



Artículo Original

Recibido para publicación: octubre 20 de 2009
Aceptado para publicación: noviembre 15 de 2009

KELSEN Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Luís Eduardo Cerra Jiménez

Correspondencia: Cerra Jiménez, Luis Eduardo en: lcerrajimenez@gmail.com

CvIac

http://201.234.78.173:8081/cvIac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000996572

RESUMEN

Con el presente texto se pretende aportar a la reflexión crítico-jurídica desde al análisis *ius-histórico* de “la defensa judicial de la constitución”, planteada por los eminentes juristas KELSEN y SCHMITT, recontextualizando el fenómeno jurídico que causó uno de los más polémicos acontecimientos *ius-filosóficos*, que hoy aún deben resolverse dentro de los marcos constitucionales de los Estados modernos. Reconociendo además que de la dialéctica dogmática sobre el poder del Estado, la competencia de los poderes públicos y la fuerza del ordenamiento jurídico se fortaleció la formación del control constitucional. Institución que el autor invita a debatir para la garantía eficaz de los derechos dentro de la autenticidad cultural del país.

Palabras Claves

Kelsen, Schmitt, Constitución Política, Normativismo, Tribunal Constitucional, Autóctono.

ABSTRACT

With the present text one tries to contribute to the critical - juridical reflection from to the *jus-historical* analysis of " the judicial defense of the constitution ", raised by the eminent jurists KELSEN and SCHMITT, new context the juridical phenomenon that

caused one of the most polemic jus-philosophical events, which today still (yet) must be solved inside the constitutional frames of the modern States. Recognizing besides the fact that of the dogmatic dialectics on the power of the State, the competition of the public power and the force of the juridical classification there fortified the formation (training) of the constitutional control. Institution that the author invites to debating for the effective guarantee of the rights inside the cultural genuineness of the country.

Keywords

Kelsen, Schmitt, Political Constitution, Normative, Constitutional Court, Autochthonous.

INTRODUCCIÓN

Los aspectos sobre los cuales gira el estudio de la obra del jurista austriaco Hans Kelsen se limitan, usualmente, a su concepción sobre la teoría pura del derecho¹, su normativismo y la teoría escalonada de las normas. Pese a que la teoría pura del derecho se soporta en el argumento de que existe una norma fundamental, esta categoría jurídica es un aspecto poco comentado, especialmente en lo que se refiere a la manera como debe ser defendida y por quién.

Muy pocas veces se hace alusión a la tesis Kelseniana de la Constitución como norma fundamental que, por cierto, es la base de la teoría pura del derecho, así como del órgano o funcionario que debe defenderla. Su planteamiento de que la Constitución es fuente validante de la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico lo desarrolla con el argumento de que es una “hipótesis básica”, y, en este sentido, en términos kantianos, un imperativo que irradia legitimidad al resto de las normas subordinadas. Sobre el particular dice: *“Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un ordenamiento jurídico. Solo la hipótesis de*

¹ KELSEN Hans, (1934) *Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*.

una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos formando un sistema de normas “.

El haber sido Kelsen, en primer lugar, redactor de la Constitución de Austria de 1920², que estatuyó por primera vez en el mundo un sistema de control judicial de la Constitución, concentrado en el Tribunal Constitucional³, y luego integrante de éste por cerca de diez años, sería suficiente para saber que fue partidario de que la integridad de la norma fundamental debía estar a cargo de un órgano judicial. Con estos antecedentes, hasta 1930 resultaba innecesario para Kelsen exponer su posición argumentativa, y mucho menos de manera contestataria, encaminada a demostrar el por qué la defensa de la Constitución debía encomendarse a un tribunal. No obstante, la publicación en 1931 de la obra “La Defensa de la Constitución⁴” del jurista alemán Carl Schmitt, motivó a Kelsen no solo a responder los planteamientos contenidos en ella, sino a explicar quién debía ser, en su concepto, el defensor de la Constitución.

