ariel, 1996, pág. 60.

¹¹ Un análisis crítico y sintético de estas propuestas se encuentra en John Hart Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. cast. de Magdalena Holgín, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho, 1997, en especial capítulo III.

¹² J. Habermas, *Facticidad...*, *op. cit.*, pág. 339.

ción, ni se puede eludir el carácter político y discrecional de la función del juez ni aún por parte de quienes gustan de combinar normas con lógica. Surge así la necesidad de nuevos argumentos que desarrollarán la otra cara de la problemática, es decir la de la legitimidad del poder judicial para ejercer esta función.

Como no es posible seguir negando el carácter político de la tarea de los jueces constitucionales, los nuevos argumentos estuvieron en muchos casos destinados a cuestionar la función y legitimidad democrática de estos jueces no elegidos popularmente, muchas veces con carácter vitalicio y aparentemente exentos de responsabilidad política. De nuevo las opiniones que se dieron fueron muchas, y todas intentaron resolver el “dilema entre la inoperancia o la ilegitimidad”¹³ de los tribunales constitucionales, o dicho en otras palabras entre optar por una concepción restrictiva de esta actividad y condenarla a la inoperancia, o bien aceptar una amplia competencia con posibles márgenes de ilegitimidad.¹⁴ Aquí se revela con toda claridad como detrás de cada una de estas teorías subyace una concepción diferente de la democracia, y que este es el tema que en realidad se debería discutir. A tal fin resulta útil recordar uno de los primeros debates que se suscitaron durante los años veinte en torno a este tema, aquél que sostuvieron Hans Kelsen y Carl Schmitt. Este último por medio de su rechazo a la democracia liberal, cuestionó la legitimidad democrática de los procedimientos establecidos de defensa de la Constitución y sostuvo que la jurisdicción no podría tener a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes, especialmente cuando se trata de un control centralizado que hace perder fuerza a la ley, pues se trataría de una función netamente política. Las próximas páginas estarán simplemente dedicadas a exponer ese debate, no porque encuentre valorable la conclusión a la que llega este autor, sino porque tal como sostiene Chantal Mouffe, muchas de sus críticas al liberalismo pueden prestar hoy en día un buen servicio en esta discusión, al poner de manifiesto que no se puede excluir el fenómeno de lo político creyendo que “el acuerdo sobre reglas de procedimiento debería bastar para regular la pluralidad de intereses de una sociedad”.¹⁵

¹³ Cfr. José E. Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, pág.69.

¹⁴ En relación a los debates acerca de los fundamentos de control judicial de constitucionalidad véase Gargarella, *op. cit.*

¹⁵ Chantal Mouffe, “De la articularción entre liberalismo y democracia”, en *El retorno de lo político*, Barcelona, Paidós, 1999.

EL DEBATE ACERCA DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

Múltiples son los ejemplos que la historia nos da, sobre todo a lo largo de este último siglo, de líderes políticos que reivindicaron para sí la legítima y última representación de su pueblo. E.J. Hobsbawm nos recuerda que muchos de los políticos nacionalistas, populistas y, en la forma más peligrosa, los fascistas, simplemente redescubrieron el tipo de relación que Napoleón III estableciera con las masas campesinas francesas y que fuera lucidamente descrita por Marx en el *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*.¹⁶

La terrible ejecución por parte del nazismo, de esta idea según la cual los auténticos valores de la gente pueden ser descubiertos de manera más confiable por una elite hizo que la misma pasara a conocerse como “el principio del Führer”.¹⁷ La puesta en práctica del mismo incluyó en todos los casos, el reconocimiento de márgenes de acción amplios e incontrolados que permitieran al líder tomar las decisiones necesarias para realizar lo que “el pueblo” le encomendó en forma directa. Muy común es que se aluda a dicha facultad con el término “decisionismo”, y que inmediatamente resurja la figura de Carl Schmitt, quien durante la decadencia de la República de Weimar previa al advenimiento del nazismo, argumentó en favor del fundamento democrático del cargo de Presidente del Reich concluyendo que, en virtud del mismo, solo él podía ser el legítimo defensor de la Constitución.

A simple vista, pareciera subyacer a lo largo de su planteo la siguiente idea: el poder no debe ser juzgado, el poder ejecutivo debe estar exento de control judicial ya que el respeto a las normas jurídicas supone en numerosas ocasiones limitaciones al ejercicio de ese poder directamente encomendado por el pueblo, por parte de jueces sin responsabilidad política directa.

El desarrollo de sus argumentos lo hizo en un trabajo denominado *La defensa de la Constitución*,¹⁸ que fuera escrito en abierta polémica con Hans

¹⁶ Eric Hobsbawm, *La era del capital, 1848-1875*, trad.cast. de A. García Fluixá y Carlo A. Caranci, Buenos Aires, Crítica, 1998).

¹⁷ “Mi orgullo es que no conozco a ningún estadista del mundo que, con mayor derecho que yo, pueda decir que representa a su pueblo” (A. Hitler, citado por Ely, *op.cit.*, pág. 91).

¹⁸ Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, trad. cast. de Manuel Sánchez Sarto, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 1983 (2ª ed., 1998), por donde se citará. El mismo, originariamente publicado en 1931, es una versión ampliada y más elaborada -según cuenta el propio Schmitt en el Prólogo- de una serie de estudios previos, el más importante de los cuáles ya había sido publicado en 1929. Observa G. Cassió (véase el Estudio Preliminar de *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* de Hans Kelsen, trad.cast. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, pág. IX) que en el primer escrito Schmitt habla de “dictadura” del Presidente, mientras que en segundo lo presenta como “defensor de la Constitución”.

Kelsen,¹⁹ creador y miembro del Superior Tribunal austríaco; quien a su vez respondió con la obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,²⁰ en la que rechaza la consideración de aquél según la cual la justicia constitucional no conduciría a juridificar la política, sino a politizar la justicia.

Este enfrentamiento se produjo en un delicado momento histórico signado por el comienzo de las modernas dictaduras totalitarias facistas y por el ocaso de la República de Weimar,²¹ la cual hacia 1929 sufrió una crisis económica que acabaría con el período de relativa estabilidad política que había disfrutado desde 1925. A su vez, la coalición tripartita (socialdemocracia, SPD; liberalismo democrático, DDP, y catolicismo social *Zentrum*), que había sido el principal apoyo de la República, presentaba profundos signos de resquebrajamiento. Desde marzo de 1930 el gobierno estaba encabezado por el canciller Brüning, quien, frente al rechazo parlamentario de las leyes financieras en el mes de julio, disuelve el *Reichstag*, y comienza a gobernar por reglamentos del presidente Hindenbourg,²² apoyándose en la segunda parte del artículo 48 de la Constitución del Reich Alemán referente a los poderes de excepción del Ejecutivo.²³ Las elecciones que siguen dan un importante triunfo electoral a Hitler, quien pudo así desmontar el sistema de la Constitución de Weimar, sin necesidad de derogarla formalmente.

