

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: TRANSPOLACIÓN DE LA VISIÓN DE SCHMITT Y KELSEN AL CASO VENEZOLANO

THE DEFENSE OF THE CONSTITUTION:
TRANSPOLATION OF THE SCHMITT AND KELSEN VISION TO THE
VENEZUELAN CASE

Juan Cristóbal Carmona Borjas ⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2020.02.04.01>

Recepción: 29 de Julio de 2020 Aceptación: 17 de Septiembre de 2020

RESUMEN

La tendencia iniciada en el siglo XX en torno a la concepción del Estado, sustentada en textos constitucionales plagados de valores, principios, derechos fundamentales y amplios fines a ser perseguidos, ha venido acompañada del ejercicio de exorbitantes poderes por parte del Poder Judicial, específicamente de tribunales constitucionales, que más allá de ejercer el control negativo de la constitucionalidad de las leyes, se han reconocido capaces de interpretarla, reformarla y de dictarla. Tal proceder, encuentra claro referente en la clásica controversia entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, a la que toca referirse al intentar determinar en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuál es el verdadero alcance de las competencias atribuidas a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y a quién realmente, corresponde la defensa del Texto Fundamental.

Palabras Clave: *Constitución, Control, Protección, Kelsen, Schmitt.*

ABSTRACT

The practice initiated during the Twentieth century with respect to the State, based on constitutional texts plagued of values, principles, fundamental rights and numerous purposes to be achieved, has been accompanied with exorbitant controls performed by the Judicial Power, specifically by the constitutional courts, that beyond the negative control of the law have assumed its capacity to interpret, reform and even dictate it. This performance, conduct to the classic controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt, that has to be taken into account in the intent to determine with respect to the Venezuelan Constitution, the real role of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, and who is the real responsible for the defense of our Constitution.

Keywords: *Constitution, Control, Protection, Kelsen, Schmitt.*

(1) Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Mención Summa Cum Laude. LLM in Common Law, Georgetown University. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Aspirante al Doctorado en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de Post-Grado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor Invitado del IESA. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (ASOVEDEFI) - 1994-1999. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) Periodos: 2003-2005 y 2005-2007. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Sillón N° 30.

INTRODUCCIÓN:

Dada la complejidad de la temática a ser abordada en el presente estudio, el tiempo transcurrido desde que se desarrolló la controversia ideológica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en cuanto a quién corresponde la defensa de la Constitución, al contexto histórico en el que aquellos grandes pensadores jugaron papeles decisivos como juristas y políticos y, a la complejidad que encierra el caso venezolano, resulta pertinente realizar una serie de consideraciones preliminares que permitan acercarnos al final de la República de Weimar (1929-1933) y a las vidas de Schmitt y de Kelsen, para luego referirse a su obra y al tratamiento dado a la materia en el texto constitucional venezolano.

DESARROLLO:

1. Breve Referencias Biográficas de Carl Schmitt y Hans Kelsen.

1.1. Datos Biográficos de Carl Schmitt.

Nace en Plettenburg, Alemania, en el año 1888, en el seno de una familia de origen francés, profundamente religiosa, entre cuyos integrantes estuvieron tres sacerdotes católicos. Recibió educación religiosa, paralela a sus estudios superiores y una formación latina, tomista y contrarrevolucionaria. Schmitt, es considerado no sólo un jurista, sino también, un político y un filósofo, cuya doctrina acerca del Estado se ha señalado como uno de los elementos ideológicos sobre los que se fundó el nacionalsocialismo, al que se adhirió en 1933.

Hacia 1932, el movimiento nacionalsocialista era visto como una propuesta no sólo de restauración conservadora, sino especialmente como la única alternativa a lo que en aquel entonces parecía inexorable: el acceso al poder en Alemania de los sectores de izquierda, escenario que acercaba al país a la caída en un régimen comunista al estilo del bolchevique impuesto en el ex Imperio Ruso una década antes.

Podría decirse que este espanto de la burguesía en Alemania ante el fantasma del comunismo, en un ambiente de humillación nacional por los duros términos impuestos por los vencedores y enmarcado en una situación de colapso económico con cifras de desempleo e inflación nunca antes vistas, es lo que explica el viraje, incluso antes de que Hitler acceda al poder, de buena parte la *intelligentsia* alemana hacia posturas más reaccionarias, incluso radicales, de la cual los juristas, profesores de Derecho y magistrados judiciales eran una suerte de avanzada intelectual de gran influencia.

Así, el ámbito del Derecho –especialmente, el sistema de administración de Justicia– potenció en aquellos años lo que podría considerarse como un rol garantizador del statu quo, es decir, de la conservación de los privilegios de clase y de las vigentes relaciones de poder frente a la amenaza de un cambio sustancial propiciado por la clase obrera y los círculos políticos e intelectuales que la apoyaban, nucleados especialmente en el partido comunista y en la socialdemocracia.

Fue así que, con el acceso de Hitler al poder el 30 de enero de 1933, esta tendencia en los ambientes académicos se potenció y reorientó en apoyo explícito del nuevo panorama político que se abría de la mano de la revolución nacionalsocialista, generando un entusiasmo que no se limitó al común de los profesores de Derecho, sino que:

La elite más altamente calificada profesionalmente ofreció gustosa su capacidad; algo más: muy a menudo lo hizo con verdadero júbilo al servicio del nuevo Estado [...] con pasmosa regularidad, en 1933 o después de ese año, gran parte del profesorado especialmente calificado se dejó tomar por el «espíritu nacionalsocialista» en la medida en que ellos no estuvieron en oposición a los nuevos dueños del poder.⁽²⁾

Carl Schmitt fue precisamente uno de esos profesores de Derecho que jugó rol protagónico antes, durante y después del Tercer Reich. Schmitt fue profesor en la Universidad de Berlín desde 1934, Consejero de Estado de Prusia y miembro signficado de la Organización de Juristas Nacionalsocialistas a la que presidió durante tres años.

Entre las obras en que desarrolló su doctrina, destacan “*La Dictadura*” (1921), “*Teología Política*” (2 vol. 1922, 1970) y “*Estado, Movimiento y Pueblo*” (1933). Schmitt:

Dirigió una crítica constante hacia las instituciones y los principios democráticos durante la República de Weimar, cuya estabilidad contribuyó a socavar. Según su teoría, el poder real se descubre en la situación de excepción, según quién conserve la capacidad de decisión, y no de acuerdo con la atribución constitucional de poderes. También criticó el individualismo subyacente a la democracia, al considerar que el pueblo era propiamente masa, que adquiriría una identidad por adhesión a un líder carismático, y por enfrentamiento al «enemigo», categoría fundamental en la constitución de un pueblo y que se establecía por decisión arbitraria del líder.⁽³⁾

En lo que respecta a su obra “Ha insistido siempre Schmitt en la necesidad de poner en relación Política y Metafísica (*rectius*, Teología); es decir, en hacer explícitos los presupuestos filosóficos del pensamiento jurídico. Así las cosas, no deja de ser curioso, lo difícil que es precisar cuál pueda ser la filosofía última de Schmitt; la que justifica sus elecciones teóricas fundamentales. Lo demuestra la ininterrumpida cascada de interpretaciones doctrinales que no cesan de aparecer.”⁽⁴⁾

Para Schmitt “no sólo la historia no es reconducible al conocimiento: tampoco lo es el derecho. Se comprende la dureza de la confrontación con el normativismo. El orden jurídico no es re-conducible a unidad por un acto de saber sino de poder, por una resolución del intelecto sino de la voluntad.” En resumen, todo saber (Normativismo) es incompleto; quiérase o no está al servicio de la vida y depende de ella. El conocimiento está siempre situado,

(2) <http://www.catedrahendler.org/doctrina>

(3) Ídem.

(4) Pardo, C. (2011) “Estudio Introductorio. En: El Valor del Estado y el Significado del individuo.” Editorial CEPC, Madrid, España. Pág. XXIII.

es “polémico,” nunca absoluto, aunque no por ello mera palabrería. Hay un saber íntegro y sólo él avanza el verdadero orden: un saber del instante y su primacía, pero también de que los instantes “resuenan” (...)

El conocimiento puro, en cambio, la creencia en una ciencia independiente, universal y eterna, es sólo un mito aunque, ya por eso, más que mera fantasía. En consecuencia, la perfecta libertad de elección es imposible.”⁽⁵⁾

Schmitt, “Cayó en desgracia en 1936 por su obediencia católica.” Después de la victoria aliada, fue detenido por los rusos, puesto en libertad, e inmediatamente arrestado por los americanos que, durante un año (había sido denunciado por un conocido colega criminal de guerra), lo tuvieron internado en un campo de concentración. Encarcelado en Nüremberg, seis semanas, fue puesto en libertad. Rechazó someterse a un proceso de desnazificación y perdió su cátedra en la Universidad de Berlín.”⁽⁶⁾

Schmitt murió en 1985 a la edad de 97 años, después de vivir buena parte de su adultez y vejez en la España del franquismo. Sus aportes al mundo del Derecho y la Política, aún se mantienen vigentes a pesar de la polémica que suscitan.

1.2_. Datos Biográficos de Hans Kelsen.

Hans Kelsen nace en Praga, en el año 1881 y muere en Berkeley, California, Estados Unidos en el año 1973.

Al desmembrarse el antiguo imperio Austro-húngaro al final de la Primera Guerra Mundial, Hans Kelsen tomó parte activa en la organización institucional de Austria como uno de los principales redactores de la constitución sancionada en 1920. En 1929 abandonó su cátedra en la Universidad de Viena para profesar en la de Colonia, pero el acceso del nazismo al poder lo indujo a trasladarse en 1933 a Ginebra y tres años más tarde a Praga, donde permaneció hasta 1940, cuando se trasladó a Estados Unidos. Allí enseñó derecho en las universidades de Harvard y Berkeley. Kelsen, perteneciente a la corriente del formalismo jurídico, sostuvo la teoría del normativismo, según la cual, el derecho es un fenómeno autónomo de cualquier hecho o ley positiva. La doctrina de Kelsen, que él llamó «teoría pura del Derecho», tuvo continuidad en la escuela de Viena e influyó en la orientación jurídica de muchos países europeos.⁽⁷⁾

Hans Kelsen fue el fundador de la Escuela pura o vienesa del Derecho que en el período de entreguerras se propuso reconstruir el derecho público desde la afirmación democrática de una concepción de lo normativo desprovista de factores no jurídicos.

“Su concepción del derecho como técnica para resolver los conflictos sociales le convierte en uno de los principales teóricos de la democracia del siglo XX. Entre sus obras destacan *“De la Esencia y Valor de la Democracia”* (1920), *“Teoría General del Estado”* (1925) y *Teoría Pura del Derecho* (1935).”⁽⁸⁾

(5) Íbidem, pág. XXVIII.

(6) Íbidem, pág. XXI

(7) <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.html>

(8) Ídem.

2_. Constitución de Weimar y Constitución Federal Austríaca. Referencia a los Mecanismos para su Defensa.

La década de los treinta del siglo XX discurre entre la Primera y Segunda Guerra Mundial. En ese período histórico, tanto en Alemania como en Austria, países de origen de Schmitt y Kelsen, se reconocía el fracaso histórico de los intentos por incorporar la democracia en la vida política.

Tras la Primera Guerra Mundial, se inició en los países europeos un proceso radical de cambios en la manera de concebir a la Constitución y en ella, las modalidades para garantizar su respeto, se aprueba así en Alemania, el 11 de Noviembre de 1919, la Constitución de Weimar, y el 1° de Octubre de 1920, la Constitución Federal Austríaca que, como ya señaláramos, tienen la impronta de Schmitt y Kelsen, respectivamente.



2.1_. Constitución de Weimar.

A raíz de la derrota propinada al Imperio Alemán después de la Primera Guerra Mundial, éste a pesar de conservar su nombre, fue extraoficialmente denominado República de Weimar. Tal denominación procede de la ciudad homónima, Weimar, donde se reunió la Asamblea Nacional Constituyente y se proclamó la nueva constitución de ese país.

El emperador alemán, renunció después de ser derrotado en la Primera Guerra Mundial, y la asamblea constituyente creó en Alemania una república gobernada por un régimen democrático. A esta etapa de la historia alemana, comprendida entre 1919 y 1933, se conoce como República de Weimar.

La Constitución de Weimar ha sido considerada la precursora del llamado constitucionalismo social, en tanto dedicó buena parte de su articulado a regular de manera estructurada y formal los principios de los derechos sociales asistenciales de seguridad social en salud, dirigidos a proteger a los menos favorecidos. Ello fue expresión de la social democracia alemana que se instauró en Alemania mediante el partido mayoritario en la Asamblea Nacional Constituyente elegida el 19 de Enero de 1919.

Conforme al artículo 1° de la Constitución de Weimar, el Imperio Alemán se constituye en República Federal, inicialmente conformada por nueve Länders. El Presidente del Imperio, conforme al artículo 41 de dicho texto constitucional era elegido por el pueblo alemán entero (todo alemán mayor de treinta y cinco años). El Presidente del Imperio, al entrar en funciones, debía prestar ante el Reichstag (Parlamento) juramento. En virtud de tal actuación, se comprometía a guardar la Constitución y las leyes.