Vale decir que el referente del debate fue la Constitución alemana de Weimar expedida en 1919⁵, luego de terminada la primera guerra mundial y de suscribirse el Tratado de Versalles⁶, en el cual se impuso a Alemania, como país derrotado en

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE AUSTRIA (1920) Allgemeine Bestimmungen, “Artículo 1° Austria (Osterreich) es una República democrática (eine demokratische Republik), cuyas leyes emanan del pueblo. Artículo 2.° 1. Austria es un Estado federal (ein Bundesstaat). 2. El Estado federal se compone de los Estados (Länder) autónomos de Burgenland, Carintia (Kärnten), Austria Baja (Niederösterreich), Austria Alta (Oberösterreich), Salzburgo (Salzburg), Estiria (Steiermark), Tirol, Vorarlberg y Viena (Wien). Publicada en Viena el 20 de octubre de 1920. Recuperado de internet el 09 de mayo de 2008, en <http://www.ces.es/TRESMED/docum/aus-cttn-esp.pdf> –

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE AUSTRIA (1920), Sexta Parte, GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA ADMINISTRACIÓN, (“Garantien der Verfassung und Verwaltung”), A. DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO (“Verwaltungsgerichtsbof”) B. DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (“Verfasfslmgsgerichtshof”), Artículo 137. El Tribunal Constitucional entenderá de las acciones de carácter patrimonial (vermogensrechtliche Ansprüche) contra la Federación, los Estados, los distritos, los municipios y las agrupaciones de municipios que no puedan sustanciarse mediante el procedimiento judicial ordinario (im ordentlichen Rechtsweg) ni por resolución de una autoridad administrativa.

⁴ SCHMITT Carl (1931), LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, Edit. Labor, Barcelona (tr. es. de *Der Hüter der Verfassung*, versión de Manuel Sánchez Sarto) España.

⁵ CONSTITUCIÓN DEL IMPERIO (REICH) ALEMÁN, de 11 de agosto de 1919, Copyright, “Textos Constitucionales españoles y extranjeros” Editorial Athenaeum, Zaragoza, 1930. Recuperado en Internet el 09 de mayo de 2008, en UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf

⁶ TRATADO DE PAZ DE VERSALLES, del 28 de junio de 1919, Sociedad de las Naciones, Salón de los espejos del palacio de Versalles, Francia. Recuperado de Internet el 09 de mayo de 2008, en [http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_\(1919\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_(1919))

ese conflicto, cercenamiento de su territorio, prohibición de expandirse territorialmente y la obligación de pagar cuantiosas indemnizaciones a los países vencedores. Esta situación de posguerra había suscitado variedad de manifestaciones políticas. Las que veían en el marxismo y el socialismo el camino para redimir los problemas de desempleo y de concentración de la propiedad, bajo la dirección del partido obrero; los que planteaban la solución liberal republicana, de ampliación de los espacios políticos deliberantes a las diversas clases y sectores; y, los que proponían una salida de fuerza, de dictadura nacionalsocialista que reivindicara el orgullo de la patria, perdido en la primera guerra mundial. Ese fue el contexto de la discusión.

MATERIALES Y MÉTODOS

El artículo contiene la posición interpretativa del autor con respecto al control constitucional desde la perspectiva de kelsen. El recorrido se hace desde el punto de vista bibliográfico con la recuperación de la información pertinente, su clasificación y elaboración de fichas de análisis documental para ser utilizadas en la elaboración de los principales tópicos del artículo.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Schmitt y la defensa de la Constitución

Carl Schmitt, en su obra *La Defensa de la Constitución* había expuesto que la Constitución alemana de Weimar de 1919, vigente para entonces, de corte liberal y republicana, no debía ser defendida por el legislador, puesto que, a su juicio, además de que esa rama del poder público debía estar subordinada a la Carta Política, el carácter pluralista y deliberativo del parlamento, en cuanto en él tenían expresión diversas fuerzas sociales, lo convertía en un órgano en el cual se dispersaba la unidad política nacional, ponía el Estado al servicio de diversidad de

intereses sociales, convirtiéndose en un obstáculo para la realización del “Estado Total”⁷, entendido éste como el estadio en el cual la sociedad debía tener absoluta identidad de intereses con el Estado, debiéndose la primera al segundo. La sociedad debía estar al servicio del Estado. Así, pues, para Schmitt, el parlamento-legislador carecía de legitimidad, tanto para consolidar la unidad del Estado como para ser el defensor o “custodio” de la Constitución.

