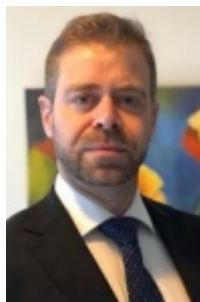




## Artículos



Santiago, 1 de agosto de 2019

### **Judicial Review y el Defensor de la Constitución de acuerdo con C. Schmitt. (Réplica a Ignacio Núñez).**

*Creo que la lectura que efectúa Núñez respecto del trabajo de Schmitt yerra en su propósito de determinar concisa y adecuadamente las coordenadas teóricas dentro las cuales se desarrolló el debate entre los autores mencionados en su artículo.*

Por: Diego Chacón

---

Con fecha 26 de julio recién pasado, un destacado colega publicó un muy interesante y bien elaborado artículo sobre la constantemente frecuentada disputa entre dos juristas germanos de renombre como lo son: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Bajo el formato de lo que parece ser una serie de artículos dedicados al tópico de la «*judicial review*», Ignacio Núñez dedica la mayor parte de su exposición en fijar la postura de Schmitt con relación a la materia. Sin embargo, creo que la lectura que efectúa Núñez respecto del trabajo de Schmitt yerra en su propósito de determinar concisa y adecuadamente las coordenadas teóricas dentro las cuales se desarrolló el debate entre los autores mencionados en su artículo. Junto con ello, también soy de la opinión de que algunas de sus afirmaciones terminan por desfigurar la real postura de Schmitt con respecto al control de constitucionalidad.

Por ello y como punto de partida, deseo controvertir a nuestro columnista en su aseveración tocante a que Schmitt defiende únicamente un concepto político de Constitución y no así jurídico. Probablemente la distinción analítica de Schmitt, entre Constitución sustancial y Ley Constitucional –propia del Constitucionalismo germánico– lo haya descaminado a Núñez a reducir en tal grado el concepto de Constitución defendido por Schmitt. Pero, por el contrario, nuestro autor no sólo reconoce sino que defiende expresamente el carácter jurídico de la Constitución. Es más, éste resulta neurálgico para desentrañar el misterio sobre quién debe ser en definitiva el defensor de la Constitución. Es así como en su obra «El Defensor de la Constitución», publicado originalmente en marzo de 1929 en el *Archiv des Öffentlichen Rechts* (vol.XVI, pp. 161 ss.), subrayará el valor jurídico de la regulación constitucional como medio para defender ciertas actividades o intereses contra el legislador. En particular, los intereses de la minorías contra las mayorías siempre variables dentro del sistema parlamentario. Este argumento, netamente jurídico, es el que le permite a Schmitt, de paso, descartar al legislador como ente legitimado para defender la Constitución. Desde ahí, y producto principalmente de ese aserto, permanecerán en su teoría únicamente como posibles

candidatos para el puesto de «defensor» tanto el órgano jurisdiccional como el gobernante.

No tropieza Schmitt con el problema de tener que negar al Tribunal Estatal (*Staatsgerichtshof*) la competencia para la defensa judicial de la Constitución. Lo que sí efectúa es una matización, distinguiendo entre lo que debe ser entendido como un Defensor de la Constitución y un legítimo control de constitucionalidad. Expresamente señala en la obra en comento, que en Alemania, a diferencia de la realidad de los Estados Unidos: «...sólo la subsunción del hecho bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgador niegue aplicación a la ley ordinaria...». Para luego determinar el espacio preciso que le cabe a la judicatura como defensor de la Constitución, al expresar que: «los jueces pueden ser defensores de una parte de la constitución, a saber, de aquella que se refiere a su peculiar fundamento y posición, de los preceptos relativos a la independencia del poder judicial...»; a lo que se le debe agregar, como ya vimos, la defensa judicial de los derechos fundamentales de los embates del legislador. Hasta ahí. De ese modo se muestra contrario y rechaza que a los Tribunales Constitucionales les corresponda la defensa de la Constitución, más allá de esos precisos límites.

Donde le pierde el paso Núñez a la teoría propuesta Schmitt es justamente aquí, al encasillar a Schmitt como un autor contrario a la fórmula del control constitucional de las leyes. Por el contrario, no faltará observar en su obra una positiva evaluación de la labor que llevan a cabo los jueces constitucionales con respecto a la protección que le pueden brindar a los derechos fundamentales, respaldando incluso la defensa de su propia independencia, en caso de que aquella se vea amenazada por el legislador. El problema en mentes por Schmitt es otro, uno más preciso y a su vez más elevado y por la misma razón, más difícil de identificar con claridad.