De acuerdo con el artículo 43 de la Constitución de Weimar, el cargo de Presidente del Imperio duraba siete años, siendo posible la reelección. Antes de que expirara aquel plazo, el Presidente del Imperio, a propuesta del Reichstag, podía ser depuesto mediante el voto popular. El acuerdo del Reichstag requería, mayoría de dos tercios, y una vez adoptado, cesaba el

Presidente en el ejercicio de su función. Si la propuesta de destitución era rechazada por el voto popular, se entendía que ello equivalía a una reelección del Presidente, y el Reichstag quedaba disuelto como consecuencia.

El Presidente del Imperio tenía el mando supremo de todas las fuerzas defensivas del mismo. En ejercicio de aquella competencia, de acuerdo al artículo 48 del comentado Texto, si un *Länder* no cumplía con los deberes que le imponía la Constitución o las leyes del Imperio, el Presidente podía obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada.

Cuando se hubiere alterado gravemente o estuviere en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente podía adoptar las medidas indispensables para su restablecimiento, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Conforme al artículo 59 de la Constitución de Weimar, el Reichstag tenía derecho a acusar ante el Tribunal de Estado al Presidente del Imperio, al Canciller y a los Ministros, por violación punible de la Constitución o de una ley del Imperio.

En lo que respecta a la posibilidad de reformar a la Constitución, el artículo 76 preveía tal posibilidad por vía legislativa. Para que prosperen las resoluciones del Reichstag modificativas de la Constitución, se necesitaba que éstas estuvieran presentes dos tercios del número legal de sus miembros y que la aprobaran dos tercios, por lo menos, de los presentes. En lo que respecta a la Administración de Justicia, la Constitución de Weimar establecía en su artículo 101 que los jueces eran independientes y no estaban sometidos más que a la Ley.

La jurisdicción ordinaria era ejercida por el Tribunal del Reich y los Tribunales de los *Länders*. Los jueces eran nombrados de por vida y no podían contra su voluntad ser privados, definitiva o temporal, de sus cargos, ni trasladados a otro puesto ni jubilados sino en virtud de fallo judicial, y sólo por las causas y en la forma que las leyes prescribieran.

En cuanto al tema que aquí nos ocupa y como más adelante veremos, de especial relevancia resultaba el artículo 48 de la Constitución de Weimar, según:

En el caso de un estado que no cumpla con los deberes que le haya impuesto el *Reich*, la Constitución o las leyes del *Reich*, el presidente del Reich podrá hacer uso de las fuerzas armadas para compelerlo a hacerlo. Si la seguridad y el orden público interior del *Reich* son severamente dañados o están en peligro, el Presidente del Reich podrá tomar las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario. Para este propósito podrá suspender temporalmente, totalmente o en parte, los derechos fundamentales previstos en los artículos (...) El Presidente del *Reich* deberá informar al *Reichstag*, sin demoras, sobre todas las medidas tomadas de acuerdo a los párrafos 1 y 2 de este artículo. Estas medidas pueden ser revocadas por el Reichstag. Si el peligro es inminente, el Gobierno del Estado puede tomar medidas temporales para su propio territorio, como lo prevé el párrafo 2. Estas medidas pueden ser revocadas por el *Reichstag*. Los detalles serán determinados por una ley de *Reich*.”

2.2_. Constitución Federal Austríaca.

Este Texto Constitucional fue aprobado en 1920. En él, se reconoció a Austria como una República Democrática y Federal, cuyas leyes emanaban del pueblo.

De acuerdo con esa Constitución, toda resolución legislativa del Consejo Nacional⁽⁹⁾ debía ser sometida a votación popular (*Volksabstimmung*) una vez finalizado el procedimiento, pero siempre antes de su promulgación por el Presidente federal, si lo acordaba así el propio Consejo Nacional o lo pedía la mayoría de sus miembros.

Se contemplaba en el artículo 44.2, la figura de la enmienda constitucional a la que se clasificaba en: enmienda de conjunto (*Gesamtänderung*) y enmienda parcial (*Teilandemng*). En lo que a la segunda se refiere, sólo cuando fuera solicitado por un tercio de los miembros del Consejo Nacional o del Consejo Federal, se sometía a votación popular una vez finalizada su tramitación, pero siempre antes de que la promulgara el Presidente federal.

Conforme al artículo 60.1, el Presidente federal era elegido por el pueblo de toda la Federación (*Bundesvolk*), mediante elección directa y secreta de quienes tenían derecho de voto para el Consejo Nacional.

El cargo de Presidente Federal duraba 6 años, y sólo se admitía 1 reelección para el período presidencial siguiente. Antes de que terminara su mandato, podía el Presidente federal ser depuesto mediante votación popular, la cual debía celebrarse cuando lo pedía la Asamblea Federal.

En su juramento, el Presidente federal se comprometía a observar fielmente la Constitución y todas las leyes de la República y a cumplir su deber con arreglo a su leal saber y entender (*nachbestem Wissenund Gewissen*).

En lo que respecta al Ejército Federal (*Bundesheer*) el artículo 79.1 de la Constitución Austríaca establecía que a éste correspondía la defensa nacional del país. De especial relevancia era el numeral 2 de esa norma según el cual, el Ejército Federal estará destinado, además, en la medida en que la potestad civil legalmente establecida lo exigiera, a la protección de las instituciones constitucionales y de su capacidad de funcionamiento, así como de las libertades democráticas de los habitantes.

El Presidente Federal ostentaba el mando supremo (*Oberbefehl*) del Ejército federal. En materia jurisdiccional (*Genichsbarkeit*) el artículo 82.1 disponía, que toda la jurisdicción emanaba de la Federación.

Los tribunales ordinarios austríacos no tenían competencia para examinar la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales debidamente promulgados, salvo que se dispusiera otra cosa en la propia Constitución. Si un Tribunal concebía objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de algún decreto, debía interponer, ante el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgesichtsho*), la súplica de que se anulara dicho

(9) Una de las Cámaras del Parlamento.

decreto. Si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tenía reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, debía interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de anulación de dicha ley.

Según el artículo 140.1, el Tribunal Constitucional atendía la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal que hubiera estado llamado a resolver en segunda instancia, aunque también podía conocer de oficio cuando tenía que aplicar la ley a un litigio pendiente. Tenía competencia adicionalmente para conocer de la posible inconstitucionalidad de leyes regionales, a instancias, en su caso, del Gobierno federal, y de la posible inconstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional.

El Tribunal Constitucional conocía igualmente de la inconstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirmara haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley hubiera cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual.

Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal Constitucional, conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ley era inconstitucional, quedaban vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguía aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación (*die vorder Aufhebungverwirklichten Tatbestände*), excepto aquella que hubiera dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no había dispuesto otra cosa en su decisión derogatoria.

3._ La Polémica entre Schmitt y Kelsen.

“...en 1919 el punto de partida de todo el edificio constitucional había consistido en idear un complejo equilibrio de poderes, tanto en el plano institucional como en los equilibrios políticos que se proyectaban en el ámbito de las relaciones a que daba vida el juego constitucional, y en el terreno de las ideologías.”⁽¹⁰⁾

En la búsqueda de ese equilibrio se reconoció la necesidad de diseñar, consagrar e implementar medios a través de los cuales se limitara el ejercicio del poder. A esos fines lo dispuesto en la Constitución resultaba determinante, pero ella a su vez requería de mecanismos que aseguraran su preservación y respeto. De esos mecanismos y de las instituciones encargadas de implementarlos, dependía la Defensa de la Constitución.

De la referencia anteriormente hecha a los textos constitucionales dictados en el Imperio Alemán y en la República Federal Austríaca, puede observarse que, en la búsqueda de aquel equilibrio de poderes y la protección de la Constitución en Austria, se atribuyó papel preponderante al Tribunal Constitucional, en tanto en Alemania, dicha materia no fue tan claramente

(10) Lombardi, G. (2009) “Carl Schmitt y Hans Kelsen. Polémica Schmitt/Kelsen Sobre la Justicia Constitucional: El Defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Tecnos. Clásicos del Pensamiento. Madrid, España Pág. XXVIII.

atendida, por cuanto, por un lado, existía un Poder Judicial conformado por diversas jurisdicciones e instancias con diversas competencias, a la par que existía el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que "... siguiendo la vieja propuesta de Max Weber, reconocía a la figura del *Reichspräsident*, el Jefe de Estado elegido directamente por el pueblo al que se había potenciado hasta el punto de ser reconocida como institución suprema encargada de asegurar el mantenimiento del Estado.⁽¹¹⁾ Era esta la figura del llamado "*poder dictatorial*," como un momento excepcional en las relaciones de poder durante las situaciones de crisis.

Las experiencias vividas en Austria y Alemania, hicieron pensar que en aquélla se había adoptado un régimen de control concentrado, en tanto que en ésta, uno de control difuso. Este último, según los alemanes, no encuadraba, sin embargo, dentro de la jurisdicción constitucional, sino como un efecto del ordenamiento judicial en materia de Constitución.

Ante la falta de tratamiento expreso sobre el tema del control constitucional en la Carta Magna alemana, el Tribunal Supremo de Justicia de esa República empezó a desautorizar normas legales dictadas por el Parlamento por considerarlas inconstitucionales.

Frente a aquel proceder, la polémica inicial se suscitaba en la sujeción del Juez a la ley, y a la posibilidad del juez de desconocer la validez de una ley por considerarla contraria al texto constitucional. Posteriormente, especialmente por la influencia de Schmitt, se sostuvo que ese rol correspondía al Presidente del *Reich*.

Sobre esta temática Carl Schmitt había escrito la obra "*La Defensa de la Constitución*," precisamente en el marco de la Constitución de Weimar de 1919, frente a la cual respondió Kelsen con la obra de *¿Quién Defiende la Constitución?*

Se trató de la tradicional confrontación entre la "*Teoría Pura del Derecho*" apoyada por Kelsen y la "*Teología Política (Decisionismo)*," impulsada por Schmitt:

En lo que respecta a esta disputa, a primera vista el punto de contraste fundamental sobre el que gravita toda la polémica gira en torno a la figura, o mejor dicho, al órgano o institución, a que debe atribuirse la facultad y la obligación de defender o de salvar la Constitución, frente a los diferentes tipos de violaciones posibles que ponen en jaque su destino existencial y su vigencia temporal.

En este sentido, Kelsen y Schmitt, coinciden en la conveniencia o necesidad de reconocer la figura del defensor, del vigilante o del garante de la Constitución, eso sí, condicionándolo a su propio y particular concepto de Estado y de Constitución, de manera que medie siempre una relación directa entre defensa de la Constitución y concepto de la misma.

Y así, mientras para Kelsen el garante de la Constitución resulta ser un órgano ad hoc, un tribunal específicamente concebido al efecto, y dotado de esta sola atribución - el Tribunal Constitucional -, para Schmitt tan gravoso

(11) *Ibidem*, Pág. XXIX.

cometido recae en exclusiva en la figura del Reichspräsident, el Jefe del Estado. Pero llevando a sus últimas consecuencias el argumento, las discrepancias son más profundas: en tanto que para Kelsen el Estado es el derecho, y la Constitución en abstracto (que es en la que centra su interés) se define como una norma jurídica axiológicamente pura desprovista de cualquier componente no estrictamente normativo, para Schmitt en la Constitución (que es siempre la de Weimar, y que expresa una serie de decisiones políticas fundamentales amenazadas en su unidad por un pluralismo que juzga destructivo) conviven dos principios diferentes: representación e identidad.⁽¹²⁾

En 1933 asciende Hitler al poder y Schmitt es designado consejero de Estado de Prusia y presidente de los juristas del Reich. Durante ese período el antiliberalismo de Schmitt encontró en Alemania un fermento propicio para difundir sus iniciativas antidemocráticas debido al desprestigio que ostentaba el Parlamentarismo y las demás instituciones de la República de Weimar, entre ellas, las élites políticas y económicas.

Schmitt sostenía, que los principios del nacionalsocialismo debían reputarse válidos en todo momento y situación, para la aplicación y administración de patrones generales de conducta, ya fuera por medio del Juez, del abogado o del profesor de Derecho, reduciendo de este modo a estos actores y, al juez particularmente, en funcionarios policíacos. En lo que respecta a Kelsen:

Aunque bien sabemos el espíritu liberal que impulsaba al gran jurista vienés, - pues identificaba a la democracia con el sistema parlamentario y rescataba de ella su carácter de vehículo formal tendiente a la toma de decisiones prescindiendo de sistemas de valores universalmente aceptados, la historia se encargaría de demostrar que, tal como acontecía con el iusnaturalismo, tampoco el positivismo jurídico de Kelsen contenía los anticuerpos necesarios para evitar que el terror se adueñara del poder sin deslegitimarlo desde la teoría normativa.⁽¹³⁾

Hechas estas consideraciones preliminares en relación al ámbito al que se circunscribe la disputa ideológica entre Schmitt y Kelsen, procederemos a ahondar en los detalles de las tesis por ellos sostenidas.

4.- Referencia a la Tesis de Carl Schmitt. Reseña de la Obra de “El Defensor de la Constitución.”

A objeto de hacer viable el análisis de la tesis sostenida por Carl Schmitt en su obra “*El Defensor de la Constitución,*” se procederá a destacar algunas de las principales líneas de su pensamiento, para posteriormente concatenarlas con las expuestas por Kelsen y con el texto constitucional venezolano de 1999.

(12) Lomabardi, G. Ob. cit., Pág. XI.