Tampoco serían los jueces los llamados a defenderla, por cuanto esta labor no haría otra cosa que, por un lado, politizar la justicia, ya que la decisión de un tribunal sobre la constitucionalidad de una ley, invade la órbita del legislador y, *“...el Estado actual con sus luchas y contraposiciones de intereses, no puede disolverse en jurisdicción sin que él mismo se disuelva”*, y, por otra parte, su falta de extracción democrática significaría *“...trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga”*. En síntesis, Schmitt no aceptaba que la Carta Política pudiera estar sometida al Derecho. Es de anotar que el artículo 19 de la Constitución alemana de Weimar de 1919 asignaba al “Tribunal de Estado del Reich alemán”, decidir, a petición de una de las partes contendientes, cuando no fuera competente otro Tribunal del Reich, las disputas de constitucionalidad dentro de un Estado que no tuvieran un Tribunal apropiado para su resolución, o las *“...suscitadas entre distintos Estados, o entre el Reich y un Estado”*.

Pese a lo establecido por la citada norma, Schmitt insistió, con los argumentos anotados, que tanto los jueces como el parlamento carecían de legitimidad para velar por la integridad de la Constitución. Para Schmitt, quien tiene legitimidad para ser el custodio o guardador de la Constitución es el Jefe del Ejecutivo, pero no el canciller del Reich o Estado, que derivaba su poder del parlamento, y por tanto sin representatividad democrática directa y producto del órgano disgregador del Estado, sino el Jefe del Estado que era el Presidente del Reich, *“...elegido por todo el pueblo alemán”* (art.41), con posibilidad de reelección (44), quien jura

⁷ SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

“...guardar la Constitución...” (42), “...ostenta el mando supremo de las fuerzas de defensa del Reich”, y, básicamente, con las facultades contenidas en el artículo 48 de la Constitución alemana de Weimar que estatúa en lo pertinente:

“Si un Estado no cumpliera con sus obligaciones conforme a lo dispuesto en la Constitución o en una Ley del Reich, el Presidente del Reich puede hacérselas cumplir mediante las Fuerzas Armadas. Si la seguridad y el orden público se viesen gravemente alterado o amenazado, el Presidente del Reich podrá adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y orden público, utilizando incluso las fuerzas armadas si fuera necesario. A tal fin puede suspender temporalmente el disfrute total o parcial de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153”.

Carl Schmitt depositaba la defensa de la Constitución, como expresión de los valores más preciados, esto es, la seguridad del Estado y la intangibilidad de la integridad territorial, en definitiva, en una institución: el Jefe de Estado o Presidente del Reich, cuya validez estaba determinada por el grado de decisión ejecutiva y material con que actuara de manera eficaz y efectiva –con el empleo de las armas si fuere necesario, y aún a costa de los derechos fundamentales para mantener los valores anotados. La decisión política y la ejecución tienen para este jurista alemán mayor eficacia que la deliberación, la argumentación y la razón. Si alguna razón justificativa fuere necesaria, la única verdaderamente válida sería –para él- la realización del “Estado Total”.

Una institución (Presidente del Reich) con esas competencias, según Schmitt, sin los vicios del parlamentarismo, (especialmente el pluralismo de intereses y la deliberación), con un poder neutro e imparcial, con capacidad de mando, decisión y ejecución, sin la subordinación a otros órganos, denotaba la auténtica unidad nacional representando a todo el pueblo y a todo el Estado, y por tanto la legitimidad necesaria para ser el guardián de la Constitución.

En la concepción estructurada por Schmith, más que señalar quién debía ser el guardián de la Constitución, se refleja, por un lado, la inequívoca intención de proponer un régimen político en el cual el liderazgo del Estado estuviera a cargo de un funcionario ejecutivo fuerte, autoritario y monopolizador de las funciones más importantes del poder. Consciente o no, deliberadamente o no, lo cierto es que la tesis de Schmith constituyó la fundamentación jurídica teórica del nacionalsocialismo, tanto para llegar al poder, como para organizarlo bajo la dirección de Adolfo Hitler.