Que esta polémica se haya desarrollado en tal contexto histórico, entre dos de los más destacados especialistas de derecho público de la época y en torno a los problemas que encierra el ejercicio del control de

¹⁹ Más elocuentes son las palabras del propio Schmitt, *La defensa...*, op. cit. pág. 81: “ Toda la aberración de esta especie de lógica que se manifiesta en una rara mezcla de abstracciones sin fondo y metáforas llenas de fantasía se manifiesta en el problema del protector o garante de la constitución”. Al respecto señala C. Herrera en “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 195- 227, que si bien en este caso se trata de una confrontación directa entre ambos autores, se trataría de la consecuencia de un largo contrapunto que ya venía realizándose desde el inicio de la década del veinte o incluso antes. Agrega este autor, que de hecho podría afirmarse que la obra que Schmitt elabora durante ese período de tiempo, se desarrolló fundamentalmente a partir de una “constante (aunque no siempre explícita)” contraposición con la obra de Kelsen, que debe ser situada en el marco de una reacción general que se estaba produciendo en esa época, en los ámbitos académicos europeos contra la doctrina de la “escuela de Viena”.

²⁰ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad.cast. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, por donde se citará.

²¹ Véase además Claude Klein, *De los espartaquistas al nazismo: La República de Weimar*, Madrid, Sarpe, 1985 y Carlos M. Herrera, op.cit.

²² La Constitución de Weimar preveía dos posibles titulares del poder político: el Presidente del Reich, elegido directamente por el pueblo y el Canciller del Reich que era elegido por el primero y debía tener la confianza del Parlamento.

²³ Schmitt argumentó a favor de esta medida en *La defensa...*, op.cit., pág. 68 y sig., y tuvo la oportunidad de ponerlas en práctica en 1832, en un dictamen que como consejero jurídico del gobierno central, hiciera ante el Tribunal Superior de Liepzip, en un conflicto entre éste y el gobierno de Prusia. Al respecto véase C. Herrera, op. cit., pág. 214.

constitucionalidad muestra una vez más la importancia política de la misma y cómo la forma de entenderla, fundamentarla y ejercerla, lleva ínsita una concepción acerca de la democracia, tal como afirmáramos al comienzo.

LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE CARL SCHMITT

Si bien en *Teoría de la Constitución*²⁴ Schmitt no se ocupa particularmente del problema de la defensa de la Constitución, allí deja sentadas las premisas fundamentales con las que luego elaboraría su tesis sobre el tema.

La propuesta que realizará Schmitt en oposición a la que realizara Kelsen, debe ser ubicada en la tradición constitucional de la Alemania del siglo XIX, la cual difiere notablemente de las tradiciones francesa y americana. Señala Estévez Araujo,²⁵ que en dicho país influyeron fundamentalmente dos tipos de factores, por un lado, una reacción historicista contra las pretensiones universalizadoras del pensamiento ilustrado en general y del constitucionalismo francés en particular, y por otro, la ausencia de un proceso revolucionario que lograra poner en cuestión la existencia de la monarquía e instaurara un sistema político *ex-novo*.

La concepción historicista supuso así un rechazo de la concepción del dictado de la Constitución siguiendo el modelo del contrato social, y por lo tanto la Constitución no sería un acuerdo formalizado por escrito, sino el fruto de un proceso de decantación histórica que convierte a cada Constitución en un producto particular de su pueblo. De ese modo se dio preeminencia al concepto de pueblo como “estirpe” frente a una concepción de pueblo como conjunto de los individuos vivos dotados de uso de razón.²⁶ Así se generó “una concepción material de la Constitución en virtud de la cual, ésta no sería la ordenación jurídica del Estado recogida en un texto legal, sino el modo como de hecho es gobernado un pueblo”.²⁷

²⁴ Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, por donde se cita. Según Habermas (*Facticidad...*, *op. cit.*, pág. 517, nota 74), marca la importancia que adquirieron las tesis de este autor el hecho de que aún hoy en Alemania, la discusión acerca de la generalidad de la ley sigue viniendo determinada por la exposición que hizo en esta obra, la cual resultó de mucha influencia en la República Federal, directamente a través de E. Forsthoff, o indirectamente a través de F. Neumann.

²⁵ J. A. Estévez Araujo, *La Constitución...*, *op. cit.*, pág. 43.

²⁶ *Op. cit.*, pág. 44.

²⁷ *Ibidem*.

Posteriormente con la culminación de la unificación alemana y la preeminencia del positivismo jurídico en el ámbito del derecho público, se impondría un concepto de Constitución estrictamente formal y despojado de exigencias políticas por el cuál, ésta sería considerada como una ley diferenciada de las leyes comunes por el procedimiento agravado previsto para su reforma. De esta forma, la Constitución aparecía como consecuencia de la voluntad del Estado y no como el elemento constitutivo del mismo.

En cuanto a la interpretación del texto constitucional, el método utilizado por el iuspublicismo alemán privilegió el análisis de la norma entendida como texto legal plasmado por escrito, y su aplicación fue concebida de acuerdo al modelo silogístico sin consideración de cuestiones históricas, sociológicas y o políticas.²⁸

Schmitt en su obra *Teoría de la Constitución*, intenta darle nuevamente a esta última un sentido unitario dada la disgregación que se había producido en virtud de la adopción por parte de la Escuela Alemana de Derecho Público, de ese concepto formal de Constitución.

Según él, la caracterización de la Constitución como una ley con procedimiento agravado de reforma convierte a las diversas disposiciones que la integran, en leyes constitucionales y a la Constitución en una simple suma de esas leyes. Esa caracterización positivista carecería así de un criterio para determinar qué disposiciones deben tener necesariamente carácter constitucional y cuáles no. Afirma que el criterio necesario para otorgarle a las disposiciones que integran la Constitución ese sentido unitario, consiste en que se trata de decisiones acerca de la forma de existencia de una determinada unidad política. Esa es la caracterización de la Constitución que sostiene y que califica como concepto “positivo” de Constitución: la Constitución es una decisión consciente acerca del modo de existencia de una unidad política realizada por el titular del poder constituyente. Remarca especialmente la noción de poder constituyente, insistiendo en que deben distinguirse norma y existencia. De esta forma intenta refutar que la Constitución puede ser definida como “norma de normas”; atacando así la “teoría normativa del Estado”, es decir, la teoría del Estado de Kelsen “en tantos libros repetida”.²⁹

A partir de esa definición de Constitución, marca la diferencia entre esta, y las meras “leyes constitucionales”. Según él, la primera está integrada única-

²⁸ *Op.cit.*, pág. 47.