(13) Rafecas, D. (2010) “La Ciencia del Derecho y el Advenimiento del Nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt.” Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, Año 8, N° 15, España, Pág. 5.

4.1_. Democracia de Unidad Homogénea e Indivisible.

Bajo la visión de Carl Schmitt (2009):

La Constitución vigente en Reich afirma la idea democrática 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. Por esta razón, todas aquellas interpretaciones y aplicaciones de la Constitución de Weimar que pretendan ver en ella un contrato, un compromiso o algo semejante, deben rechazarse solemnemente por vulnerar el espíritu de la Constitución.⁽¹⁴⁾

4.2_. Pluralismo.

Schmitt (2009):

(...) en la realidad de la Alemania de nuestros días aparece todavía otro elemento que guarda relación con el contractual, o que por lo menos manifiesta una tendencia hacia él: nos referimos al elemento pluralista. La evolución de ciertos grupos sociales: partidos políticos, asociaciones de intereses y otras organizaciones, da como resultado que una mayoría de complejos, fuertemente organizados, con burocracias propias y con un sistema completo de organizaciones auxiliares y defensivas, se extienda, rebasando las fronteras de los diversos *länder* sobre todo el Reich, y vayan apoderándose de los resortes de formación de la voluntad política. **Se convierte el Estado así en una estructura pluralista.**⁽¹⁵⁾

4.3_. Estado y Sociedad.

Para Carl Schmitt (2009):

La tendencia de la libertad del siglo XIX era la de limitar en lo posible el Estado a un mínimo, impedirle ante todo intervenciones y ataques a la Economía, y neutralizarlo en absoluto, en lo posible, frente a la Sociedad y a sus pugnas de intereses, para que la Sociedad y la Economía adoptaran en su sector respectivo las necesarias decisiones, según sus principios inmanentes (...) Un Estado neutral que a lo sumo interviene para restaurar las condiciones de la libre competencia cuando éstas han sido perturbadas.⁽¹⁶⁾

(14) Schmitt, C. (2009) "El Defensor de la Constitución." TECNOS Clásicos del Pensamiento. Madrid, España, Pág. 112.

(15) *Ibidem*, Pág. 113.

(16) *Ibidem*. Págs. 139 y 140.

Éste Estado fundamentalmente neutro, en el sentido liberal y abstencionista, con respecto a la Sociedad y a la Economía, siguió siendo también, la premisa de las Constituciones, aunque se admiten excepciones en orden a la política social y a la política cultural. Sin embargo, su criterio fue cambiando radicalmente en la misma medida en que desaparecía la antítesis de aquella estructura dualista de Estado y Sociedad, Gobierno y Nación, y conforme iba perfeccionándose el Estado legislativo.

El Estado se convierte en “Auto-organización de la Sociedad.” Desaparece entonces, como ya se indicó, la consabida distinción entre Estado y Sociedad, Gobierno y Nación, desde el momento en que todos los conceptos e instituciones (ley, presupuesto, autonomía administrativa) construidos sobre dicha premisa, comienzan a plantear nuevos problemas. Pero al mismo tiempo, se opera una transformación más vasta y más profunda.

“Organizar la sociedad misma en Estado, el Estado y la Sociedad deben ser fundamentalmente idénticos, con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y apolíticos-sociales.”⁽¹⁷⁾

La Sociedad convertida en Estado, se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado revisor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el estado resultante de la autoorganización de la Sociedad no pueda ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno, frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de no intervención.

Esta transformación profundísima puede considerarse como eslabón de una evolución dialéctica que se desarrolla en tres estadios: desde el Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII, por mediación del Estado neutro del liberal siglo XIX, hasta el Estado que identifica Estado y Sociedad.

4.4._ Defensa de la Constitución

4.4.1._ Papel del Poder Judicial

4.4.1.1._ Alcance del Papel Atribuido al Tribunal Supremo del Reich.

En opinión de Schmitt, el papel que como defensor de la Constitución había sido reconocido por algunos juristas al Tribunal Supremo del Reich, que se bifurcaba, por un lado, en la aclaratoria del contenido de las normas constitucionales (interpretación) y, por el otro, en la dilucidación de las dudas y diferencias de opinión que pudieran surgir en torno a la constitucionalidad de las leyes del *Reich* (anulación), se traducía en la aplicación de la ley, pero no en la posibilidad de crear Derecho.

Reconoce Schmitt que la idea del Defensor de la Constitución se remonta a la Grecia antigua y al Imperio Romano, en el que existieron instituciones como el Eforato Espartano y el Senado Romano, erigidos a esos fines. El peligro que respecto de aquellas figuras siempre se admitió fue la

(17) *Ibidem*. Pág. 141.

de que pudieran convertirse en árbitros y señores de la Constitución por la discrecionalidad de su proceder, producto del poder a ellos atribuidos que se veía reforzado por tratarse de instancias inamovibles e irresponsables.

Destacaba Schmitt que, en el siglo XIX el respeto al Texto Fundamental y, por ende, su protección, se procuraba, en primera instancia, respecto de las actuaciones del Parlamento. Eran las leyes por éste dictadas las primeras a ser controladas.

En lo que respecta al rol de los tribunales en la defensa de la Constitución, señala Schmitt debían ser excluidos los tribunales ordinarios, a quienes simplemente correspondía el llamado control judicial que consiste en comprobar si las leyes ordinarias estaban de acuerdo, en su contenido, con los preceptos constitucionales, llegando en caso de colisión a negar vigencia a las leyes que no cumplieran ese requisito. Para Schmitt, (2009) “Eso no significa, propiamente, una denegación de validez, sino solo una falta de aplicación de la legalidad ordinaria al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional.”⁽¹⁸⁾

Buena parte de la argumentación de Schmitt gira en un ataque a la Constitución de Weimar por el tratamiento conferido al Tribunal Constitucional y especialmente a quienes reconocían a él como el Defensor de la Carta Magna.

El peso que se dio en su momento en Alemania a los tribunales en lo que respecta a la protección de la Constitución vino de la influencia que tuvo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y con base en la cual, en 1925 el Tribunal Supremo del *Reich* se declaró competente para establecer la concordancia existente, por razón de su contenido, entre las leyes ordinarias y la Constitución del *Reich*. Aquella influencia, se produjo también en la Asamblea de Weimar.

Aquella dualidad de sistemas o realidades se vio alimentada por la influencia que en Europa tuvo la decisión que cien años antes había adoptado la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, que ha sido considerada el principio del control constitucional.

Esa decisión impactó el destino de la temática en Alemania, evidencia de lo cual la constituyó la no menos famosa sentencia del 4 de noviembre de 1925 dictada por el Tribunal Supremo del *Reich*, según la cual, todo tribunal posee no sólo la facultad, sino también la obligación, de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad si se suscitaban dudas a propósito de su interpretación y coexistencia con otras.

Al respecto Schmitt analiza el rol y naturaleza de las decisiones del Poder Judicial americano y, cómo, éste difiere del europeo. Al respecto indica que los tribunales norteamericanos deciden casos puntuales, absteniéndose de adoptar criterios políticos o legislativos.

(18) Íbidem. Pág. 30.

Para Schmitt, la peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de la *Supreme Court* consiste, sin duda, en que, con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como “normas”, y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la equidad y razonabilidad de la ley y, en caso necesario, se declara ésta inaplicable. El Tribunal es apto para ello porque, en realidad aparece frente al Estado como protector de una ordenación social y económica indiscutible por naturaleza.⁽¹⁹⁾

Según Schmitt, la definición de qué es un litigio constitucional no le puede corresponder al Tribunal Constitucional, ya que si así fuera, el defensor se convertiría en un dominador de la Constitución.

En relación con el papel de la Suprema Corte de Justicia norteamericana, el papel por ella asumido en la sentencia *Marbury vs. Madison* no resultaba de extrañar según Schmitt, en tanto se trataba de un sistema en el que la Constitución se consideraba rígida, por lo que era natural se impidiera el acceso al ordenamiento jurídico de normas que violaran los preceptos constitucionales. Por otra parte, en Estados Unidos de América los derechos no son creados por la Constitución o por el legislador, son anteriores al Estado. Para Lombardi (2009):

Incumbe al juez, en primer lugar, restablecer la observancia de los derechos y valores que planean sobre y antes de la Constitución y, por tanto, al poder judicial le cabe, como tal, considerar inoperantes todas las normas que violen esos derechos. Al actuar de este modo, restablece el equilibrio entre persona y poder, entre individuo y Estado. Precisamente por eso, la división de poderes potencia la posición del juez, exactamente al contrario de lo que ocurre en toda la historia de la Europa continental, en la que prevalece el positivismo jurídico frente al principio del *ius naturale*.⁽²⁰⁾

En términos fundamentales, señala Schmitt, puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un defensor de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales político-burgueses, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos.

Por el contrario, señala Schmitt que el derecho de control judicial ejercido por el Tribunal del *Reich* (en la famosa sentencia del 4 de noviembre de 1925), así como analógicamente por otros Tribunales Superiores, tiene una importancia muy moderada si se le compara con el derecho de control del tribunal americano.

La Sentencia de 1925 dictada por el Tribunal del Reich, descansa sobre la idea de que el Juez está sometido a la ley (artículo 102 de la RV), lo que:

(19) Íbidem, Pág. 26.

(20) Lombardi, G. Ob. cit. Págs. XXXIV y XXXV.

No excluye que una ley ordinaria del Reich o alguno de sus preceptos puedan ser estimados como no válidos por el Juez, cuando se hallan en contradicción manifiesta con otras normas precedentes que el juez viene obligado a tener en cuenta. Ello quiere decir que, existen preceptos constitucionales bajo cuya regulación concreta puede subsumirse el caso en litigio, y que esta regulación según el precepto constitucional se antepone, en caso de colisión, a la regulación del mismo hecho por una ley ordinaria. El precepto constitucional sólo puede aducirse para el caso discutido, cuando por razón de su contenido permite una subsunción precisa y concreta en el hecho de que se trata, pues una colisión semejante presupone, como toda colisión genuina, la posible equiparación de los preceptos contrapuestos.⁽²¹⁾

Sólo la subsunción del hecho bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgador niegue aplicación a la ley ordinaria (así se expresa el Tribunal Supremo, puesto que, efectivamente no se trata de negar validez a la ley), o más exactamente: que subsuma el hecho bajo la norma constitucional, en lugar de hacerlo bajo la ley ordinaria, y falle sobre esa base el caso en cuestión.

Como ya indicamos, para Schmitt aquello no significa, propiamente, una denegación de validez, sino solo una falta de aplicación de la legalidad ordinaria al caso concreto, no siendo posible calificar tal proceder como expresión de defensa de la Constitución. Schmitt (2009):

El derecho de control judicial asumido por el Tribunal Supremo tiene, por consiguiente, los caracteres de todo derecho de control judicial ejercido por los Tribunales sentenciadores: es sólo accesorio y únicamente constituye, como manifiesta H. Triepel, una competencia ocasional, que sólo se ejercita de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial, y conforme las posibilidades de cada juez, es decir, en forma difusa.⁽²²⁾

La diferencia que registra el sistema alemán que lo separa del derecho de control ejercido por el poder judicial norteamericano estriba esencialmente en la circunstancia de que este último defiende los principios generales y, por tanto, erige al Tribunal en protector y defensor del orden social y económico existente, en cambio, el Tribunal Supremo del Reich, dadas las limitaciones, ya mencionadas, que restringen su derecho de control, no ocupa ni de lejos una posición semejante a la del norteamericano. **Respecto al control judicial alemán puede decirse que el centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación.**

Sostiene así Schmitt que, **“Ante todo, la Justicia queda sujeta a la Ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley ordinaria, el poder judicial no se convierte en defensor de la Constitución”.**

(21) Íbidem. Pág. 29.

(22) Íbidem. Pág. 35.

4.4.1.2. Decisionismo en el Marco de la Actuación Judicial.

Destacaba Schmitt que “En tiempos pasados a los de la Alemania del siglo XX, los peligros respecto del texto constitucional provenían de las actuaciones del Gobierno, es decir, del “Ejecutivo”, en los años treinta del siglo pasado, derivaban del Poder Legislativo.

Ahora bien, si el peligro para la Constitución amenaza desde la esfera legislativa, es evidente que el legislador no puede prestar ya la defensa deseada. No se buscó el defensor en la esfera del Poder Ejecutivo porque siempre se estaba bajo la impresión de la lucha secular que la Constitución tenía que reñir contra el Gobierno. Ahora bien, señala Schmitt que si el defensor no pertenece a la esfera del Poder Legislativo ni a la del Ejecutivo, no queda ya aparentemente otro recurso que el Judicial.

Para Schmitt, al actuar un juez puede resolver un conflicto entre normas o aclarar el contenido de una norma. En esos casos, se actúa en rol legislativo. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional.

El decisionismo, es esa porción del actuar del juez que depende de su criterio, independientemente de que en ello esté ceñido y aplicando una ley. En lo que respecta al rol de la justicia en la defensa de la Constitución, Schmitt alerta del peligro de su politización.