En esa propuesta, el parlamento, como órgano democrático representativo de la diversidad de intereses de la sociedad alemana, era un obstáculo para la concreción del régimen totalitario. Se le acusaba de ser una institución débil, más deliberante que decisionista; permeable a la infiltración del marxismo y del comunismo, los cuales, para entonces, en medio de la gran crisis mundial del capitalismo, constituía un peligro real, de avance progresivo contra el sistema capitalista, puesto que había triunfado en Rusia, había iniciado la conformación de la Unión Soviética, y su economía daba muestras de planeación y eficacia a través de los planes quinquenales. Para deslegitimar al parlamento no solo lo acusaba de ser un órgano disociador de la unidad del Estado incentivador del anarquismo, sino también dilapidador y corrupto. Sobre el particular decía Schmith en sus escritos sobre el parlamentarismo:

“(...) en algunos Estados, el parlamentarismo ya ha llegado hasta el punto de que todos los asuntos públicos se han convertido en objeto de botines y compromisos entre los partidos y sus seguidores, y la política, lejos de ser el cometido de una élite, ha llegado a ser el negocio, por lo general despreciado, de una, por lo general despreciada, clase”.⁸

⁸ SCHMITH, Carl. Sobre el Parlamentarismo. Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid.1996. Página 7.

La crítica de Schmitt al parlamento y su propuesta de un régimen autoritario, se inscribía para la Alemania de la década del 30 del siglo XX, como parece estarlo hoy en algunos países, dentro de un coherente y deliberado proyecto, inicialmente autoritario y posteriormente totalitario, que terminaría en el Estado Nazi. En todo esto, el mérito de Kelsen estuvo en desnudar el verdadero alcance totalitario de la concepción jurídico política de Schmitt y su peligro para la democracia, y en proponer, en cambio, que la Constitución como “hipótesis básica” fuera defendida por un tribunal constitucional.

Las críticas de Hans Kelsen a la defensa de la constitución de Schmitt.

Kelsen refuta la concepción del “Estado Total”, vale decir, del totalitarismo de Schmitt, con la afirmación de que esa categoría, entendida como unidad de la sociedad y el Estado es “...inexistente, ya que la lucha de clases no se da como oposición entre órganos estatales, sino como una lucha que una parte de la sociedad, que no se incluye en el Estado porque no se identifica con el Estado, lleva contra otra parte de la sociedad que <<es>> Estado porque –y en la medida en que- su ordenamiento garantiza los intereses de esa parte de la sociedad”.⁹

Manifiesta el jurista austriaco que la aseveración en el sentido de que el pluralismo es un peligro para la unidad del Estado, es un juicio valorativo que lleva al extremismo de tener por manifestación del pluralismo la legitimación procesal de los Estados federados (Land) para cuestionar la constitucionalidad de las leyes del Estado federal, y, como toda expresión del pluralismo, su carácter disociador del Estado. En este sentido Kelsen condena el que la concepción ideológica de Schmitt lleve a concebir el pluralismo como una conducta social y política inconstitucional, y con ella el del propio federalismo.

⁹ KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid 1999. página 48.

Respecto del planteamiento de que el Presidente del Reich, es decir, el ejecutivo es el garante de la Constitución, Kelsen cuestiona el carácter supuestamente neutro, o ético-político que se le intenta atribuir a ese funcionario como expresión de la “efectiva solidaridad de intereses”, o sea de la representación en el Estado de la homogeneidad de los intereses sociales. “Pues –dice Kelsen- éste es el sentido propio de la doctrina del *pouvoir neutre* del monarca, que Carl Schmitt transfiere al jefe de Estado republicano; doctrina que debe ocultar la contraposición radical y real de intereses existentes, que se dan en el hecho de los partidos políticos y en el hecho, aún más significativo y subyacente, de la lucha de clases”.¹⁰

Para Kelsen no debe perderse de vista que la designación del Jefe del Estado en Alemania, por disposición de la Constitución de Weimar está sometida a elección; procedimiento que aunque democrático, inevitablemente, tiene lugar bajo la participación y presión de los partidos políticos, lo cual no garantiza su independencia. Por consiguiente, no es merecedor de que se le asigne la importante tarea de proteger la Constitución.

En relación con el papel del parlamento, como probable defensor de la Carta fundamental, Kelsen lo subestima por considerarlo un órgano político con intereses en la norma llamada a revisar, la cual ha creado como legislador y sería el potencial infractor de la Constitución a defender. Es decir, carece de imparcialidad, y no es una institución independiente de las presiones políticas y sociales. Como alternativa a lo anterior Kelsen destaca las bondades de un control jurisdiccional concentrado de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional que, por fuera y por encima del poder judicial, sin la dependencia de la extracción popular y de los partidos, tenga el poder de anulación por inconstitucionalidad de las leyes. La función política de este tribunal en la tarea de revisión de constitucionalidad de las leyes es admitida por Kelsen, quien en este

¹⁰ KELSSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Página 61. Editores Tecnos, Madrid 1995.

aspecto entiende que los temores de Schmitt son ciertos, pues en la labor de anulación de una ley o de parte de ella se crea una nueva situación jurídica con fuerza obligatoria erga omnes.