²⁹ *Op. cit.*, pp.45-46.

mente por aquellas disposiciones que atañen al modo de la existencia política del Estado, mientras que las restantes disposiciones no son más que leyes constitucionales que valen en base a una Constitución y que la presuponen.³⁰ De esa distinción, sobre la que se basa toda su teoría de la Constitución, extrae dos consecuencias: por un lado, que la Constitución no puede reformarse por medio del procedimiento de reforma previsto por el propio texto constitucional, ya que el mismo sólo es utilizable para reformar las leyes constitucionales. Por otro lado, que el juramento de fidelidad a la Constitución se refiere a las decisiones fundamentales contenidas en la misma y no se agota su contenido a atenerse al procedimiento de reforma constitucional.³¹

En relación al poder constituyente del pueblo, afirma que es de carácter “inconstituible” y que el mismo persiste una vez aprobada la Constitución.³² Cuando habla del carácter “inconstituible” del poder constituyente del pueblo se refiere a que la expresión de su voluntad no está vinculada a determinadas “formas jurídicas y procedimientos”, sino que vale en cuanto pueda comprobarse que responde a la auténtica voluntad de su titular. Exigir que dicha manifestación de voluntad se ajuste a determinadas formas o procedimientos supondría constitucionalizar el poder constituyente, o bien supondría afirmar que por encima del poder constituyente existe otra instancia que le impone la observancia de determinadas formas.

Acerca de la persistencia del poder constituyente del pueblo tras la aprobación de la Constitución, dice que existen fundamentalmente dos supuestos en los que se debe apelar al mismo y dejar que sea el que decida dado que es su titular. El primer supuesto es el de los conflictos constitucionales que afectan “a las bases mismas de la decisión política de conjunto”,³³ el segundo se refiere a las lagunas de la Constitución que “pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del poder constituyente”.³⁴ En los dos casos se daría una manifestación del pueblo en cuanto poder constituyente en el marco de un sistema político constituido para resolver problemas graves que afectan a su esencia, pero sin que llegue a darse una situación de crisis global de dicho sistema. En tales casos el pueblo como poder constituyente se encontrará por arriba de la Constitución, ya que eventualmente podrá modificarla o reemplazarla por una nueva.

³⁰ *Op.cit.*, pág. 48.

³¹ *Op. cit.*, pp. 49-52. Esta distinción es importante ya que en *La defensa...*, se basará en ella para realizar su crítica a la propuesta kelseniana.

³² *Op. cit.*, pp.97-99.

³³ *Op. cit.*, pp.94-95.

³⁴ *Ibidem.*

Por lo tanto en la concepción de Schmitt, la Constitución abarca además del propio texto, la voluntad de una instancia dotada de legitimidad que puede manifestarse en el marco del sistema constituido, al margen de los procedimientos de reforma de la Constitución. Es esa posibilidad de apelar al pueblo para resolver conflictos o para eliminar lagunas, la que convierte a esta solución en un criterio decisorio integrante de la Constitución.

También señaló otros casos en los que el pueblo no actúa en su calidad de poder constituyente sino que lo hace como poder constituido, en virtud de ciertas competencias atribuidas por la Constitución; esto es, ejerciendo una facultad reglada que debe ajustarse por disposición constitucional a ciertos requisitos procedimentales y formales, como por ejemplo el derecho a voto para elegir al Presidente, el referéndum, etc.³⁵ No obstante esta circunstancia, cabe aclarar que Schmitt niega que sólo puedan tener valor las manifestaciones de la voluntad popular expresadas mediante un procedimiento específico preestablecido, ya que para él la forma natural de manifestación de la voluntad popular es la aclamación,³⁶ y por ello considera en particular al sufragio individual y secreto como una forma inadecuada de manifestación de la voluntad popular. La aclamación supera, desde su punto de vista, los inconvenientes que plantea la mera suma de voluntades del sufragio universal y secreto, como mecanismo apto para configurar una auténtica voluntad general.

EL PRESIDENTE DEL REICH COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

Más tarde en *La defensa de la Constitución*, Schmitt retoma ciertos aspectos de su teoría constitucional, y, desarrolló diversas líneas de argumentación en defensa de su tesis según la cual la interpretación de la Constitución no es una actividad de carácter jurisdiccional como sostenía Kelsen,³⁷ sino que por el contrario se trata de una función netamente política motivo por el cual

³⁵ *Op.cit.*, pp. 108 y 114.

³⁶ “la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida” (*op.cit.*, pág. 100).

³⁷ “la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho Constitucional hállase aún muy influida por las `ideas judicialistas´ que se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional.” (*La Defensa...*, *op.cit.*, pág. 31).

debe ser atribuida a un poder con responsabilidad política directa como el Presidente del Reich.

En el primer capítulo,³⁸ Schmitt se ocupa de descalificar a la justicia como protectora de la Constitución utilizando diferentes argumentos. Sostiene en primer lugar que el “derecho de control general (accesorio) ejercido por los jueces, y también llamado material”, no constituía en Alemania, una defensa de la Constitución “en sentido estricto”.³⁹ Dicho en otras palabras, para este autor, el comprobar si las leyes simples están de acuerdo, en su contenido, con los preceptos constitucionales, negando en caso de colisión y por aplicación del principio de supremacía constitucional vigencia a las leyes que no cumplan con ese requisito, no constituye una defensa de la Constitución. El error de considerar a los tribunales como “garantía máxima de una Constitución” lo atribuye a ciertas opiniones generalizadas acerca del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que para algunos juristas alemanes de la época se había convertido “en una especie de mito”. Sin embargo, en su opinión, el mismo sólo puede ser considerado como un protector de la Constitución en un estado judicialista⁴⁰ en el que se erige al Tribunal Superior en protector y defensor del orden social y económico existente.⁴¹ Por el contrario, en un Estado como el Reich alemán de esa época, el control debía apoyarse exclusivamente en normas que permitan una “subsunción concreta”, de no ser así el juez dejaría de ser independiente “sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad”.⁴²

De esta manera concluye reconociendo a la independencia judicial sólo el reducido ámbito del ejercicio de la subsunción silogística precisa y delimitada de la norma al caso concreto. Para él la posición del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y conmensurable, que se haya contenida en la ley.⁴³ Un buen resumen de esta primera argumentación es el siguiente párrafo del propio Schmitt:

³⁸ *Op.cit.*, pág. 43 y sig.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Para Schmitt los Estados pueden ser clasificados de acuerdo a la función que en ellos predomina, de la siguiente manera: Estado de jurisdicción propio de la época medieval, Estado ejecutivo como el Estado absolutista, y Estado legislativo es decir el Estado liberal del siglo XIX. Cfr. C. Herrera, *op. cit.*, pág. 210.