No es una cuestión jurídica de carácter teórico, sino un problema político de práctica oportunidad, la de establecer hasta qué punto puede encomendarse a instituciones ya existentes o de nueva creación la misión de fijar de modo auténtico el contenido de los preceptos imprecisos e indeterminados que estén incorporados a la Constitución, y la misión de establecer un contrapeso al Poder Legislativo.⁽²³⁾

4.4.1.3. Inamovilidad de los Jueces.

Otro tema que se plantea Schmitt respecto al Poder Judicial es si se requiere de jueces inamovibles, exponiendo en consecuencia, el estamento judicial a una prueba de resistencia política. Para Schmitt (2009):

Si se considera que la misión de un Tribunal de Justicia Constitucional consiste en resolver de modo indiscutible las dudas referentes al contenido de un precepto constitucional, lo que dicho tribunal realiza, como ya hemos manifestado anteriormente, no es ya Justicia, sino una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento. Por esta razón, no es tampoco extraño que, en la realidad concreta, un Tribunal de esta naturaleza tienda siempre a mantener su actuación práctica dentro de los límites de la Justicia, evitando, a toda costa, situarse, en los casos serios de cierta envergadura, frente al legislador ordinario o al Gobierno competente. Y procede de este modo porque si se

(23) Íbidem. Pág. 35.

opusiera a éstos se convertiría a si mismo en legislador o Gobierno, tan pronto como traspasara el marco de la autoprotección meramente defensiva de la Justicia que es independiente, pero sujeta a las leyes. ⁽²⁴⁾

4.4.2_. Derecho Revolucionario en Caso de Necesidad (Ciudadanos como Defensores).

Schmitt admite que cada organismo público y en fin de cuentas, cada ciudadano, podría ser considerado como un eventual defensor de la Carta Magna, circunstancia que en algunas Constituciones se expresa al celo de todos los ciudadanos. **Ahora bien, de ahí solamente resulta un derecho general a la desobediencia y, en último término, a la resistencia pasiva y activa, lo que también se ha denominado “derecho revolucionario en caso de necesidad”.** Esta es la razón de que, en ciertos tratados sistemáticos, el derecho de resistencia aparezca como una extrema garantía de la Constitución, para cuya protección y defensa debe servir.

Sin embargo, la función constitucional del defensor de la Constitución radica precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia. Sólo entonces puede decirse que existe como institución dicho defensor de la Constitución.

Por consiguiente, no podemos decir que sean defensores de la Constitución todas aquellas entidades y personas que eventualmente, mediante la no aplicación de leyes anticonstitucionales o el incumplimiento de mandatos de igual naturaleza, pueden contribuir a que la Constitución se respete y a que no queden vulnerados los derechos protegidos por la Constitución.

“Esta es la razón sistemática que justifica el hecho de que los Tribunales no sean considerados como defensores de la Constitución, aun en el caso de que ejerzan el derecho de control judicial, accesorio y difuso.”⁽²⁵⁾

4.4.3_. El Presidente del Reich como Defensor de la Constitución.

Schmitt dividía al poder del monarca como Jefe de Gobierno y Jefe de Estado. Al primero correspondía según Schmitt el control de la Constitución.

4.4.3.1_. Teoría del Poder Neutral.

Para Schmitt (2009):

Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder

(24) Íbidem. Pág. 91.

(25) Íbidem. Pág. 40.

político más excelso - y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral - y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de

Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, un órgano especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esta causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

El valor práctico de la teoría del Jefe de Estado que ocupe una posición neutral, mediadora, reguladora y tutelar radica, en primer término, en el hecho de que ahora puede contestarse ya a la pregunta de qué significa todavía el Jefe de Estado en un Estado burgués de Derecho - sea monarquía constitucional o democracia constitucional - y cuál es el sentido de sus atribuciones, si la legislación compete absolutamente a las Cámaras y los Ministros nombrados por el Jefe de Estado, dependen por completo de la confianza de los cuerpos legislativos, y el Jefe de Estado está obligado al refrendo de los Ministros. De igual modo Schmitt (2009):

Respecto de la teoría del poder neutral, esta posición reviste particular interés, porque la función peculiar del tercero neutro no consiste en una actividad continua, imperante y reglamentaria, sino fundamentalmente en una actuación mediadora, tutelar y reguladora, que sólo en casos de necesidad se produce activamente, porque no debe competir con los demás poderes realizando una expansión del poder propio, y aun en su ejercicio debe ser, por naturaleza, normalmente serena y cauta. A pesar de ello, existe, y por lo menos resulta indispensable en el sistema del Estado de Derecho con distinción de poderes.⁽²⁷⁾

En relación al Presidente del Reich, elegido por la Nación entera, señala Schmitt que está dotado con atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos, aunque simultáneamente está obligado al refrendo de los Ministros, quienes a su vez, depende de la confianza del Parlamento. Las atribuciones que le están asignadas por la Constitución corresponden típicamente al repertorio del Jefe de Estado.

Se reconoce al Presidente del Reich bajo la Constitución de Weimar, con ayuda de la teoría de un poder neutral, mediador, regulador y tutelar. Aquella neutralidad lo es respecto de las antítesis sociales y económicas.

(26) *Ibidem*. Pág. 265.

(27) *Ibidem*. Pág. 283.

Señala Schmitt que, todo tratado, como algunos ven a la Constitución, así tenga por objeto la paz, debe considerar aunque sea remotamente un escenario de guerra. Esas confrontaciones pueden registrarse entre partidos políticos, burgueses y socialistas, obreros y patronos. Estas fuerzas se compensan entre sí, y el Juez o árbitro cumple un papel mínimo. El representante del Estado es un simple mediador. El Estado luego se convierte no en un ente neutral, sino en un factor adicional que ayuda a una de las partes a obtener la victoria sobre la otra.

Según Schmitt (2009) “El voto del Presidente oficial, es neutral, es decir, no delegado por los intereses de las partes, es el de un “órgano imparcial de la legalidad”, ofreciéndose así una garantía de que la opinión de la mayoría representa una justa compensación de intereses.”⁽²⁸⁾ Se asume que el Presidente del Reich es ajeno a los partidos. La independencia es la premisa fundamental a efectos de asumir el rol de defensor de la Constitución.

Tal independencia la logra el Presidente del Reich al ser electo por el pueblo alemán entero, por siete años y por las trabas a su revocación. Admite, Schmitt que algunos reconocen en el Poder Judicial esa misma independencia basada en la carrera, en su elección vitalicia, que no puede ser depuesto arbitrariamente, y porque se encuentra apartado de la lucha social y económica.

El defensor de la Constitución debe ser ciertamente independiente y políticamente neutral, pero se trastornan los conceptos de judicialidad y jurisdicción como también la garantía institucional de la burocracia profesional alemana, cuando en todos los casos en que por razones prácticas aparece como oportuna o necesaria la independencia y la neutralidad, se pretende implantar una judicialidad y un Tribunal por juristas oficiales de profesión.

Tanto la justicia como la burocracia profesional resultan recargadas de modo insoportable cuando sobre ellas se amontonan obligaciones y resoluciones políticas, para las cuales se solicita una independencia y una neutralidad con respecto a la política de partidos. Pero, además, la institución de semejante defensor de la Constitución sería diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de la democracia.

Schmitt rechaza que exista un cuerpo judicial capaz de ejercer la formulación de preceptos constitucionales.

La independencia de los jueces no tiene, empero, en el Estado actual, la misión de crear un titular para la generación auténtica de la voluntad del Estado, sino la de delimitar y asegurar, dentro de un sistema estatal ordenado, una esfera de la justicia sujeta a la ley. Otras especies de independencia tienen a su vez otras funciones, entre ellas, precisamente la de hacer posible una robusta generación de la voluntad política, superando métodos desintegradores propios de Estado pluralista de partidos.

Se trata de una independencia política con respecto a los partidos, pero no una independencia apolítica.

(28) Íbidem. Pág. 265.

La independencia judicial es solamente el otro aspecto de la sujeción del juez a las leyes, y por esta razón es apolítica. De acuerdo con la Constitución de Weimar, los funcionarios son servidores de la colectividad, no de un partido político. Los diputados son representantes de todo el Pueblo. El Presidente es elegido por todo el Pueblo alemán.⁽²⁹⁾

Schmitt consideraba que el Presidente del Reich se hallaba en el centro de todo un sistema - construido sobre fundamentos plebiscitarios - de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él estaba condicionada la ordenación política del Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultaban y aun llegaban a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo.

“Tanto su estabilidad y permanencia relativa (mandato por siete años, dificultad de su revocación, independencia respecto de las cambiantes mayorías parlamentarias) como también el género de sus atribuciones, hacen del Presidente del Reich a la más depurada expresión de la neutralidad.”⁽³⁰⁾

4.4.3.2_. Política y Derecho.

Con fáciles y cómodas antítesis cabe distinguir Política y Derecho, Política y Economía, Política y Cultura, para entonces ser parte de la falsa idea del siglo XIX liberal de que es posible separar un cierto sector de “Política” de otros sectores concretos como Economía, Religión, Derecho, etc. **La peculiaridad de lo político radica, sin embargo, precisamente, en el hecho de que todo sector imaginable de actividad humana, en potencia, es político, y se convierte efectivamente en político cuando los conflictos y cuestiones decisivos se agolpan en ese sector.** Lo político puede asociarse con cualquier materia, y no hace sino darle un giro nuevo -si se me permite hacer uso de una fórmula usada por Eduardo Spranger- Así resulta una equivocación y un artilugio equívoco, cuando no falaz, indicar con la palabra despolitización que es posible evitar la enojosa responsabilidad y el riesgo de lo político, que cabe eliminarlo por completo. Todo cuanto es de interés público es político en cierto modo, y nada de lo que interesa esencialmente al Estado puede ser despolitizado en serio. El apartamiento de la política es el apartamiento del Estado. Dónde puede terminar éste, dónde haya de arribar el fugitivo, nadie puede preverlo; de todos modos, seguramente el resultado será, o bien la decadencia política u otra clase de política.”⁽³¹⁾

4.4.3.3_. Democracia Plebiscitaria.

“La democracia plebiscitaria. En el caso de las decisiones auténticas, incluso la simple posibilidad de discernir y de comprender correctamente y, con ello, el derecho a opinar y a juzgar reposan únicamente sobre la asociación y la participación existenciales, únicamente sobre una *participatio genuina*. La política auténtica, como la religión, capta al hombre en ‘forma total y existencial’. De ahí la conveniencia de asegurar el contacto con el pueblo.

(29) Íbidem. Pág. 283.

(30) Íbidem. Pág. 285.

(31) Íbidem. Pág. 200 y 201.

Si en un estado legislativo parlamentario (...) se concibe (la ley) únicamente como la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento, en el estado democrático, en cambio, lo es de la voluntad momentánea de la mayoría popular del momento. El resultado momentáneo del plebiscito del momento tiene un grado superior de momentaneidad que la voluntad momentánea de una asamblea que permanece estable durante un tiempo prolongado.

El parlamento no es elegido a cada instante y su momentaneidad sólo existe dentro del marco de una abolición de largo alcance de la momentaneidad, esto es, en el marco de un período electoral de varios años. El protagonismo del pueblo incrementa aun más el funcionalismo de la ley -que hace abstracción de toda cualidad de contenido- y lo lleva hasta sus últimas consecuencias porque él es al final el único garante de la justicia.”⁽³²⁾

4.4.3.4.- Estado Total.

Señalaba Schmitt que el estado debe hacerse más fuerte a medida que las contradicciones se hacen más fuertes, pero las contradicciones se hacen más fuertes precisamente porque el estado se está volviendo cada vez, más débil.

La intensificación de los conflictos exige más protagonismo del estado, mayor fuerza y legitimación, una asistencia constante por su parte.

En 1927 Schmitt creía que el estado tenía todavía el monopolio de la política, de la hostilidad: es decir, que sólo son enemigos los estados y que no hay enemigos dentro del estado. Los conceptos clásicos del derecho público de los países europeos se elaboraron sobre este presupuesto implícito y por ello presuponen el estado como “*modelo de unidad política*.” Conceptos clásicos porque establecían distinciones claras ya que partían de que los estados tenían el monopolio exclusivo de la decisión política y, por tanto, sólo ellos eran sujetos políticos y, en consecuencia, enemigos legítimos.

A partir de 1927, Schmitt piensa que el estado ha entrado en una situación crítica y no conserva ya, ni mucho menos, el monopolio de lo político. La hostilidad le sobrepasa y gangrena su estructura. No es ya capaz de concentrar lo político por lo que la guerra (y la hostilidad que la anima) deja de tener carácter estatal, formal, agonal, para volverse material, civil, con independencia de que su escenario de desarrollo sea nacional o internacional. El Estado hoy no puede ya determinar la política, es la política la que debe determinar al Estado. Así resume Schmitt en un párrafo capital de su panfleto sobre el Estado nacional socialista, “Estado, Movimiento y Pueblo”, el resultado final del alzamiento que había liderado Adolfo Hitler. El estado ha perdido el monopolio de lo político tal como fue considerado en los siglos XVII y XVIII; es ya sólo una parte de la unidad política y una parte, además, dependiente de la organización que carga con el Estado. El partido es el que guía políticamente y sustenta, en tanto que organización del movimiento, tanto el aparato del Estado, como el orden social y económico y el conjunto de la unidad política.

(32) Íbidem. Pág. LXXII.

El 30 de enero de 1927, afirma Schmitt, murió verdaderamente Hegel; es decir, murió el Estado hegeliano, la teoría del Estado como imperio de la razón objetiva, en el que el funcionario erudito, como decía Otto Mayer, que cumple todas las tareas decisivas, no es un instrumento sino un poder autónomo dentro del Estado. De ahí la importancia de que la ocupación nocional socialista del poder se hubiese hecho respetando la ley; por esa razón burocrática, el funcionario alto y bajo, ya que la ley no era otra cosa ya que la disciplina de funcionamiento de la máquina burocrática, se pasó a Hitler.