Arguye el jurista austriaco "...que la función de un Tribunal Constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros Tribunales –y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal Constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal Constitucional- pero no porque no se trate de un <<Tribunal>> su función no sería <<jurisdiccional>>, y mucho menos que esta función no pueda ser transferida a un órgano dotado de independencia judicial".¹¹

Para Kelsen este es el antiguo dilema platónico rey-juez o rey legislador. Sobre el particular señala: " Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un Tribunal Constitucional competente para la casación de las leyes y un Tribunal ordinario en lo civil, penal o administrativo, es que tanto éstos como aquél aplican Derecho y también generan Derecho; éstos producen solo normas individuales, mientras que aquél aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que –tal como lo he señalado- oficia de <<legislador negativo>>".¹²

Desafiando la imperante teoría Montesquiana¹³ de separación funcional de las ramas del poder público, Kelsen no solo admite, sino que justifica el que un Tribunal Constitucional en su función de defensa de la Constitución llegue, incluso, a convertirse en legislador negativo, por cuanto al expulsar del ordenamiento jurídico una norma de orden legal o parte de ella, que es contraria a la norma fundamental, puede cambiar el sentido de la disposición que inicialmente

¹¹ Kelsen, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Página 21. Editores Tecnos, Madrid

¹² Kelsen. ¿Quién?. Páginas 35 a 37.

¹³ MONTESQUIEU, Carlos Luis de Scondat, Barón de la Brède y de Montesquieu, (Siglo XVIII) EL ESPÍRITU DE LAS LEYES, Reimpreso por Ediciones Universales Bogotá .2008.

preceptuó el legislador ordinario. “Ciertamente –afirma –, la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto del propio órgano legislativo constituye una invasión del “Poder Legislativo”.¹⁴ Un Tribunal que no aplica a un caso concreto una ley en razón de su inconstitucionalidad, o una ordenanza en razón de su ilegalidad, elimina una norma general y opera así también como <<legislador negativo>>.

Así, pues, para Kelsen la función de defensa de la Constitución por parte de un Tribunal Constitucional justifica que éste vaya más allá de su atribución jurisdiccional y se convierta, sin proponérselo, pero también sin evitarlo, en legislador; papel político que no debe evadir en aras de la intangibilidad de la “hipótesis básica”, esto es, de la norma fundamental, origen legítimo y legitimador de las demás normas que se le subordinen. Sin embargo, no alcanzó a concebir que ese Tribunal Constitucional fungiera como legislador positivo, esto es, reglamentando de manera expresa preceptos de la Constitución, como ha hecho la Corte Constitucional colombiana, en ejercicio del control general de constitucionalidad, al adicionar, en su momento, en la ley penal un nuevo contenido normativo, exonerador de responsabilidad por el homicidio pietístico.

Que en la labor de control constitucional se produzca, de contera, de manera inevitable y no deliberada, una nueva norma jurídica (legislador negativo), y por tanto creación del Derecho, no descarta que Kelsen no hubiera contemplado la posibilidad de que el Tribunal Constitucional también fungiera, si fuera el caso, de legislador positivo, es decir, de creador deliberado de la ley. De ser así, lo más probable es que el motivo que lo haya inhibido de justificar ese alcance fuera la circunstancia de que tal proceder, además de significar una conducta deliberada de desquiciamiento y perturbación a la forma como está organizado el poder político estatal, el abierto desconocimiento del parlamento-legislador, implicaba la

¹⁴ Kelsen. ¿Quién....Página 37.

imposibilidad de controlar la nueva norma creada, originaria, precisamente, del órgano que tiene la función de controlarla.