⁴¹ *Op.cit.*, pp. 44, 46 y 52.

⁴² *Op.cit.*, pág. 53.

⁴³ “La independencia judicial es solamente el otro aspecto de la sujeción del juez a las leyes, y, por esa razón, es apolítica.” (*op. cit.*, pág. 248).

Ante todo la justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución. En un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la justicia ejerza semejantes funciones. Precisa, además, tener en cuenta que la observancia del principio de legalidad y, por añadidura, de legalidad constitucional, no constituye por sí misma una instancia especial. De lo contrario, cada organismo público y, en fin de cuentas, cada ciudadano podría ser considerado como un eventual protector de la Constitución.⁴⁴

Vemos así como no sólo considera improcedente el atribuir la defensa de la Constitución a los tribunales, ya que la no aplicación de leyes anticonstitucionales a lo sumo solo “puede contribuir” a que sea respetada, sino que además concibió a esa tarea en términos excluyentes aún de la propia ciudadanía. De hecho afirma que una buena prueba de la existencia de un eficaz protector de la Constitución, es el constatar que éste ha podido “suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia.”⁴⁵

El segundo argumento desarrollado por Schmitt en defensa de su posición contraria al control jurisdiccional, apunta a mostrar los “límites reales de todo poder judicial”⁴⁶ cuestionándose qué es lo que en general puede hacer la justicia para proteger a la Constitución y hasta qué punto es posible organizar dentro de su esfera instituciones especiales cuyo sentido y fin sea asegurar o garantizar la Constitución. Que esa pregunta no haya sido planteada en los años de la primera posguerra sino que directamente se haya optado “con manifiesta ligereza” por situar al protector de la Constitución en la esfera de la justicia se explica para Schmitt por diversas razones, entre las que sobresalen por un lado la vigencia de una “idea falsa y abstracta acerca del Estado de derecho”, y por otro una “tendencia orientada contra el democrático principio de mayorías”.⁴⁷

⁴⁴ *Op. cit.*, pág. 55.

⁴⁵ Schmitt, *op. cit.* pág. 56.

⁴⁶ *Op. cit.*, pág. 57.

⁴⁷ *Op. cit.*, págs. 57 y 61.

La primera de las razones citadas, la atribuye a la comodidad que implica el concebir a la resolución judicial de todas las cuestiones políticas, como el ideal dentro de un Estado de Derecho sin tener en cuenta que con la expansión del campo de intervención de la justicia “a una materia que acaso ya no es justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial”. Es aquí donde afirma que la consecuencia no es una judicialización de la política sino una politización de la justicia. Se enfrentó así directamente a Kelsen⁴⁸ afirmando que este último por concebir al Estado de Derecho en términos abstractos no reconoce las distinciones “concretas” e ignora las diferencias “efectivas” que existen entre Constitución y ley constitucional, concluyendo sarcásticamente que con tal criterio más sencillo hubiera sido “hacer que el Tribunal supremo estableciera a su leal saber y entender las normas de la Política, orientadas a perfeccionar, en sentido formal, el Estado de Derecho.”

La tendencia orientada contra el democrático principio de mayorías, la atribuye a una alteración de las funciones de gobierno tendiente a asegurar intereses determinados, en especial de una minoría contra las mayorías parlamentarias de cada momento. Así se intentarían proteger ciertas actividades e intereses que sólo competen al legislador, contra el legislador mismo. Intención que para él, sólo encuentra sustento en la teoría de la separación de poderes con su tradicional división tripartita,⁴⁹ y en la vigencia de la tradición del Estado judicial propio de la Edad Media que sólo podía conducir a “las aspiraciones ´naturalísimas` de un Tribunal soberano”.

Explicitados los motivos por los cuáles se optó por el control jurisdiccional, se pregunta si el ejercicio de tal actividad “aunque aureolado con apariencia de judicialidad” sigue siendo en la práctica justicia o si se trata de “un disfraz engañoso” de atribuciones de marcado carácter político.⁵⁰ Llega a esta última conclusión diciendo que si efectivamente se tratara de una práctica judicial desarrollada mediante un procedimiento regular controvertido entre partes, rápidamente se encontrarían las limitaciones de la justicia para ejercer la tarea de protección de la Constitución. En otras palabras, dado que todo órgano jurisdiccional posee límites objetivos por ocurrir *post eventum*,⁵¹ y por lo tanto su misión sólo puede ser sancionadora o absolutoria, reparadora o

⁴⁸ “Es cierto que un habilidoso método formulista logra sobreponerse a tales razones, y resulta incontrovertible, porque trabaja con ficciones que carecen de contenido y contra las cuales, por tal causa, es inútil luchar.” (*Op. cit.*, pág. 57).

⁴⁹ *Op. cit.*, pp.61 y 62.

⁵⁰ *Op. cit.*, pág. 63.

⁵¹ “La lógica interna de toda judicialidad llevada hasta sus últimas consecuencias conduce inevitablemente al resultado de que el fallo judicial genuino sólo se produce *post eventum*” (*Op. cit.*, pág. 71).

represiva, pero siempre de hechos pasados, y teniendo en cuenta además que por ser incidental, accesoria y aplicable exclusivamente al caso concreto y específico que fue sometido a proceso,⁵² sólo puede virtualmente servir como precedente judicial pero no como protectora de la Constitución.⁵³ Si se intentara corregir ese inconveniente facultando a los tribunales para dictar “resoluciones previsionales”, el juez se enfrentaría a la posibilidad de adoptar medidas políticas o de impedir otras, procediendo activamente en el orden político quedando así convertido en un “factor dominante de la política interior”.