En este sentido, Schmitt (2009):

El pueblo no responde a todo lo que se le pregunta. Solo se hace pueblo y unidad si se le pregunta lo que toca, lo que corresponde, sépalo o no responder, hágalo en sentido positivo o negativo. Sería así representante el que hace la pregunta correcta, y pueblo el que se siente aludido, llamado por la pregunta y, por ello, responde.⁽³³⁾

La creencia de que todo el poder emana del pueblo recibe un significado análogo al de la creencia que todo poder de la autoridad procede de Dios. La teoría schmittiana de la “representación” envolvía de facto un espaldarazo a la autonomía del estado. Un alejamiento tácito del integrismo eclesástico. Pero sólo indirectamente.

4.4.3.5_. Teoría Política del Mito.

¿De dónde van a sacar los Estados, la fuerza necesaria para que sus normas penetren la vida, el espíritu y las costumbres del pueblo tal como la auténtica representación requiere? La fantasía, el corazón, la sensibilidad (si las leyes no quieren fracasar) tienen que recibir su parte, no pueden quedar vacíos.

Un Estado puramente racional, técnico, neutral, es una especie de máquina y acaba siendo repudiado por el pueblo. Los revolucionarios franceses advirtieron el problema y por ello crearon una religión pública. Una religión privada no lo resolvía porque ésta (como la fe fetichista, decía Hegel) es incapaz de interesar de verdad al corazón del hombre. Por su parte Schmitt, con la mirada puesta en esa misma cuestión, en 1922, al mismo tiempo que su escrito sobre el catolicismo, publicó otro sobre “*La Teoría Política del Mito.*”

Se buscaba a una Alemania, libre de toda intervención pontificia, para ensayar soluciones propias, autóctonas y, por tanto, independientes. El Estado, no cabe duda, no es la iglesia. La representación que produce, no se confunde, por ello, con el juego saltarín que reconduce a un principio unitario mediante una forma no totalmente racionalizable de las contradicciones que laceran la sociedad para darles una dirección normativa.

No hay derecho puro al margen de la política, y menos cuando en la Constitución se albergan preceptos de contenido ambiguo como los que hacen referencia a los derechos y libertades recogidos en la parte segunda del texto de Weimar.

(33) Schmitt, C (2009). Ob.cit. Pág. LXXIX.

En resumen, para Schmitt cuando se aspira a actuar con libertad de arbitrio para determinar el contenido existencial de la Constitución y defender su esencia ante una amenaza cierta, ante un peligro también existencial, se impone decidir previamente quién debe ser esa institución llamada a actuar como defensor de la Constitución. Y Schmitt propone incuestionablemente, que en el caso de la República de Weimar, lo sea el Jefe del Estado, es decir, el Presidente del *Reich*.

El sufragio popular en que fundamenta su nombramiento, y así como la independencia de los partidos que deriva del carácter directo de su elección, la competencia para asumir poderes excepcionales en momentos excepcionales que le atribuye el artículo 48 de la Constitución, y el hecho de vincular la idea de equilibrio al llamado *pouvoir neutre*, basta a Carl Schmitt para asegurar que el Jefe del Estado llegue a ejercer la función de garante de la Constitución cuando se trata de decidir, esto es, cuando su decisión entraña optar con libertad de arbitrio entre dos posibilidades existenciales diferentes.”⁽³⁴⁾

El Presidente del *Reich*, con arreglo a la jurisprudencia mayoritaria, estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Puede dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y otros organismos extraordinarios.

En otras palabras, “éste es un dictador soberano, reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas lo que no puede hacer el legislador ordinario del estado legislativo parlamentario mientras respete la diferenciación de poderes que es esencial al estado legislativo con su separación entre ley y aplicación de la misma.”⁽³⁵⁾

4.4.3.6_. Referencia a la Tesis Sostenida por Hans Kelsen. Reseña de la Obra “¿Quién Defiende a la Constitución?”

La obra de Kelsen ¿Quién Defiende a la Constitución? ha sido considerada una respuesta a la tesis desarrollada por Schmitt en El Defensor de la Constitución. De allí que después de haber descrito exhaustivamente a esta última, se referirá ahora, al pensamiento de Kelsen, a ella circunscrito. Según Kelsen, Schmitt sostenía que la actividad legislativa era creadora de derecho, en tanto que la jurisprudencia, únicamente aplicaba el derecho.

Según Kelsen, nadie podía ser Juez de su propia causa, de allí que el control de la Constitución debía ejercerlo un tribunal independiente de las otras funciones del Estado (Gobierno y Parlamento).

Kelsen criticó a Schmitt cuando éste sostenía que el Parlamento era el único creador de Derecho, en tanto para Kelsen, un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, en tanto que el Tribunal constitucional anula normas.

(34) Lombardi, G. Ob. cit., Pág. XLII.

(35) Schmitt, C. Ob. cit. Pág. LXXIII.

Kelsen reconocía al Tribunal Constitucional y a las demás ramas del Poder Público como protectoras de la Constitución, sólo que con diferencias cuantitativas.

Kelsen sostenía que era falsa la afirmación hecha por Schmitt de que la política era función del legislador, a través de la cual sometía a los hombres a su voluntad y que al ejercer el poder constreñía a los hombres a buscar sus intereses dentro de los límites establecidos por sus normas, decidiendo así acerca de los conflictos de interés existentes, en tanto que el Juez, no como instrumento de ese poder, sino como sujeto del mismo, aplicaba el orden creado por el Legislador.

Al respecto Kelsen señalaba que Schmitt olvidaba en su análisis a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Para Hans Kelsen, si se mira a la política como poder de decisión en orden a la resolución de los conflictos de interés -para hablar con la terminología de Schmitt- entonces la política estaba presente en cada sentencia, en mayor o menor medida.

Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y con ello, un poder que da a la función judicial el carácter "político" que tiene la legislación, aunque en una medida mayor. Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa.⁽³⁶⁾

Hans Kelsen considera, que Schmitt pareciera sostener que los tribunales ordinarios sólo resuelven casos concretos, aplicando normas cuyo contenido no demanda interpretación ni encierra dudas. Kelsen (2009) señala:

Puede dudarse acerca de si es oportuno transferir a un tribunal independiente la determinación del contenido de una ley constitucional dudosa y se puede preferir, por alguna razón, poner esa función en manos del Gobierno y del Presidente, pero es impensable afirmar que la función de un Tribunal Constitucional no sea justicia, cuando la norma a aplicar tiene un contenido dudoso y que, por ende, su sentencia es la determinación de ese contenido. Es imposible afirmar que la índole dudosa del contenido de la norma en una ley constitucional es algo distinto de la que es una ley que no tiene carácter de ley constitucional.

Según Kelsen, la Constitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las futuras leyes, por ejemplo, mediante la exposición de pautas, principios, etc. Pero dada que una jurisdicción constitucional en relación con leyes sólo es posible cuando las normas constitucionales materiales son presentadas también bajo la específica forma constitucional, es decir, como leyes

(36) Kelsen, H. (2009) "¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?" Tecnos. Segunda Edición, ITAM. Biblioteca Raúl Bailerbes Jr., Madrid, España. Pág. 19.

calificadas –pues de otro modo cada ley material constitucional sería derogada o modificada por una simple ley, que esté en contradicción con aquéllas, y así no sería posible en absoluto una ley constitucional– la evolución de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal constitucional, implica una respuesta a la cuestión de si la ley ha sido dictada de acuerdo con la Constitución.

Carl Schmitt afirmaba, que la decisión del Juez se deriva en cuanto al contenido, de otra decisión definida y mensurable, que se halla ya contenida en la ley. El Juez entonces, no crea derecho, sino que encuentra en el Derecho la solución ya creada.

Una ley no es una sentencia, ni una sentencia es una ley. En toda decisión, señala Schmitt, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma.

Precisamente de este punto de vista se sigue que entre ley y sentencia no hay diferencia cuantitativa, que ésta lo mismo que aquélla, son generadoras de Derecho, y no en último término, dado que el elemento de la “decisión” de ninguna manera está limitado a la función de legislar, sino que también y de manera necesaria – está incluido en la función judicial, ésta como aquélla deben tener un carácter político.

Frente a la amenaza de la politización de la justicia efectuada por Schmitt, Kelsen sostiene que “La discrecionalidad a que dan lugar las leyes, son las que dan poder a los tribunales y con ello el carácter político de su función. Debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Entonces las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los Derechos Fundamentales y otras semejantes, no deben ser formuladas en términos difusos, como libertad, igualdad, justicia, etc.

De lo contrario existe el peligro de un desplazamiento del Poder del Parlamento no previsto en la Constitución y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él:

Puede dudarse acerca de si es oportuno transferir a un tribunal independiente la determinación del contenido de una ley constitucional dudosa y se puede preferir, por alguna razón, poner esa función en manos del Gobierno y del Presidente, pero es impensable afirmar que la función de un Tribunal Constitucional no sea justicia, cuando la norma a aplicar tiene un contenido dudoso y que, por ende, su sentencia es la determinación de ese contenido. Es imposible afirmar que la índole dudosa del contenido de la norma en una ley constitucional es algo distinto de la que es una ley que no tiene carácter de ley constitucional.⁽³⁷⁾

(37) Kelsen, H. (2009) “¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?” Tecnos, Segunda Edición, ITAM. Biblioteca Raúl Bailleres Jr., Madrid, España. Pág. 19.

Hans Kelsen considera que, desde el punto de vista teórico, un tribunal constitucional y un tribunal ordinario, aplican Derecho y también generan Derecho. Estos producen sólo normas individuales, en tanto que aquellos aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y anulando leyes, no generan, sino que destruyen una norma general.

Pero cuando un Tribunal aplica el control difuso, también elimina la norma, sólo que para un caso específico.

Una sentencia sobre la constitucionalidad de una ley orienta al Derecho hacia una dirección determinada. Justamente, aquí cobra especial significado, *que la voluntad política del Estado*, plasmada en la sentencia del Tribunal Constitucional, proceda de tal manera, que lleve a expresar los intereses opuestos.

Para Kelsen, Schmitt desconoce el verdadero sentido de la así llamada “forma judicial” y su utilidad para el procedimiento ante una autoridad que desempeña el papel de “defensor de la Constitución.” El hecho de que lo mismo que en una determinada figura jurídica - también en la sentencia de un Tribunal, y en especial en la de un defensor de la Constitución, participan intereses opuestos, de manera que toda decisión se toma acerca de la oposición de intereses; es decir, a favor de uno u otro, o en el sentido de una mediación entre ambos.⁽³⁸⁾

Hans Kelsen consideraba que, dado que precisamente en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno son partes en causa, se aconseja llamar para decidir sobre la controversia a un tercero que esté fuera de esa oposición y que bajo ningún aspecto sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre el Gobierno (Jefe de Estado) y el Parlamento. La ventaja de un Tribunal Constitucional es que desde el principio no toma parte en el ejercicio del Poder ni entra necesariamente en oposición con el Parlamento ni con el Gobierno.

En relación a la afirmación efectuada en el Preámbulo de la Constitución de Weimar, utilizada también por Schmitt como fundamento de su tesis, según la cual el Texto Fundamental es expresión de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, mediante un acto unilateral, Kelsen señala que en realidad, la Constitución de Weimar es decisión de un Parlamento, cuya identidad con el pueblo alemán unido, sólo puede ser afirmada en el horizonte de la ficción de la representación.

En cuanto a lo sostenido por Schmitt de que el Presidente del Reich es el Defensor de la Constitución, porque él, “elegido por el pueblo alemán entero, está llamado a hacer de contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, teniendo la posibilidad, mediante la convocatoria del plebiscito, de enlazarse de modo directo con la voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la Constitución, Kelsen lo califica de “sin sentido.” Considera que si algo es ficticio es la “Unidad del Pueblo.” Si bien el Jefe de Estado debe procurar la

(38) Íbidem. Pág. 42.

unidad de la población - Unidad Política - Efectiva Solidaridad de intereses, no es menos cierto que, está igualmente presionado por los partidos políticos y las clases sociales.

Según Kelsen, el resultado de un plebiscito no puede equipararse a la “voluntad general del pueblo.”

Kelsen consideraba que la elección de un Jefe de Estado inevitablemente tiene lugar bajo la presión de los partidos políticos, es un método democrático, pero no garantiza especialmente su independencia. Deducir de allí que, el Jefe de Estado “es elegido por el pueblo,” es decir en realidad, elegido por la mayoría. No existe en realidad voluntad general. La elección del Presidente no garantiza que en el ejercicio de sus funciones se equilibren los intereses antagónicos. Sostener lo contrario como lo hace Schmitt, es cerrar los ojos frente a la realidad.

Tampoco se puede sobrevalorar en su eficacia los medios convencionales dirigidos a garantizar la independencia del Jefe de Estado (Duración del cargo, dificultades para removerlo, etc.).

Alerta Kelsen que, ¿Si los Jueces son designados por el Jefe de Estado, ello acaso no es una expresión de poder político?

En opinión de Kelsen, Schmitt no logra demostrar que el Jefe de Estado pueda ser más objetivo que un Tribunal.