Volviendo a la tesis central de Kelsen, es importante anotar que más que un garante de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional oficiaba para que la organización política territorial no se desquiciara. El trabajo principal del Tribunal Constitucional en las décadas de los años 20 y 30 del siglo XX no fue el de defensa de los Derechos sino de garante del mantenimiento de la organización política territorial. Por ello no fue casual el que Kelsen afirmara: “(...) es en el Estado Federal donde la Justicia Constitucional adquiere una importancia mayor. No es exagerado afirmar que la idea política del Estado Federal solo encuentra su plena realización con la instauración de un Tribunal Constitucional”.¹⁵

Es más, aunque en principio Kelsen no reconoció la existencia de valores supra o meta constitucionales, pues los que existieren debían estar explícitos en la propia Constitución a fin de evitar la especulación en el Derecho, siguiendo a Kant, en la Paz Perpetua, admitió tácitamente, uno suprafundamental que fue la Paz Política de la Organización Estatal. No otra significación tiene la siguiente expresión:

“(...) Y, así como una eventual justicia internacional tendría como fin hacer inútil la guerra entre los pueblos, la justicia constitucional se presenta -en última instancia- como una garantía de paz política en el interior del Estado”.¹⁶

Habida cuenta de todo lo anterior, el gran mérito de Kelsen es el de haber defendido la tesis del Estado de Derecho, esto es, la prevalencia de éste, expresado en el sometimiento del Poder al Derecho. Es el haber defendido frente al nazismo y en las entrañas del primigenio Estado totalitario alemán la necesidad y la validez política de la existencia de un Tribunal Constitucional como garante de la Constitución. También en el hecho de haber entendido con admirable claridad

¹⁵ Kelsen, Hans.(1999) La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Página 53, Editorial Tecnos. Madrid.

¹⁶ Kelsen, Hans. La Garantía....Página 56.

que en el juego de los intereses sociales de la mayoría y de la minoría expresados en los contenidos normativos de la ley, y en sus vacíos, lagunas, penumbras y ambigüedades que suscitan las dificultades problemáticas de los <<casos difíciles>>, el Tribunal Constitucional tiene una función correctora de justicia, y, por sobre todo, la posibilidad de resolver sin riesgos para el sistema jurídico del régimen estatal, en esa instancia institucional, sus propias antinomias. Las siguientes palabras del jurista austriaco confirman esta aseveración:

“Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipresencia de la mayoría sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, la Paz Social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. La simple amenaza del recurso al Tribunal Constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la Paz Social que la de la minoría”.¹⁷

Bajo este planteamiento Kelseniano, las insolutas contradicciones del sistema económico-social tendrían en la Jurisdicción Constitucional la clave institucional para superar las expresiones de las desigualdades inherentes al régimen, sin que finalmente éste resulte afectado. Antes por el contrario resultaría fortalecida su legitimidad. Este planteamiento no alcanzaría a desarrollarse en las décadas de los años 20, 30 y primera mitad de la del 40, no solo porque la constitucionalización de los derechos de la segunda generación (por ejemplo: asistencia social, sindicalización y huelga) apenas comenzaba (Constituciones de México de 1917, Constitución de Weimar de 1919 y Constitución de España de

¹⁷ Kelsen. La Garantía....Página 52.

1931), sino porque el totalitarismo nazista alemán, Fascista italiano y Falangista español ahogaron en ese entonces esa posibilidad.

Pero, terminada la segunda guerra mundial y con ella el totalitarismo occidental, se imponía la necesidad de adoptar una institución, distinta a los desgastados y desprestigiados parlamento y ejecutivo, que garantizara los contenidos materiales de la Constitución. Para ello resurgió la idea Kelseniana del Tribunal Constitucional, a la que había de dársele la oportunidad de ensayar su eficacia. Ahora no solo garante de la organización política territorial y de sus competencias, en el marco de un Estado de Derecho, sino garante de los Derechos de las personas, tanto de los de primera y segunda generación como los recién constitucionalizados derechos de la tercera generación que engloban la preservación de la humanidad.

Los tribunales constitucionales de: Italia, creado en la Constitución de 1947; Alemania, creado en 1949; de España, creado en 1978, luego de la dictadura franquista; y el de Colombia, creado por la Constitución de 1991, son algunos ejemplos de la concreción del modelo de justicia Kelseniano en la segunda mitad del siglo XX. Si desde finales del siglo XVIII y hasta finales de siglo XIX lo predominante fue que el control constitucional estuviera a cargo de los parlamentos, desde principios del siglo XX y hasta la terminación del mismo, lo predominante ha sido que el control esté a cargo de los jueces constitucionales, ya sea de manera concentrada o difusa.