Subyace a este razonamiento su concepción material de jurisdicción,⁵⁴ según la cual “juzgar”, “dictar sentencia”, etc., quiere decir adoptar una decisión sobre un caso concreto “en base a una ley”. Lo cual, a su vez, significa que la decisión que se adopte en la sentencia está predeterminada en su contenido por lo establecido en la ley.⁵⁵ Dictar sentencia “en base a una ley” es, en este sentido, diferente de ejercer determinadas funciones “en base a la Constitución”. Schmitt utiliza la categoría de “subsunción” para ilustrar esta diferencia: lo que el juez hace al dictar sentencia es subsumir el caso concreto bajo la ley general, por el contrario, cuando el presidente del Reich declara el estado de excepción en razón de las atribuciones que le otorga la Constitución no realiza subsunción alguna.⁵⁶ Pareciera que la diferencia entre aplicar una ley y aplicar la Constitución radica para él en que esta última otorga facultades para adoptar decisiones, pero sin determinar el contenido de las mismas, mientras que la ley sí predetermina la decisión para el caso concreto.⁵⁷

Consecuentemente su tercer argumento en contra de la jurisdicción como protectora de la Constitución, consiste en afirmar que la determinación precisa de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido, es materia de la legislación constitucional y no de la justicia. Aquí pone en cuestión,

⁵² Cabe aclarar que si bien las experiencias en materia de control de constitucionalidad de Weimar y Austria fueron de las primeras, existía una diferencia importante entre ambas, ya que la primera tenía un sistema difuso.

⁵³ “la protección judicial de la Constitución no es más que un sector de las instituciones de defensa y garantía instituidas con tal objeto, pero revelaría una superficialidad notoria el hecho de olvidar la limitación extrema que todo lo judicial tiene, y que por encima de esta protección judicial existen otras muchas clases y métodos de garantizar la Constitución.” (*Op. cit.* pág. 41).

⁵⁴ *Op. cit.*, pág. 79.

⁵⁵ “En el Estado cívico de Derecho sólo existe Justicia en forma de sentencia judicial sobre la base de una ley.” (*Op. cit.*, pág. 78).

⁵⁶ *Op. cit.*, pág. 80, nota 58.

⁵⁷ “Es un abuso dejar que se borre la diferencia entre indicación de competencia y regulación concreta.” (*Op. cit.*, pág. 81).

por un lado, que el control abstracto de normas sea una cuestión de aplicación de normas, es decir una operación genuina de la práctica de toma de decisiones judiciales. Afirma que “las reglas generales sólo se comparan entre sí, pero no se subsumen unas bajo otras o se aplican unas a otras”, mostrando de esa manera la falta de relación entre norma y hecho⁵⁸ necesaria en la operación lógico-jurídica -en particular, en la “subsunción en el supuesto de hecho”-, que, según la tradición del positivismo, es la única a la que habría podido referirse el término “aplicación”.

Claro que para ello, utiliza nuevamente su concepto muy estricto de “aplicación” en virtud del cual “aplicar” un ley se refiere únicamente a la operación de decidir acerca de un caso concreto “subsumiéndolo” en los conceptos abstractos contenidos en la norma. De ahí que por esa ausencia del supuesto de hecho, afirme que el control de constitucionalidad de la actividad estatal no podría consistir en una “aplicación” -en el sentido judicial de la palabra- de las normas constitucionales a los contenidos de dicha actividad y que, a menos que se incurriera en un evidente “abuso de las formas”, la garantía de constitucionalidad de la actuación del Estado no podría configurarse como actividad jurisdiccional.⁵⁹

Señala además, que con la concepción jerárquica del orden jurídico, las cuestiones más difíciles de resolver y de mayor trascendencia práctica que son aquellas que se presentan dentro de los mismos preceptos legales formulados en la Constitución, seguían sin resolverse ya que “en ese caso no existe la posibilidad de fingir una gradación de normas, y, por consiguiente, cuando un precepto legal de los contenidos en la Constitución determina algo distinto que otro de los preceptos de la misma [...], la colisión no puede resolverse con ayuda de una ‘jerarquía de normas’”.⁶⁰ Para él, por el contrario, debe concebirse en términos políticos y atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsables políticamente.

La estructura de las fórmulas constitucionales de principio las atribuye así al campo de la utilización o gestión “política”, irremediamente incompatible con la naturaleza de las funciones que se consideran auténticamente judiciales desde el positivismo. Esta circunstancia no sólo derivaría del carácter

⁵⁸ *Op. cit.*, pág. 85.

⁵⁹ “cuando la ‘norma’ es tan amplia y vacía que no resulta ya posible una subsunción concreta, o cuando sólo existe una indicación de competencia, en esa misma medida se pierde, con la norma justiciable, el fundamento para una solución de tipo judicial.” (*Op. cit.*, pág. 81, nota 58).

⁶⁰ *Op. cit.*, pág. 87.

impreciso y no rígido de los principios y, por tanto, del carácter inevitablemente creativo ínsito de la determinación de su significado, sino también, y sobre todo, de su pretensión de generar adhesión y participación en la concepción “política” de la que son expresión.⁶¹

Por último, en apoyo de su idea Schmitt desarrolla una línea de argumentación con la finalidad de demostrar que en las resoluciones del Tribunal Constitucional el componente decisionista es el determinante a diferencia de lo que ocurre en las sentencias judiciales. Schmitt admite que en toda sentencia judicial hay un “componente decisionista”, pues la resolución del caso concreto no puede derivarse por completo de la norma general, pero en las decisiones que ponen fin a la discusión acerca de las interpretaciones de los preceptos legales dudosos contenidos en la Constitución, este elemento decisionista no es sólo un componente, sino el “sentido y objeto” de la decisión.⁶² Por lo tanto, cuando el Tribunal Constitucional fija el sentido de una disposición constitucional de contenido impreciso el componente normativo desaparece quedando únicamente el componente decisionista de poner fin a la discusión.⁶³

Lo que Schmitt quiere poner de manifiesto es que la sustancia del poder del Tribunal Constitucional consiste en la facultad de adoptar una decisión que ponga fin a la controversia. El Tribunal tiene la facultad de decidir en último extremo, de adoptar una decisión que no puede ya ser puesta en cuestión. Es esa facultad, y no la calidad de sus argumentos, lo que fundamenta sus decisiones. Por ello, para él, el Tribunal Constitucional no pone fin a la discusión porque sea el “máximo experto”⁶⁴ en derecho constitucional y sus argumentos sean los más fundados y sólidos, sino porque tiene la facultad de decidir en última instancia el contenido “de una ley formulada en la Constitución, y como consecuencia esto significa una determinación del contenido legal: es decir, legislación, y hasta legislación constitucional, pero no Justicia.”⁶⁵

⁶¹ Zagrebelsky, *op. cit.*, pág. 127, nota 7, califica a estas argumentaciones de Schmitt como: “anticipadoras acerca del tipo de problemas que toda jurisdicción constitucional actual debe afrontar, ligados, por lo general, a la necesidad de evaluar la validez de las leyes”.

⁶² *Op. cit.*, pp.90-92.