Kelsen por ello considera necesario estatuir un poder neutral, específico, junto a los demás poderes y enlazarlo y equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

El control lo ejerce según Kelsen el Jefe de Estado cuando se niega a promulgar una ley, “cuando con ayuda de la fuerza armada obliga a un territorio a cumplir la ley, el Presidente del Reich actúa como simple ejecutor de un defensor de la Constitución, pero no es el único defensor.

Para Kelsen, las competencias atribuidas al Jefe de Estado con base en las cuales Schmitt lo cataloga de Defensor de la Constitución, más bien lo catalogan como un “Ejecutor de la Constitución.” Pero ese mismo papel lo juegan las demás ramas del Poder Público.

Para Schmitt, la atribución del rol de defensor de la Constitución a un Tribunal Constitucional es anti-democrática. Kelsen al respecto se pregunta la razón de esa afirmación y señala que “El carácter antidemocrático de un Tribunal Constitucional, lo mismo que el del Jefe del Estado, no puede depender sino sólo del modo de su designación y de su situación jurídica. No hay obstáculo alguno de hacerlo democrático mediante la elección de sus miembros por el voto popular.”

Schmitt, según Kelsen, no se plantea que el Jefe de Estado sea quien pueda violar la Constitución. Únicamente concibe al Jefe del Estado como contrapeso al Parlamento.

La Constitución es una situación, la situación de unidad del pueblo alemán. En qué consiste esa unidad del pueblo alemán que tiene carácter material y no meramente formal, no se especifica con mayor precisión. Puede no ser otra cosa que una situación deseada bajo una determinada perspectiva política. En lugar del concepto “*ius positivista*” en el que unidad es un ideal “*ius positivista*.”

Vista las posturas de ambos juristas y admitiendo, por una parte, los efectos que en sus tesis tiene el tiempo y las distancias geográficas y, por la otra, que en ejercicio del poder es una constante la tendencia al abuso, se mantiene viva la inquietud por ambos expresada de la necesidad de un Defensor de la Constitución.

De una primera valoración que pueda hacerse de las tesis expuestas por Schmitt y Kelsen, nos atrevemos a señalar que ambas se caracterizan por el extremismo y en ello pierden fuerza, sin que dejen de traducirse en importantes aportes. Una, la de Schmitt, parte de una independencia, neutralidad y legitimidad del Presidente del *Reich*, adquirida por el voto de “todo el pueblo,” que además se mantiene inquebrantable durante todo el periodo presidencial y cuyas actuaciones trascendentales se relegitiman a través del plebiscito.

Se asume así que el Presidente del *Reich* no está expuesto a los grupos de presión, ni es capaz de incurrir en violaciones de la Constitución. A la par que Schmitt da fuerza a la consulta plebiscitaria, desmerita a la población, a quien llega a calificar como borregos que simplemente siguen la línea mesiánica y mítica del líder carismático. Tamaña contradicción, atenta contra la supuesta relegitimación de ciertas decisiones políticas promovidas por el Presidente del *Reich*.

Acierta a nuestro parecer Schmitt al considerar que toda actuación de poder es política, sólo que pareciera no reconocer en su justa medida los límites que impone el Derecho en ese ejercicio. El decisionismo, está ciertamente involucrado en toda actuación del Estado, cualquiera sea la rama del Poder Público que intervenga, pero en su ejercicio debe tenerse al Derecho como límite.

La postura de Schmitt es así tan extrema e ingenua o acomodaticia, como lo es la “*Teoría Pura del Derecho*” de Kelsen, para quien la norma sólo tiene contenido jurídico y en ella no hay presencia de política. La creación de la norma es política, su interpretación es política y su aplicación también lo es. En cualquier caso, no se trata de que la política opere libremente, debe traducirse en decisiones dentro de lo que permite el derecho, pero en ello siempre habrá una decisión. Que un Tribunal Constitucional pueda estar exento de la tentación de dejarse llevar por la política, representa también una ficción. La elección de los jueces y su continuidad en los cargos, en la práctica, se encuentran generalmente atadas a decisiones políticas.

En definitiva, se trata de un tema que no puede ser abordado en función de posturas extremas, por cuanto como más adelante se verá, no puede ser uno sólo el Defensor de la Constitución, al todos ser potenciales victimarios de la misma.

5_. Mecanismos de Defensa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Vinculación con las Posturas de Schmitt y Kelsen.

5.1_. Del Título VIII. “De la Protección de esta Constitución.”

La Constitución de 1999, bajo el Título VIII, “*De la Protección de esta Constitución,*” contempla cuatro normas de especial relevancia a los efectos de encontrar respuesta a la pregunta de cuáles son los mecanismos a través de los que puede procurarse su vigencia y respeto. Es de observar, sin embargo, que la definición del alcance y, por ende, la plena aplicación de la Carta Magna implica tener en cuenta adicionalmente al resto de los artículos que la componen, en los que además encontramos mecanismos adicionales para su defensa.

Es así como, antes de abordar el referido Título constitucional, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 7 de la Carta Magna, según el cual, ésta es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico venezolano, al cual se encuentran sujetas todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público.

De igual manera es importante a los efectos del presente análisis, lo dispuesto en el artículo 137, según el cual, “Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetar las actividades que realicen.”

Es así como el reconocimiento del Estado venezolano como uno democrático y social de Derecho y Justicia (Art. 2), constituye la letra del Texto Fundamental el norte de su defensa.

En ese contexto, procederemos en primer lugar a analizar las disposiciones contenidas en el Título VIII, “De la Protección de esta Constitución.”

5.2_. Artículo 333. Preservación de la Vigencia del Texto Constitucional.

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.” (Subrayado nuestro).

Frente a la amenaza que siempre se cierne sobre un texto constitucional de que alguien pretenda desconocerle su vigencia, sea por un acto de fuerza o porque pretenda derogársele por mecanismos distintos a los en ella previstos, la propia Carta Magna desconoce validez a tales iniciativas, convirtiéndose así, ella misma en garante de su defensa.

Esta norma atribuye además la misión de proteger a la Constitución a la población en general, trátase de personas que se encuentren en ejercicio de una función pública o de simples ciudadanos.

Es de observar que la referida norma atribuye ese rol únicamente a los ciudadanos, término este que nos obliga a adentrarnos en su alcance. La ciudadanía se encuentra regulada en la CRBV entre sus artículos 39 al 42. El artículo 39 circunscribe el ejercicio de la ciudadanía a “Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución.” Son ciudadanos así: a) los venezolanos por nacimiento o por naturalización; b) Que no se encuentren inhabilitados políticamente ni sometidos a interdicción civil; c) Que sean mayores de edad.⁽³⁹⁾

La ciudadanía supone la titularidad y ejercicio de derechos y deberes políticos. Si bien el elegir y el ser elegidos resulta lógico se condicione a la ciudadanía, pero el deber de proteger a la Carta Magna no debería agotarse en ella. Entra aquí la discusión que se planteó, en el pasado reciente, respecto a la participación de menores de edad en la lucha por el restablecimiento del sistema democrático venezolano amenazado por las actuaciones del Poder Público Nacional en actual ejercicio de funciones, asunto este al que volveremos más adelante.

Una cosa es ser persona, otra, ser venezolano y una muy distinta, el ser ciudadano. En ese contexto, conforme al artículo 131 de la CRBV, toda **persona** tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público. Sean **venezolanos o extranjeros**, el que opere en territorio nacional debe acatar el ordenamiento jurídico nacional.

El Texto Constitucional venezolano emplea en algunas normas los términos **personas, ciudadanos, pueblo y sociedad**, todo lo cual complica la delimitación del ámbito humano-jurídico de a quién corresponde la defensa de la Carta Magna, en tanto no se trata de sinónimos.

El artículo 62 de la CRBV es clara expresión de lo antes señalado, con el agravante de que en el mismo se utilizan aquellos términos como si se trataran de lo mismo. Señala así dicha norma:

Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica. (Subrayado nuestro).

El artículo 70 de la CRBV señala por su parte que “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía, en lo

(39) Art. 39: mayores de 18 años en cuanto al ejercicio de los derechos políticos de elegir y ser elegidos.

político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación de mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto, y la asamblea de ciudadanos. Por su parte, el artículo 71 constitucional circunscribe el caso del referendo a los electores, en tanto que el artículo 62, como vimos, delimita el derecho al sufragio activo y pasivo a los ciudadanos.

Por otra parte, la CRBV alude a la noción “Pueblo,” por ejemplo, en su artículo 5 en el que señala que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo. Si el ejercicio de la soberanía se concreta indirectamente a través del sufragio, pero directamente en la forma prevista en la ley, puede sostenerse que constitucionalmente no necesariamente el pueblo está conformado sólo por “ciudadanos.”

En lo que respecta a los fines del Estado y a los derechos sociales, las normas que los regulan están dirigidas en función de la persona, que es, a quien se reconoce, como titular de los derechos humanos.

En todo caso y, en aquel contexto, de aplicar literalmente al artículo 333 constitucional, correspondería a los ciudadanos la defensa de la Carta Magna. No se especifican, sin embargo, los medios a través de los cuales puede procurarse la recuperación de la vigencia del Texto Fundamental.

Se trata acaso de un deber formal, que sólo puede implementarse a través de recursos judiciales o, es posible que ese deber se concrete por otros medios.

Dentro de la primera opción, resulta lógico pensar en el llamado control difuso y concentrado de la constitucionalidad, al que se refirieron en su momento Schmitt y Kelsen, a pesar de que para el primero, como vimos, no eran manifestaciones de defensa de la Constitución. En nuestra opinión, ambos deben considerarse como mecanismos de defensa del Texto Fundamental.

Al respecto el artículo 25 de la CRBV dispone que:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrirán en responsabilidad penal, civil y administrativa, según el caso, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores. (Subrayado nuestro).

Aquella norma, clara expresión del llamado control difuso va dirigida a los funcionarios públicos, es decir, a ciudadanos investidos de autoridad, habiéndose suscitado polémica en el caso venezolano si se circunscribe únicamente a los jueces o si también comprende al resto de los funcionarios públicos.

En lo que respecta a los ciudadanos que no están investidos de autoridad, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 26 de la CRBV, según:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. (Subrayado nuestro).

Es más:

“(…) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 26 de la Constitución, es también base constitucional de la jurisdicción constitucional, pues ésta no se limita a esa función objetiva de preservación de la supremacía constitucional, sino que, además, está llamada al restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por los actos del poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. De allí precisamente que a las pretensiones de nulidad de tales actos o de condena a actuación frente a las omisiones legislativas, puedan acumularse pretensiones subjetivas restablecedoras.”⁽⁴⁰⁾

Por su parte, el artículo 27 de la CRBV dispone que “**Artículo 27.-** Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.” (Subrayado nuestro).

Todas estas normas constituyen a nuestro parecer manifestaciones de mecanismos de defensa del Texto Constitucional en el que interactúan los ciudadanos, las personas, los jueces y en opinión de un sector de la doctrina patria, los funcionarios públicos en general.

El artículo 333 constitucional alude como hecho desencadenante de su aplicación a la derogatoria de la Carta Magna por medios distintos a los en ella previstos. Al respecto debe tenerse presente al Título IX De la Reforma Constitucional, en el que se reconocen a la enmienda (Arts. 340-341), la reforma (Art. 342 al 346) y a la Asamblea Nacional Constituyente (Arts. 347 a 350) como las modalidades bajo las cuales es posible alterar o cambiar el articulado del texto Fundamental. Cualquier mecanismo distinto a éstos o cualquier intento por implementarlos en términos diferentes a los regulados en ese Título, conducen a otra norma fundamental en la defensa de la Constitución, la prevista en el artículo 350, disposición esta, a la que más adelante nos referiremos.

En relación a esos mecanismos, la CRBV reconoce la posibilidad de accionarlos a un 15% de los electores inscritos en los Registros Civil y Electoral.

5.3._ Artículos 334, 335 y 336. Papel del Poder Judicial en la Preservación de la Integridad del Texto Constitucional.

Para Canova (2012) la Justicia Constitucional comprende:

(40) Urosa, D. (2015) “*Fundamentos Constitucionales del Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela. Vinculos y Diferencias Entre la Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa.*” En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas, Venezuela. Pág. 327.

Toda la actividad jurisdiccional de defensa de las normas y principios constitucionales frente a las leyes o actos de similar jerarquía o frente a cualquier otro acto, hecho u omisión proveniente de entes públicos o personas privadas, sea desempeñada por cualquier tribunal, especial u ordinario...⁽⁴¹⁾

Concepto que abarca todos los medios procesales mediante los cuales se controla jurisdiccionalmente la adecuación de los actos de los Poderes Públicos a la Constitución, vale decir, el control concentrado de los actos de omisión legislativa, el amparo constitucional, las demandas de protección de intereses y derechos supraindividuales, la demanda de habeas data, entre otros, y por tanto mucho más amplio que el de jurisdicción constitucional, el cual corresponde a un criterio orgánico, especialmente referido al órgano jurisdiccional al que compete el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, que en Venezuela sería la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según el artículo 334 de la Constitución⁽⁴²⁾

Más próximo a la visión de Kelsen en cuanto a quien es el Defensor de la Constitución, se encuentra el artículo 334 constitucional, según el cual:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa o inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella. (Subrayado nuestro).