CONCLUSIONES

Sin dejar de reconocer sus bondades, y sin renunciar a ella, el balance de hoy, en los albores del siglo XXI, especialmente en los países latinoamericanos, es el de que la Justicia constitucional no es suficiente para garantizar de manera plena y general, para todo el colectivo social, la eficacia de los derechos constitucionales.

No está en capacidad de resolver de manera profunda los problemas de desigualdad. Es más, ni siquiera en la totalidad de los casos concretos que a ella se someten está en condiciones de efectivizar los derechos de segunda y tercera generación, especialmente el de igualdad material, y los derechos prestacionales constitucionalizados, como son los de la vivienda digna, educación y salud.

Cualquiera que sea la causa por la cual no está hoy en capacidad de garantizar la totalidad de derechos constitucionales, ya sea porque no se le reconozca esa facultad en algunos de ellos, so pretexto de que son derechos programáticos, no necesariamente de aplicación y realización inmediata, o porque fuera de la <<órden judicial>> no tiene capacidad efectiva de que esa <<órden>> se materialice por falta de recursos, lo cierto e irrefutable es que no logra la plenitud de la garantía de los mismos. Ante esta terrible realidad, en nuestro contexto social, no resulta sensato creer que la justicia constitucional pueda ser garante absoluto de los derechos, actitud que sí parece contagiar a nuestra sociedad, la que intenta mitigar su desesperanza cotidiana y sus falencias de disfrute de derechos, depositando cada vez más en aquélla la esperanza de su realización.

Ciertamente la justicia constitucional o mejor la jurisdicción constitucional tiene grandes limitaciones, especialmente para nuestro aquí y ahora, por lo que debemos persuadirnos de ello y sin prescindir de esas instituciones, antes por el contrario fortaleciéndolas, empezar a explorar fórmulas autóctonas que nos permitan determinar quién debe defender la Constitución y cómo hacerlo. Este planteamiento no descarta el reexaminar y replantear, inclusive, el contenido material de la Constitución, y el de las fuerzas, factores reales e intereses, que subyacen a ella.

Esta reflexión final, a manera de conclusión provisional, la propongo, no obstante que pudiera parecer díscola e irreverente, basado, si se quiere, en el propio Kelsen para quien: *“No es posible proponer(...) una solución uniforme para todas*

las Constituciones posibles: la organización de la jurisdicción constitucional habrá de adaptarse a las particularidades de cada una de ellas” .¹⁸, considero que la fórmula válida, eficaz y auténtica para que nuestra sociedad logre la plenitud del goce general de los derechos de origen natural y de origen positivo debemos encontrarla nosotros, más temprano que tarde. Por eso, ¡...comencemos ya!

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE AUSTRIA (1920) Allgemeine Bestimmungen, (Wien). Publicada en Viena el 20 de octubre de 1920. Recuperado de internet el 09 de mayo de 2008, en <http://www.ces.es/TRESMED/docum/aus-cttn-esp.pdf> –

CONSTITUCIÓN DEL IMPERIO (REICH) ALEMÁN, de 11 de agosto de 1919, Copyright, “Textos Constitucionales españoles y extranjeros” Editorial Athenaeum, Zaragoza, 1930. Recuperado en Internet el 09 de mayo de 2008, en UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf

KELSEN Hans, (1934) *Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*.

KELSEN, Hans. ¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN?, Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid 1999. página 48.

KELSEN, Hans.(1999) LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA

CONSTITUCIÓN. Página 53, Editorial Tecnos. Madrid.

¹⁸ Kelsen. La Garantía....Página 29.

MONTESQUIEU, Carlos Luis de Scondat, Barón de la Bréde y de Monetesquieu, (Siglo XVIII) EL ESPÍRITU DE LAS LEYES, Reimpreso por Ediciones Universales Bogotá .2008.

SCHMITT Carl (1931), LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, Edit. Labor, Barcelona (tr. es. de *Der Hüter der Verfassung*, versión de Manuel Sánchez Sarto) España.

SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

SCHMITT, Carl. Sobre el Parlamentarismo. Editorial Tecno. 2ª edición. Madrid.1996. Página 7.

TRATADO DE PAZ DE VERSALLES, del 28 de junio de 1919, Sociedad de las Naciones, Salón de los espejos del palacio de Versales, Francia. Recuperado de Internet el 09 de mayo de 2008, en [http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_\(1919\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_(1919))