⁶³ “podemos decir que la decisión, es como tal, sentido y objeto de la sentencia, y que su valor no radica en una argumentación aplastante, sino en la autoritaria eliminación de la duda...” (*Op. cit.*, pág. 91).

⁶⁴ *Op. cit.*, pág. 90.

⁶⁵ *Op. cit.*, pág. 80.

El corolario de todas estas argumentaciones es que cuando el Tribunal Constitucional determina el contenido impreciso o dudoso de una disposición constitucional, está realizando una “interpretación auténtica de la misma”. La operación del Tribunal Constitucional consistente en determinar autoritariamente el contenido dudoso e impreciso de una norma constitucional, es pues para Schmitt, legislación y no jurisdicción como pretende Kelsen.⁶⁶ Por ello agrega que, cuando se llega a considerar que la misión de un tribunal de justicia constitucional consiste en resolver de modo indiscutible las dudas referentes a un precepto constitucional, la tarea de dicho tribunal no sólo ya no es hacer justicia, sino que constituye una “turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento.”⁶⁷ Opción que además presenta para él dos dificultades previas, por un lado el definir quién decide qué se entiende por litigio constitucional ya que si fuera el propio tribunal “el protector se convertiría en dominador de la Constitución”;⁶⁸ y por otro el determinar quiénes eventualmente podrán ser parte en ese litigio. En relación a esta última cuestión nuevamente da una solución restrictiva y excluyente, al afirmar que el admitir como partes a los más variados grupos sociales, daría lugar a una concepción pluralista del Estado, en virtud de la cual la Constitución pasaría de ser “una decisión política del titular del poder legislativo”, a ser un sistema de derechos contractualmente adquiridos.⁶⁹

En tal caso, los diversos grupos sociales tenderían a reclamar el derecho al ejercicio del poder político que surge de la Constitución, por haber sido ellos quienes la han llevado a término, provocando de esa manera la fragmentación pluralista del Estado.⁷⁰ Situación, a la que ve más acorde con una sociedad estamental propia de la Edad Media que con la situación que atravesaba el Reich alemán de esa época, cuya Constitución “afirma la idea democrática

⁶⁶ *Op. cit.*, pp.89-90.

⁶⁷ *Op. cit.*, pág. 96. Llegados a este punto, nuevamente se referirá a la independencia de los jueces, afirmando que: “La tendencia de los juristas profesionales que integran un Tribunal a mantenerse dentro del marco concreto de la Justicia no debe considerarse como signo de una mera precaución política o como mezquindad de subalterno, ni debe tildarse por esa razón como un acto reprobable, psicológica o sociológicamente. Con ello más bien se demuestra solamente que es impropio atribuir a la Justicia ciertas funciones que rebasan el ámbito de una subsunción real, es decir, que traspasan las fronteras establecidas por la sujeción a normas de contenido preciso.”

⁶⁸ *Op. cit.*, pág. 101.

⁶⁹ “Cuando el Estado no se considera como una unidad hermética (ya sea por dominio de un monarca o de un grupo imperante, ya sea por la homogeneidad de la nación, unificada en sí misma), descansa de manera dualista o acaso pluralista sobre un convenio o compromiso de varias partes.” (*Op. cit.*, pág. 111).

⁷⁰ *Op. cit.*, pág. 111 y sig. En este punto nuevamente se distanció de Kelsen, afirmando que este último negaba con “desenfado” esta situación al calificar al Estado parlamentario como un compromiso, negación que tendría origen en la típica confusión liberal entre liberalismo y democracia. Cfr. *op. cit.*, pág. 114, nota 88.

de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, que, en virtud de su poder constituyente, se ha dado a sí mismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir, mediante un acto **unilateral**.”⁷¹

Por esto último, dice que quienes intentaran ver en la Constitución de Weimar un contrato, o algo de similares características, estarían vulnerando su espíritu; en cambio quienes hubieran comprendido que se trataba de una decisión política del pueblo alemán unificado como titular del poder constituyente, en virtud del cual el Reich alemán era una democracia constitucional, podrían ver que la cuestión relativa al protector de la Constitución hubiera podido resolverse de otra manera que mediante una “ficticia judicialidad”.⁷²

A esta altura ya se puede advertir porqué en la segunda parte de *La defensa de la Constitución* tampoco reconoce en el legislador al auténtico defensor de la misma, a pesar de que el argumento que utilizó con mayor insistencia para descalificar a la jurisdicción como protectora de la Constitución es que en tal caso se estaría aceptando que realice tareas legislativas.

Para Schmitt conspiraba contra la unidad del Reich alemán, la “neutralidad” liberal característica del “disolvente Estado de partidos de coalición lábil”⁷³ que caracterizaba al sistema parlamentario de aquél entonces, en el que los partidos políticos constituían estructuras fuertes que representan clases e intereses diversos, y que lo transforman en un Estado pluralista.

Las crisis del parlamentarismo y de la representación las asocia con la emergencia de una ciudadanía ampliada a los sectores populares y de los consiguientes partidos de masas. Estos últimos habían acabado para él, con la discusión abierta y la competencia de argumentos, ya que en la nueva democracia de partidos la verdadera formación de políticas y leyes no se hace públicamente, sino desde una u otra comisión y conforme a las decisiones y arreglos de las cúpulas partidarias.

Todos esos intereses contrapuestos en el Parlamento impedirían “formar una voluntad política e instituir un Gobierno capaz de gobernar”. Esto implica que si se acepta que la Constitución funcione como una regla de juego para

⁷¹ *Op. cit.*, pág. 113, la negrita es nuestra. Aquí se advierte claramente como volvió sobre sus conceptos de la *Teoría de la Constitución*.

⁷² *Op. cit.*, pág. 124.

⁷³ *Op. cit.*, pág. 167.

la lucha entre partidos políticos, la unidad política desaparecería porque no se trataría de otra cosa que alianzas y compromisos entre ellos, por lo que surge la necesidad de restablecer la unidad política, es decir la situación normal. Así a lo largo de su razonamiento opone al “parlamentarismo liberal” el “presidencialismo democrático” mediante las antinomias: votación- aclamación, pluralismo- unidad; y al “pluralismo” el “Estado total”.

Vemos que en la concepción de Schmitt es esencial para la democracia, entendida como la unidad e identidad de un pueblo, el defender la homogeneidad “que le es propia y aniquilar las diferencias que la amenazan”. Por ello, afirma que el órgano legislativo no sólo resulta un imposible defensor de la Constitución, sino que es el propio generador de esa necesidad de defensa de la misma. Por ello, planteó la importancia de recrear la forma de gobierno y resuelve que debe relegarse al Parlamento y hacer del Presidente del Reich el defensor de la Constitución.⁷⁴

A esa conclusión llega luego de analizar y descartar una serie de medidas que califica como “remedios y reactivos”, tales como la adopción de una Constitución económica como la soviética o el establecimiento de incompatibilidades entre cargos parlamentarios e intereses económicos.