Esta norma reconoce la competencia que tienen todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución, a la vez que se reitera la supremacía de la Carta Magna frente a cualquier otra ley y como competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la declaratoria de nulidad de leyes u otro tipo de acto emanado del Poder Público. En esta materia específica pareciera existir un control concentrado de la constitucionalidad que, sin embargo, es acompañado de un control difuso ejercido por el resto de los tribunales que se traduce en la desaplicación de la norma a un caso concreto, pero no en su anulación.

En desarrollo de aquel rol establece el artículo 335 de la CRBV que:

(41) Canova, A. (2012) "El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional." Ediciones Paredes. Caracas. Pág 26.

(42) Urosa, D. Ob. cit., Pág. 325.

El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. (Subrayado nuestro).

Otra expresión de la defensa de la Constitución, más allá de la declaratoria de nulidad de actos del Poder Público que vayan en contra de su letra es el rol que como su último intérprete se atribuye a la Sala Constitucional. Sus actuaciones son vinculantes para el resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Mas en concreto, el artículo 336 de la CRBV atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia las siguientes competencias:

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.

2. (...)

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

5. (...)

6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

7. (...)

8. (...)

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. (...)

11. Las demás que establezca esta Constitución y la ley.

El artículo 336 *eiusdem* enumera las competencias de esa Sala Constitucional, especialmente aquellas relativas al control concentrado de los actos de rango legal de los órganos del Poder Público, el control previo de la conformidad constitucional de los tratados internacionales a ser suscritos por la República, el control de las omisiones legislativas u omisiones de cumplimiento de obligaciones de rango constitucional de los órganos del Poder Público, demandas de colisión de leyes, controversias constitucionales y recurso de revisión de sentencias.”⁽⁴³⁾

(43) Urosa, D. Ob. cit., Pág. 326.

Igualmente, señala Urosa (2015):

Como enseña Brewer-Carías, que antes de la Constitución de 1999 no existiera una jurisdicción constitucional exclusiva y excluyentemente ejercida por un determinado Tribunal especializado como lo es la Sala Constitucional, no quiere decir que no existiese justicia constitucional, la cual correspondía a todos los jueces de la República mediante el control difuso y la acción de amparo constitucional y especialmente como competencia de la Sala Plena de la entonces Corte Suprema, la cual ejerció el control concentrado de los actos de rango legal desde 1858.”⁽⁴⁴⁾

La significación del papel atribuido a la Sala Constitucional en la Defensa del texto Fundamental y su alineación con la visión kelseniana de la materia se pone en evidencia la Sala Constitucional con la Sentencia N° 952/2003. Caso: Margarita Farías, según la cual:

En tal sentido, resulta necesario destacar que en los sistemas Kelsenianos de Justicia Constitucional, del cual esta Sala forma parte, siempre han partido de la premisa de que su ejercicio se asemeja a lo que la doctrina ha denominado “legislador negativo” (KELSEN), debido a que ejerce la función de eliminar del ordenamiento jurídico, normas que sean contrarias al dispositivo constitucional. Sin embargo, y así ha sido su desarrollo en el derecho comparado, esta actividad no se agota con su exclusión, sino que se han suscitado situaciones en que el texto del articulado genere confusiones que si bien pueden tener un halo de inconstitucionalidad, no llega a ser una evidencia tal, que pueda afirmar la necesidad de su anulación. Esto ha conllevado a que la jurisdicción constitucional vaya más allá de ejercer sus funciones como ‘legislador negativo’, teniendo que dar una interpretación normativa a los fines de esclarecer, delimitar o delinear el sentido de un determinado artículo con respecto a la Constitución [...]Estas posiciones han conllevado a que Tribunales Constitucionales tales como el alemán, primeramente, y luego el italiano y el español, tuvieran que desarrollar una modalidad de análisis de leyes para aquellos casos en que se evidencien normas cuya inconstitucionalidad no sea evidente, pero que requieren adaptaciones con el objeto de adecuarlas al orden constitucional vigente. Esto dio origen a la elaboración de sentencias que han recibido el calificativo de interpretativas.⁽⁴⁵⁾

A ese respecto nos referiremos puntualmente a algunas de las atribuciones del resto de los órganos del Poder Público en las que se manifiestan roles protectores al texto constitucional, al ya habernos referido a las atribuidas al Poder Judicial.

(44) Íbidem, pág. 327.

(45) Abache, S. (2015) “Sobre Falacias Judicial Constitucional y Derecho Tributario.” Librería Alvaronora. Caracas, Venezuela. Pág. 208.

Ha reconocido así la Sala Constitucional la posibilidad que tiene de dictar normas, tal como ocurrió en el caso del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta en 2007, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, para regular un nuevo procedimiento judicial⁽⁴⁶⁾ y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.⁽⁴⁷⁾

6._ Implicaciones del Principio de Separación de Poderes.

Ha sido tradición republicana en Venezuela la adopción del Principio de Separación de Poderes. En la CRBV el artículo 136 dispone que el Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Más allá de la colaboración que entre los poderes ha de registrarse, también existe entre ellos una serie de mecanismos dirigidos a su control. La efectividad en el funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos propios de la separación de poderes, representa otra manifestación de protección a la Constitución, especialmente en lo atinente a las atribuciones de los órganos que ejerce el Poder Público (Art. 137 CRBV).

6.1._ Papel del Presidente de la República en la Defensa de la Constitución.

El Presidente de la República es el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional. Está obligado a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República.

Entre las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, el artículo 236 de la CRBV dispone las siguientes:

- Cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley.
- Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.
- Declarar los estados de excepción en los casos previstos en la Constitución.
- Convocar referendos en los casos previstos en la Constitución.
- Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.

Entre las atribuciones del Presidente de la República destacan a la luz de las tesis desarrolladas por Schmitt y Kelsen la de hacer cumplir la Constitución. En ejercicio de esa atribución, de manera similar a como lo contemplaba el artículo 48 de la Constitución de Weimar, la CRBV faculta al Presidente de la República a declarar estados de excepción.

A su vez, corresponde al Presidente de la República la convocatoria a Referendo. A través del referendo pueden ser revocados funcionarios elegidos por el voto popular, algunas leyes, tanto para su aprobación como para su abrogación, expresiones todas ellas de la postura exaltada por Schmitt de la pertinencia de relegitar las actuaciones del Presidente en determinadas circunstancias.

De acuerdo con el artículo 337 de la CRBV:

El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican como tales expresamente las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones, de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se dispone para hacer frente a tales

(46) Sentencia N° 0007 del 1 de Febrero de 2000 (Caso: José A. Mejía y otros).

(47) Sentencia N° 1645 del 19 de Agosto de 2004 (Caso: Gregorio Pérez Vargas).

hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incommunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y demás derechos humanos intangibles.

Si bien la anterior es una muestra del importante papel que puede cumplir el Presidente de la República en la defensa de la Constitución, no menos verdad es que, él está sujeto a controles por parte de la Asamblea Nacional y del Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando en la práctica reciente venezolana les hayan restado valor.

6.2.- Asamblea Nacional.

Más allá del rol que como legislador tiene la Asamblea Nacional, corresponde a ésta ejercer funciones de control respecto de los demás órganos que conforman al Poder Público Nacional.

Es así como el artículo 187 de la CRBV contempla entre sus atribuciones:

- Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional.
- Voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros.

7.- Título IX De la Reforma Constitucional

7.1.- Artículo 350.

De acuerdo con el artículo 350 contenido en el Capítulo III relativo a la Asamblea Nacional Constituyente:

El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

La precitada norma refleja nuevamente la confusión que supone el uso indiscriminado de ciertos términos como “pueblo,” al que en dicha disposición se asigna la misión de Defender a la Constitución como expresión más depurada y concreta de esa tradición republicana y de los valores, principios y garantías democráticos.

En relación con la noción de pueblo en el contexto de esa norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en dos sentencias, sólo que no de manera uniforme o consistente.

Es así como en Sentencia N° 24 de fecha 22 de Enero de 2003, se define al pueblo como “El conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o pequeño poblado y menos, individualidades.”

En otra decisión, la Sentencia N° 1.395 del año 2.000 había sostenido el Tribunal Supremo de Justicia, que el pueblo venezolano era el “... conjunto de personas que habitan en el país, o en una región o lugar del mismo, inmersas dentro de una cultura, lenguaje y costumbres comunes, y donde la mayoría goza de la misma nacionalidad.”

La Sala en la Sentencia 24/2003 señaló adicionalmente que:

En la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen, legislación o autoridad que resulte del ejercicio del poder constituyente originario que contraría los principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos; y así se decide.

Según Carmen María Márquez (2013):

Así, la Sala aun cuando construye su tesis sobre una premisa de Estado Nacional, plasma su visión de la idea Rousseauiana de la soberanía, en la cual asevera que ésta reside de manera fraccionada en cada uno de los individuos que componen el Estado, siendo cada uno de ellos detentador de una porción o alícuota de la soberanía.

Y agrega también (2012):

Como consecuencia de esta tesis - se colige que la consagración de la soberanía popular comporta por parte del electorado el ejercicio del mandato imperativo (LA ROCHE *Ibidem*. Págs. 359-361) y continúa argumentando en esa línea. El mandato imperativo ha sido expresamente reconocido por el Constituyente d 1999, al consagrar como eje fundamental de la democracia participativa, la exigencia de la rendición de cuentas (artículo 66) y la posibilidad de la revocatoria de los cargos y magistraturas de elección popular mediante referendo (artículo 72).⁽⁴⁸⁾

Continúa señalando la Sentencia N° 24/2003 que:

Sólo debe admitirse en el contexto de una interpretación constitucionalizada de la norma objeto de la presente decisión, la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por 'cualquier régimen, legislación o autoridad, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable. En estos casos quienes se opongan deliberada y conscientemente a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima si y sólo si - como se ha indicado precedentemente - se han agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad al agravio se mantiene. (Subrayado nuestro).

(48) Márquez, C. (2013) "Interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del Artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." En Provincia N° 29, Enero-Junio. Pág. 60.

En este mismo sentido:

Así, el orden jurisdiccional constitucional se ejerce por antonomasia a través del control concentrado de la constitucionalidad que abarca, como se dijo, la potestad de la Sala Constitucional de anular los actos de rango legal y condenar las omisiones legislativas, mediante dos medios procesales concretos, la demanda de nulidad de actos de rango legal y la demanda de omisión legislativa. Asimismo, el control concentrado abarca pretensiones mero-declarativas de colisión de leyes y del cuestionado recurso de interpretación constitucional. Pero la justicia constitucional cuenta también con otros medios de control de la constitucionalidad, como son el control difuso, dirigido a la desaplicación de normas al caso concreto cuando colidan con la Constitución y la demanda de amparo, constitucional para la protección de derechos y garantías constitucionales. En ambos casos cualquier juez de la república puede ejercerlos, dentro de sus competencias, erigiéndose como juez constitucional. Asimismo, su regulación procedimental cuenta con un régimen especial, bien en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, bien en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.⁽⁴⁹⁾

7.2_. Fuerza Armada Nacional.

Frente al ejercicio de cualquiera de los mecanismos de defensa de la Constitución antes comentados, pero especialmente de los que corresponden al “pueblo,” los regímenes responsables del quebrantamiento del orden jurídico recurren a actos de fuerza y para ello se apoyan en el estamento militar. El papel que juega la Fuerza Armada Nacional (FAN) en Venezuela se constituye así en otro de los temas que no puede ser ignorado, en tanto resulta necesario precisar, hasta qué punto la FAN es también Defensora de la Constitución a la par que puede amenazarla y violentarla.

Al respecto debe señalarse que corresponde al Poder Nacional la organización y régimen de la FAN. Según el artículo 328 de la CRBV:

La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno (...) En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. (Subrayado nuestro).

Frente al ejercicio del derecho de rebelión, a la disidencia, desobediencia o cualquier otra modalidad de implementación de los artículos 333 y 350 constitucionales, la reacción inmediata de un gobierno o régimen, es la represión, la persecución y el encarcelamiento, para lo cual más allá

(49) Íbidem. Pág. 343

del papel jugado por el Poder Judicial y Legislativo dirigido a criminalizar la manifestación y la protesta (Derecho Penal del Enemigo), se encuentra el llevado a cabo por la FAN.

A los efectos que aquí interesa, nos referiremos entre las diversas misiones atribuidas a la FAN al llamado “orden interno”, al que define el artículo 18 de la Ley Orgánica de Seguridad Nacional como el “Estado en el cual se administra justicia y se consolidan los valores y principios consagrado en el Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las demás leyes, mediante las previsiones y acciones que aseguren el cumplimiento de los deberes y el disfrute de los derechos y garantías por parte de los ciudadanos.”

Como señala Ávila (2015) “el orden interno es un concepto bastante difuso que sin duda se refiere al funcionamiento del sistema político.”⁽⁵⁰⁾

El orden interno está a cargo dentro de las FAN a la Guardia Nacional (GN), bajo la autoridad civil del Ministerio del Poder Popular de Interior, Justicia y Paz. En ejercicio de aquella competencia, la GN puede verse apoyada por los órganos del Servicio de Policía, aunque en la práctica, la FAN se ha involucrado en ese rol mediante actos sublegales.

La manifestación y la protesta como derechos deben ejercerse de manera pacífica y sin armas (Arts. 68 y 53 CRBV). Es precisamente esta condición la que mayor polémica pueda generar, especialmente en aquellos casos en los que ante la desproporción de la actuación de la FAN, la población responde de manera no pacífica, aunque reactivas.