Schmitt no tiene en mente al momento de formular su teoría, la práctica estándar y normal de los asuntos jurídico-constitucionales dentro de un determinado Estado en un tiempo dado. La cotidiana y corriente labor de un abogado apelando por justicia constitucional ante un Tribunal Constitucional por los derechos fundamentales de su cliente no son parte de las preocupaciones de Schmitt. La constante subsunción de la norma al caso típico no provoca el desvelo de su teoría, sino que sólo esconde -probablemente por tiempos muy prolongados- a quién es el verdadero defensor de la Constitución, pero nada más. Y es que para Schmitt, y ahí su genialidad, la normalidad no desvela al verdadero defensor de la Constitución, sino que éste sólo se percibe en la excepcionalidad. En la ruptura del orden. En la vieja y clásica idea de la *stasis*.

Es por ello que no demoró un segundo en sentenciar en el primer párrafo de su famosa obra «*Politische Theologie*» (1922) lo siguiente: «*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*» (Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción). Y es que para Schmitt, en un Estado donde una norma constitucional indique a quién le corresponde calificar la verificación fáctica del estado de excepción -entendida ésta como concepto general de la teoría del Estado- desvela de inmediato a quien le corresponde la Defensa de la Constitución. Es sólo en ese momento, y de ese modo, como termina por descartar al Tribunal Constitucional como legítimo defensor del orden jurídico. Y es aquí donde asesta a Kelsen un golpe demasiado duro de resistir para su positivismo jurídico. Es en aquel intersticio que separa, lo que en palabras de Hart y Schmitt puede ser identificado como el espacio dejado entre «*el dentro y el afuera del ordenamiento jurídico*», donde -según Schmitt- la *decisión* política logra consolidar su victoria por sobre el deber ser.

Y esto no es simplemente pura teoría. Como es bien conocido, estos argumentos se dieron cita en 1932 en la decisión del Tribunal Estatal de Leipzig adoptada a la sazón de tener que conocer sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el *Reich* en contra del Estado Federal de Prusia, en virtud de lo dispuesto en los apartados 1º y 2º del artículo 48 de la Constitución de Weimar. Medidas éstas que desde el primer momento fueron calificadas como excesivas y desproporcionadas por muchos autores (entre los más connotados se encuentran el mismo Kelsen y Heller). Pero aún

cuando ello haya sido así, la historia nos cuenta que el Tribunal Estatal terminaría por inclinarse a favor de los argumentos exhibidos por uno de los abogados del *Reich*: Carl Schmitt. Y a pesar que en este espacio no pueda dar cuenta respecto a la razones técnico-jurídicas por las cuales el Tribunal Estatal de Leipzig finalmente se decantó por la vía trazada por Schmitt, lo cierto es que la versión del positivismo defendida por Kelsen no puede contrarrestar, al menos en ese estadio de la discusión constitucional en particular, la teoría decisionista de Schmitt.

Incluso el mismo Kelsen reconocería parcialmente este aserto más tarde, en su comentario al fallo publicado en la Revista Jurídica *Die Justiz*, (nov/dic 1932, pp. 65-91), al decir que aunque erróneo en su opinión, el fallo se encontraba igualmente justificado, todo ello en virtud de la defectuosa formulación del artículo constitucional, el cual permitía ejercer sin restricciones expresas, las medidas de suspensión *sine die* del Estado Federal Prusiano. Como bien lo destaca Dyzenhaus, con ello Kelsen no hizo otra cosa más que exonerar de responsabilidad al Tribunal Estatal respecto al verdadero golpe de estado impetrado por el *Reich* en contra de Prusia; todo ello para dejar incólume las bases de su formalismo jurídico puro. Pero hasta aquí la digresión a la cual he sometido al lector.

Señalado lo anterior y ya para ir finalizando, lo que quiero destacar acá es que la discusión entre Kelsen y Schmitt no se asienta en una diferencia radical con respecto al control judicial de la Constitución o si se quiere una cierta modalidad de «*judicial review*» como insinúa Núñez. La diferencia fundamental entre ambos autores se enclava más bien en sus divergencias radicales con respecto a la Teoría del Derecho y en especial sobre la Teoría del Estado que ambos defienden. (esta última comúnmente preterida por la dogmática nacional). Y si alguien cree que tal discusión puede ser propia de otros tiempos, cabe recordar la reciente aplicación del artículo 155 de la Constitución Española que básicamente no es más que la reiteración del artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn, sucesor directo -aunque con ciertos matices distintos- del artículo 48 de la Constitución de Weimar. Y sin necesidad de ir más allá del charco, basta una somera lectura del artículo 45 de nuestra propia Constitución para tener en cuenta que tan famosa discusión se encuentra silente pero aun latente en el seno de nuestra propia bóveda constitucional. (Santiago, 1 agosto 2019)

---