El carácter democrático del Presidente del Reich, deviene así de la legitimidad plebiscitaria, ya que en la unidad e identidad del propio pueblo alemán se encuentra la única fuente y el único límite del poder presidencial, estableciendo así una vinculación directa entre el Presidente y el pueblo considerado como un todo. Esa vinculación la derivó de dos tipos de consideraciones: por un lado, porque es elegido por medio de sufragio directo; por otro lado, porque determinadas facultades suyas, como la de disolver el Parlamento o la de promover un plebiscito, las entiende como formas de “apelar al pueblo”.⁷⁵

De este modo, el Presidente del Reich es considerado por Schmitt como el punto de referencia que sirve para canalizar la expresión de la voluntad popular en un sentido plebiscitario: como manifestación de aprobación o repulsa frente a una determinada propuesta que el Presidente es el encargado de formular.

⁷⁴ “La necesidad de instituciones estables y de un contrapeso al Parlamento representa en la Alemania actual un problema de naturaleza distinta que anteriormente el control del monarca. Ello puede aplicarse tanto al derecho de control general, difuso, de los jueces, como al control concentrado en una sola instancia. [...] Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga” (*op. cit.*, pág. 245).

⁷⁵ *Op.cit.*, pág. 250.

Una vez equiparado el Estado democrático con la unidad política de un pueblo, afirma que no puede existir más que una voluntad política y que para defenderla, el soberano, es decir el que decide, debe distinguir al amigo del enemigo, tanto dentro como fuera del Estado. Es a partir de la relación con ese enemigo virtual, que cobra significado para él la defensa de la Constitución.

Schmitt lo explica señalando una serie de mecanismos cuyo objetivo es garantizar la independencia de los diversos órganos estatales, estos mecanismos consisten en un conjunto de “incompatibilidades” e “inmunidades”.⁷⁶ Ahora bien, el sentido de dicha independencia es diferente en unos casos y en otros. En el caso de determinados órganos -como los jueces-, los mecanismos garantes de la independencia tienden a evitar la formación de una voluntad política o que en sus decisiones influyan los grupos políticos. En otros supuestos, de lo que se trata es de garantizar la formación de una voluntad política fuerte por encima de las diferencias entre partidos y teniendo como única referencia la unidad política en su conjunto.⁷⁷ Por ello afirma que los mecanismos de garantía de la independencia del Presidente del Reich -elección realizada por todo el pueblo, mandato de siete años y trabas que se oponen a su revocación- son del tipo de los que tienden a asegurar la formación de una voluntad política fuerte por encima de las que considera “tendencias disgregadoras” de los partidos y grupos sociales organizados. Al ser el presidente, el órgano que para él puede establecer una comunicación más directa con el titular del poder constituyente a la cual ve materializada en la aclamación del pueblo, lo convierte en el verdadero “guardián de la Constitución”.⁷⁸

Sin embargo, su defensa de la Constitución no consiste -como en el caso de Kelsen- en controlar la constitucionalidad de las leyes, sino que el Presidente es una instancia “protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich”. La defensa de la Constitución consiste, entonces, en la preservación de la unidad política, y ello implica mantener la unidad del Estado frente a la disgregación partidista e impedir que los enemigos instrumentalizen la Constitución para sus propósitos.

⁷⁶ *Op. cit.*, pág. 238 y sig.

⁷⁷ *Op.cit.*, pp. 245-248.

⁷⁸ *Op.cit.*, pp. 249-251.

El desarrollo de su planteo lo hace a partir de una interpretación del artículo 48 de la Constitución de Weimar⁷⁹ y tomando como base la teoría del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur* de Benjamin Constant,⁸⁰ por la que identifica los “poderes excepcionales” del presidente del Reich con la función de “defensor de la Constitución”. Tales poderes excepcionales están para él, constituidos por una serie de prerrogativas y atribuciones del Jefe de Estado, creadas como elementos y posibilidades de intervención en su calidad de *pouvoir neutre*, a saber: posición privilegiada del jefe de Estado, refrendo y promulgación de las leyes, prerrogativa de indulto, nombramiento de ministros y funcionarios, etc.

Según él, la Constitución de Weimar al establecer un Estado parlamentario representativo procura dar al Presidente del Reich una suma de atribuciones de ese tipo, que lo colocaran como un auténtico “poder neutral, mediador, regulador y tutelar”⁸¹ dentro de la clásica división de poderes, como “un cierto centro en la Constitución” frente a las antítesis sociales y económicas de la sociedad, cuya actividad se produciría activamente sólo en casos de necesidad. Este poder neutro sería el llamado a constituir el “eficaz remedio contra la desintegración automática propia del estado pluralista”, ya que en este último cuanto más numerosas fueran las elecciones colectivas ya sea por referéndum, en el Consejo del Reich, en los Consejos obreros, etc., mayor sería la necesidad de disponer “de un punto fijo, al cual concurren todos los hilos, ideológicamente por lo menos.”⁸²

⁷⁹ Este artículo, que era aquél en el que se había apoyado el canciller Brüning para disolver el Parlamento, decía: “Cuando un Territorio no cumple con los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede obligarle a ello con la ayuda de la fuerza armada. Cuando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos, incluso con ayuda de la fuerza armada en caso necesario. A este efecto, puede suspender temporalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 [se trataba de la libertad personal, inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia, libertad de opinión, libertad de reunión, libertad de asociación y derecho de propiedad respectivamente]. De todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1.º y 2.º de este artículo, el Presidente del Reich deberá dar conocimiento inmediatamente al Parlamento. A requerimiento de éste, dichas medidas quedarán sin efecto. El gobierno de un Territorio podrá aplicar provisionalmente las medidas expresadas en el párrafo 2.º de este artículo cuando el retraso en adoptarlas implique peligro. Tales medidas quedarán sin efecto a instancia del Presidente del Reich o del Parlamento. Los pormenores serán regulados por una ley del Reich.” Cfr. G. Gasió, *op.cit.*, pág. XXVI, nota 36.

⁸⁰ “Tanto en el orden constitucional como en la teoría política es esta doctrina de máximo interés. Descansa sobre una acepción política, que reconoce claramente la posición del rey o del presidente del Estado en el Estado constitucional, y la expresa en una fórmula certera.” (Schmitt, *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 215-216).