En ese sentido de especial importancia resulta referirse brevemente a “Las Normas de Actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en Funciones de Control de Orden Público, la Paz Social y la Convivencia Ciudadana en Reuniones Públicas y Manifestaciones” (NAFANBCOP) publicadas en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.589 de fecha 27 de Enero de 2015.

En esa normativa se alude al uso de armas de fuego en cualquier tipo de manifestación (Arts. 5.5. y 15.9). Se establece así que, los cuerpos de seguridad no portarán ni usarán armas de fuego en el control de reuniones pacíficas, a menos que, por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla, sea necesario su porte y uso.

El activismo político que le ha sido conferido por el régimen Chavista-Madurista al estamento militar ha socavado las premisas fundamentales con base a la cual la FAN debe actuar (neutralidad, independencia e imparcialidad), convirtiéndola en un brazo más de ramas del Poder Público Nacional como el Ejecutivo, Judicial y Electoral.

La misión que como Defensor de la Constitución tiene la FAN de garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico y la cooperación en el mantenimiento del orden interno, se ha desnaturalizado en el caso venezolano reciente.

(50) Ávila, K. (2015) “Seguridad Ciudadana y Seguridad Nacional. La lucha por el control de las manifestaciones y del orden público en Venezuela.” En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas, Venezuela. Pág. 502.

7.3_. Comunidad Internacional.

El grado de integración internacional alcanzada por los países del mundo, así como la proliferación de tratados multilaterales dirigidos a alcanzar el respeto a los Derechos Humanos y otras materias, juegan también papel importante en la Defensa de la Constitución.

En el caso venezolano y en materia de Derechos Humanos, vale destacar lo señalado por el artículo 23 de la CRBV según el cual:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Vista la norma anterior, puede sostenerse que la Defensa de la Constitución no se circunscribe únicamente al Texto Constitucional propiamente dicho, sino que también comprende a los tratados internacionales suscritos por Venezuela relativos a Derechos Humanos, cuando éstos contengan regulaciones más favorables que las del Derecho Interno, incluido en la Carta Magna:

Los Estados están sujetos al Derecho internacional de los derechos humanos y tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto, de modo que, con independencia de los problemas de su implementación interna, en el ámbito interamericano las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ejecutarse indefectiblemente por todos los órganos del Poder Público de los Estados parte, máxime si, como en el caso venezolano, éstos han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aceptando voluntariamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y participado con sus alegaciones y pruebas en los procesos que han derivado en sentencias que reivindican derechos de seres humanos concretos, corrigiendo así el estado de injusticia social.⁽⁵¹⁾

Se ve, así intervenciones y pronunciamientos de organizaciones como la OEA y la ONU, medidas unilaterales adoptadas por países extranjeros contra personeros de gobiernos considerados violadores de los textos constitucionales a los que están sujetos, que en definitiva son igualmente expresiones de su defensa.

CONCLUSIONES

En el caso venezolano, puede sostenerse que la defensa de la constitución está repartida entre su propio articulado, el Derecho Internacional, la población y los distintos órganos del Poder Público.

(51) Meier, E. (2014) "La Eficacia de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Frente a las Prácticas Ilegítimas de la Sala Constitucional." Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Series Estudios N° 105. Caracas, Venezuela. Pág. XXIII.

La supremacía de la Constitución, la consagración de un Estados de Derecho y el reconocimiento supraconstitucional de los Derecho Humanos, son la base de la defensa del Texto Fundamental venezolano.

En lo que respecta al rol de la población, la CRBV no es del todo clara en cuanto al alcance de las personas naturales que no ejercen funciones públicas, pero hacen vida dentro o fuera del territorio nacional.

Sigue siendo un tema por aclarar si la defensa de la Constitución corresponde únicamente a la ciudadanía, es decir, a quienes ejercen derechos políticos o, si por el contrario tal papel corresponde ejercerlo a toda la población. También existe la posibilidad que algunas modalidades de defensa de la Constitución correspondan a una categoría y otras a todas. Los menores de edad, los ciudadanos residienciados en el exterior, los extranjeros residienciados en el país, la “sociedad civil”, son categorías sobre las que persisten aquellas dudas.

Como señala acertadamente, Lombardi (2009):

Desde poco después de la Segunda Guerra Mundial en adelante, la garantía de la Constitución es confiada a organismos que actúan en el plano jurisdiccional, y con métodos y criterios jurisdiccionales, reconocidos como comunes, incluso cuando se habla de órganos como el Consejo Constitucional francés, que por su composición difícilmente podría definirse como una institución de tipo jurisdiccional.⁽⁵²⁾

La CRBV es una clara expresión de la adopción de aquella visión, en tanto es significativamente mayor el papel que corresponde al Poder Judicial venezolano en la defensa de la Constitución que la que corresponde a cualquier otra rama del Poder Público Nacional. Ese rol corresponde, por una parte, a todos los jueces de la República, mediante el llamado control difuso, como a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a quien corresponde el control concentrado de la constitucionalidad. En opinión de un sector de la doctrina nacional, el control difuso corresponde ejercerlo también a funcionarios públicos de otras ramas del Poder Público Nacional.

Señala nuevamente de modo acertado Lombardi, que independientemente de la adopción del sistema en el que se atribuya al Poder Judicial la defensa de la constitución “... el verdadero problema estriba en si, (...) este modelo puede cubrir o no el complejo y amplio espectro de todas las garantías. De hecho, hay actos que por su naturaleza, por las circunstancias en las que se manifiestan y por la propia estructura de sus relaciones, escapan al tipo de control que venimos mencionando. Por eso, hace falta encontrar otros mecanismos, y otras formas de tutela y, como consecuencia, son necesarios otros ‘defensores’.”⁽⁵³⁾

En un caso como el venezolano, en el que se ha puesto en evidencia la inexistencia en la práctica del Principio de Separación de Poderes, en los que sólo recientemente ha existido un Asamblea Nacional autónoma y en los últimos días un Ministerio Público que ha actuado de manera ajustada al

(52) Lombardi, G. Ob. cit. Pág. XLV.

(53) Ibidem. Pág. XLVI.

Texto Fundamental, resulta insuficiente o inútil el reconocimiento formal que se haga al Poder Judicial, y, muy especialmente, a la Sala Constitucional como Defensor de la Constitución.

Las muestras de lo antes afirmado son numerosas, siendo quizá una de las más representativas la de la Magistrada Luisa Estela Morales Lamuño, para entonces Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia (2007-2013), cuando el 30 de junio de 2011, después de que Hugo Chávez anunciara que padecía de una grave enfermedad, señaló en una transmisión de televisión lo siguiente:

Presidente, nosotros (Magistrados) estamos acá como ya nos conoce y por supuesto firmas cada uno en nuestras responsabilidades, nuestra institucionalidad se encuentra arraigada, de tal modo establecida que un solo Poder representa a cada uno de los Poderes Públicos (...) Una vez más compartiendo con usted Presidente esta nueva lucha (...) Su dirección, su inspiración, su concepción de República es lo que inspira constitucionalmente el desarrollo de nuestras actividades (...) Nosotros sabemos que Dios tienen con un usted un propósito grande para este país y Dios hace una obra perfecta, Dios no se equivoca (...) Nos responsabilizamos de que nunca, en ningún momento en Venezuela se pueda decir que los Poderes Públicos le han fallado a su pueblo (...) Esperamos que usted venga y nos transmita que de todos estos días, ha tenido tiempo de reflexionar y las cuales no vamos a defraudar, ni ahora ni nunca (...) Aquí estamos sus Instituciones pues, sobre todo firmes en el avance de las responsabilidades que nos ha encomendado.⁽⁵⁴⁾

Fallecido Hugo Chávez, el Tribunal Supremo de Justicia continuó la línea de obediencia y sumisión al legado de su conductor, muestra de lo cual lo constituyó la publicación de un cartel de luto que textualmente decía:

El Tribunal Supremo de Justicia y el Poder Judicial ratifican su compromiso en seguir construyendo junto al pueblo un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, siguiendo los lineamientos establecidos en nuestra carta Magna y el legado que Jefe de Estado nos dejó a lo largo de su vida para continuar el proyecto de soberanía e independencia que inició el Padre de la Patria, Simón Bolívar.⁽⁵⁵⁾ (Subrayado nuestro).

En un contexto como el de la Venezuela de los últimos 18 años, es donde se pone de manifiesto lo limitadas, ingenuas o sesgadas que fueron las posiciones desarrolladas por Kelsen y Schmitt, sobre todo, teniendo en cuenta que realidades como las registradas en nuestro país han sido frecuentes desde tiempos remotos en innumerables civilizaciones. "El normativismo kelseniano es hoy, en efecto, insuficiente para asegurar la protección no sólo de las esferas de actividad de los órganos del Estado, sino, sobre todo, de los derechos. Mientras que el decisionismo resulta ser actualmente incapaz de salvaguardar los valores en los que se basa la propia Constitución."⁽⁵⁶⁾ No

(54) Nota de prensa, TSJ, Poderes Públicos cada días más firmes, unidos y fortalecidos en nuestras responsabilidades (01 de julio de 2011), disponible en: <http://goo.gl/EpWgw>.

(55) <http://goo.gl/MlFbH>.

(56) Ídem.

puede ser uno sólo el defensor de la Constitución, sino que tienen que ser varios; el principal: la población.

Como señala Lombardi, “puede contarse con distintos organismos que se encargan de su protección. Ya hemos advertido, además, que no se necesitan poderes especiales, ni particularmente acentuados, para lograr estos objetivos. Es más, cuanto mayores son los poderes, mayor peligro corre la función de salvaguarda de la Constitución.”⁽⁵⁷⁾

En esos casos extremos en los que, al Poder Constituido, sea mediante el voto directo (Presidente de la República y Asamblea Nacional) o, indirectamente, Poder Judicial y Poder Ciudadano, no es posible reconocer en ellos la defensa de la Constitución, reside en el pueblo ese rol, que vale advertir, siempre le corresponde ejercerlo, es decir, no se trata de un rol subsidiario.

Los artículos 333 y 350 de la CRBV son expresión de ese papel que corresponde jugar a la población, permaneciendo dudas en cuanto al alcance del término “pueblo” y a las modalidades a través de las cuales la defensa de la Constitución puede instrumentarse.

A casi un siglo de la polémica registrada entre Schmitt y Kelsen, en relación a un tema de tanta trascendencia para la existencia del Estado, parecieran aparentemente pocos los avances registrados, al punto que siguen aquellos siendo referencia fundamental. No obstante ello, el papel de la llamada Comunidad Internacional es hoy día determinante en aquella defensa, en donde no sólo la identidad de valores democráticos juegan papel relevante, sino también, el peso que el comercio internacional en ella tiene.

El activismo político que le ha sido conferido por el régimen Chavista-Madurista al estamento militar ha socavado las premisas fundamentales con base a la cual la FAN debe actuar, la neutralidad, independencia e imparcialidad, convirtiéndolo en un brazo más de ramas del Poder Público Nacional como el Ejecutivo, Judicial y Electoral.

La misión que como Defensor de la Constitución tiene la FAN de garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico y la cooperación en el mantenimiento del orden interno, se ha desnaturalizado en el caso venezolano reciente, convirtiéndola en su verdegato.

REFERENCIAS:

Abache, S. (2015) “*Sobre Falacias Judicial Constitucional y Derecho Tributario.*” Librería Alvaronora C.A. Caracas, Venezuela.

Ávila, K. (2015) “*Seguridad ciudadana y seguridad nacional. La lucha por el control de las manifestaciones y del orden público en Venezuela.*” En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas, Venezuela.

(57) Ídem.

Canova, A. (2012) *“El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional.”* Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela

Kelsen, H. *¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?* Tecnos, Segunda Edición, ITAM. Biblioteca Raúl Bailleres Jr., Madrid, España.

Lombardi, G. Carl Schmitt y Hans Kelsen. (2009) *“La Polémica Schmitt/Kelsen Sobre la Justicia Constitucional: El Defensor de la Constitución Versus ¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?”* Tecnos. Clásicos del Pensamiento. Madrid, España.

Márquez, C. (2013) *“Interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del Artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”* ULA, Provincia N° 29. Enero-Junio. Mérida, Venezuela.

Meier, E. (2014) *“La Eficacia de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las Prácticas Ilegítimas de la Sala Constitucional.”* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Series Estudios N° 105. Caracas, Venezuela.

Rafecas, D. (2010) *“La Ciencia del Derecho y el Advenimiento del Nazismo: el Perturbador Ejemplo de Carl Schmitt.”* Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, Año 8, N° 15. Madrid, España.

Schmitt, C. (2009) *“El Defensor de la Constitución.”* Tecnos Clásicos del Pensamiento. Madrid, España.

Schmitt, C. (2011) *“El Valor del Estado y el Significado del Individuo.”* Editorial CEP. Madrid, España.

Urosa, D. (2015) *“Fundamentos Constitucionales del Control Jurisdiccional de los poderes Públicos en Venezuela. Vínculos y Diferencias Entre la Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa.”* En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I, Caracas.

Varios Autores (2014) *“El TSJ al Servicio de la Revolución.”* Editorial Galipán. Caracas, Venezuela.

<http://www.catedrahendler.org/doctrina>

<https://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.htm>

<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/38449/1/articulo3.pdf>