⁸¹ *Op. cit.*, pág. 225.

⁸² *Op. cit.*, pág. 221.

LA RESPUESTA KELSENIANA

En su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Hans Kelsen contestó a Schmitt diciendo que su concepción de la jurisdicción como mera aplicación no controvertida de la regla al supuesto de hecho es una caricatura, un fantoche que ningún jurista conocedor de la naturaleza actual de la jurisdicción puede tomar en serio y que parece creada adrede por su antagonista para facilitar su función polémica específica: la destrucción de las premisas de un posible control *judicial* sobre la constitucionalidad de las leyes.

Señala Kelsen que a tal fin, el razonamiento de Schmitt parte del presupuesto erróneo de que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y las funciones políticas, y que en especial la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos políticos, a partir de lo cual concluye que tal actividad no sería justicia. Recuerda además, que quienes como en su caso defendieron la instauración de un Tribunal Constitucional, nunca habían negado que el mismo tiene un carácter político en una medida aún mucho mayor que el resto de los tribunales, ni habían desconocido el significado político de sus sentencias. Agrega también que cuando se califica a un conflicto como “no arbitrable” o político, no es porque haya algo en su naturaleza que determine tal condición y por lo tanto lo convierta en no justiciable, sino que una de las partes o ambas no quieren por algún motivo que sea sometido a una instancia “objetiva”.⁸³

Para Kelsen, Schmitt cae en el error de considerar al Parlamento como el único órgano creador de derecho. Por ello concluye diciendo que la concepción de Schmitt:

*es falsa porque presupone que el proceso de ejercicio del poder se remata en el proceso legislativo. 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 la otra rama del ejecutivo, cual es la Administración.[...] 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*⁸⁴

⁸³ H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, pág. 20.

⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 18-21.

Por otro lado, en relación a la objeción de Schmitt según la cuál el control abstracto de normas no constituye una genuina aplicación de normas, Kelsen replica que el objeto del control no es el contenido de una norma problematizada, sino la constitucionalidad de su producción: “El hecho que en las decisiones sobre la constitucionalidad de una ley se subsume bajo la norma que representa la Constitución, no es la norma [...], sino la producción de la norma”.⁸⁵

Sin embargo, sus argumentos más importantes se sitúan en el terreno de las concepciones políticas que lo separan de Schmitt, ya que tal como vimos, ante la crisis del sistema jurídico-político de la Constitución de Weimar, mientras Kelsen busca la conciliación de intereses en un Estado parlamentario controlado jurisdiccionalmente,⁸⁶ Schmitt reclama un líder político que distinga al amigo del enemigo y adopte decisiones en el Estado total. Por ello en este trabajo se dedica sobre todo a defender a la Constitución del defensor propuesto por Schmitt.⁸⁷

Comienza por recordar que “defensor de la Constitución” significa, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones del Estado subordinado directamente a la misma; y que la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, por lo que concluye que si algo es indudable 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.”⁸⁸ Quienes por el contrario sostienen que la garantía de la Constitución es una tarea del Jefe de Estado, sólo están disfrazando su inexplicable y verdadero objetivo político que consiste en impedir las garantías efectivas de la Constitución. Señala que esta última situación, en general no puede ser vista claramente porque se la oculta mediante la ficción de un interés general o de una unidad de intereses,

⁸⁵ *Op. cit.*, pág. 25.

⁸⁶ Cfr. C. Herrera, “La polémica Schmitt- Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 201-202.

⁸⁷ “Como precisamente en los casos más importantes de vulneración de la Constitución el Parlamento y el gobierno son partidos en pugna, lo recomendable para dirimir esta disputa es recurrir a una tercera instancia que esté fuera de esa oposición y que de ningún modo esté implicada ella misma en el ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y Gobierno. El que esta instancia obtenga por esta vía un cierto poder, es inevitable. Pero se da una gran diferencia entre dotar a un órgano del Estado de un poder que se reduce al poder de control institucional, o reforzar aún más el poder de uno de los dos principales portadores del poder del Estado, asignándole además la función de control constitucional” (Kelsen, *La defensa...*, *op. cit.*, pág. 54).

⁸⁸ *Op. cit.*, pág. 5.

que es la “típica ficción” de la que se echa mano “cuando se trabaja con la ‘unidad’ de la ‘voluntad’ del Estado, o con la ‘totalidad’ de lo colectivo, en un sentido distinto al puramente formal, con el fin de justificar una determinada configuración del orden estatal.”⁸⁹ Un ejemplo de esto es el referéndum, el cuál constituye para Schmitt una garantía de la expresión del pueblo como unidad, mientras que para Kelsen en el -mejor de los casos- sólo constituye la voluntad de una mayoría.

Concluye señalando que la afirmación de Schmitt, según la cual las amenazas a la Constitución provienen solamente del poder legislativo, es absolutamente injustificada ya que “está en contradicción directa con los hechos”⁹⁰, recondándole a su oponente que el Tribunal austríaco a través de su jurisprudencia había entrado en un conflicto con el gobierno que prácticamente puso en peligro su existencia; y que en relación a Weimar, no se podían “cerrar los ojos” frente a la relevante expansión legislativa que tenía lugar cuando el “derecho del Gobierno a reglamentar toma[ba] el lugar del derecho legislativo del Parlamento.”⁹¹

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad”, *Doxa*, N°11, Alicante, 1992.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. cast. de Magdalena Holgín, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho, 1997.
- ESTEVEZ ARAUJO, José E., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta.

⁸⁹ *Op. cit.*, pág. 43.

⁹⁰ *Op. cit.*, pág. 74.

⁹¹ *Op. cit.*, pp. 74 y 53.

- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, "Reflexiones en torno a la composición del Tribunal Constitucional en España", *Lecciones y Ensayos*, N° 55, Buenos Aires, 1991.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Buenos Aires, Ariel, 1996., pág. 60.
- HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- HERRERA, Carlos, "La polémica Schmitt- Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 86, octubre- diciembre de 1994, pp. 195- 227.
- HOBBSAWM, Eric, *La era del capital, 1848-1875*, trad.cast. de A. García Fluixá y Carlo A. Caranci, Buenos Aires, Crítica, 1998).
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad.cast. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- KLEIN, Claude, *De los espartaquistas al nazismo: La República de Weimar*, Madrid, Sarpe, 1985.
- MOUFFE, Chantal, "De la articulación entre liberalismo y democracia", en *El retorno de lo político*, Barcelona, Paidós, 1999.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. cast. de Manuel Sánchez Sarto, 1º ed., Madrid, Tecnos, 1983 (2º ed., 1998).
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, Madrid, Trotta, 1995.