

TRES CUESTIONES SCHMITTIANAS EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO DE ROBERT ALEXY

Andrés Rosler

Martín Farrell es un verdadero *rara avis*. Se trata de un juez filósofo —o quizás para evitar malentendidos haya que decir un filósofo del derecho que llegó a convertirse en juez— que, en pleno apogeo de la idea del derecho como un experimento moral o político a cielo abierto, no cree que los jueces deban ser filósofos, sociólogos, artistas, novelistas en cadena, mucho menos superhéroes, sino que para él los jueces deben ser simplemente jueces. A pesar de que fue expresado *ex cathedra*, su *dictum* acerca de la diferencia entre un juez y un pretor se ha vuelto famoso: “Un juez que nunca dicta una sentencia cuyo resultado le desagrade no es un buen juez”.

Además, dado que Farrell es un filósofo moral y del derecho sobresaliente, con una apertura mental que muy pocos tienen en este negocio, el papel limitado o modesto que le asigna a los jueces en la creación y la aplicación del derecho no se debe obviamente a la falta de imaginación o de conocimiento, sino que su posición obedece fundamentalmente a su convicción acerca de cuál es el papel que le corresponde a los jueces en un Estado de derecho democrático.

No sin antes agradecer profundamente a los editores de este volumen la oportunidad de contribuir a este homenaje, dado que en el último tiempo —siempre fiel a su curiosidad intelectual permanente— Martín Farrell se ha interesado por la obra de Carl Schmitt y teniendo en cuenta el peligro que representa el neoconstitucionalismo para el Estado de derecho⁽¹⁾, quisiera aprovechar esta ocasión para examinar

(1) Ver, por ejemplo, Bernd Rüthers, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, traducido por F. J. Campos

tres aspectos schmittianos del neoconstitucionalismo de Robert Alexy que afectan decisivamente la manera de entender el razonamiento judicial: (a) la defensa de la constitución; (b) la apertura a la trascendencia; (c) la supuesta neutralidad axiológica del positivismo.

A pesar de que salta a la vista que el neoconstitucionalismo de Alexy es una reconstrucción filosófica del orden jurídico-político alemán de posguerra, la obra de Alexy no suele ser puesta en contacto con la de Carl Schmitt. Esto último llama bastante la atención, ya que en Alemania “el sonido Schmitt” resultó ser “el *basso continuo*... en muchos debates de posguerra de la teoría del derecho y del derecho constitucional”⁽²⁾.

El pensamiento de Schmitt operaba —y tal vez todavía lo hace— como un *basso continuo*, ya que a comienzos de la actual república federal no era frecuente y mucho menos conveniente hacer referencia directamente “a la persona más detestada de la doctrina constitucional alemana”⁽³⁾. Sin embargo, en algunas ocasiones es imposible no percibir muy nítidos ecos schmittianos en los mismísimos inicios del régimen de Bonn. Como muestra bastan dos botones. En primer lugar, el constitucionalista Adolf Süsterhenn, convencional constituyente y, además, ministro de Justicia del primer gobierno federal de posguerra, durante la segunda sesión de la asamblea constituyente del 8 de septiembre de 1948 sostuvo:

El tribunal constitucional requerido por nosotros también debe tener el derecho de poner a prueba si el contenido de una ley corresponde al espíritu y a los fundamentos iusnaturales y de derechos humanos de la constitución, como por ejemplo es el caso del tribunal federal de los EE.UU., el cual más allá de la voluntad del legislador se ha convertido en guardián de la constitución, en protector del derecho natural y

Zamora (Madrid: Marcial Pons, 2020). Irónicamente, el muy reciente libro de Rüthers sobre la revolución secreta llevada a cabo por el Tribunal Federal Constitucional alemán confirma las señales de alarma ya casi centenarias enviadas por Schmitt en su ensayo sobre *El guardián de la constitución* acerca de lo que sucede cuando un tribunal se convierte en el protector de la constitución. Ver Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung. Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, 5ta. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 2016).

(2) Müller, Jan-Werner, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought* (New Haven: Yale University Press, 2003), p. 64.

(3) Volker Neumann, *Carl Schmitt als Jurist* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2015), p. 116.

de la conciencia encarnada de la totalidad del pueblo. No le tenemos miedo alguno al peligro —pintado en la pared por el tocayo del señor colega [constituyente] Carlo Schmid aunque escrito con dos “t” — de una así llamada política con forma de justicia [o política judicializada: *justizförmigen Politik*] (4).

En segundo lugar, en febrero de 1954, durante una sesión de la comisión de jurisprudencia y derecho constitucional del parlamento alemán, Adolf Arndt —quien no solo había sido perseguido por los nazis, sino que en la década de 1950 era el jurista principal de la socialdemocracia alemana— explicaba que:

[E]l artículo 79 [de la Ley Fundamental de Bonn] solamente da una potestad limitada para la reforma o ampliación de la constitución. Por lo demás, incluso si el artículo 79 no se hallara en la constitución, así y todo existiría un límite material para una modificación. Este descubrimiento se lo debemos a los trabajos de Carl Schmitt. No tengo inhibición alguna en citar al Diablo; pues a veces es también la fuerza que siempre niega la que produce el bien. Gente como Carl Schmitt o Ernst Jünger u otra gente de esta clase, que se ha dedicado fuertemente a la demolición de ideas falsas, ha desempeñado una función histórica totalmente positiva (5).

1. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA O LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Alexy trata de mostrar la conexión directa y necesaria entre derecho y moral apelando a dos grandes escenarios. El primero corresponde al razonamiento judicial *excepcional* provocado por la injusticia legal, la cual ocasiona una desconexión entre derecho y moral “desclasificante” (6). A pesar de que estemos frente a disposiciones legales (al menos institucionalmente hablando) y eficaces, las mismas quedan jurídicamente “desclasificadas”, se convierten en “no-jurídicas” o

(4) Citado en Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (Berlín: Duncker & Humblot, 1958), p. 106.

(5) Citado en Dirk van Laak, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik* (Berlín: Akademie Verlag, 2002), p. 160.

(6) Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho*, J. Malem Seña (trad.) (México, Gedisa, 2013), p. 32.

“no-derecho”, debido a su inmoralidad o injusticia manifiesta. Esto es característico de las disposiciones legales del nazismo. Por supuesto, aquí Alexy desarrolla la tesis de Radbruch, según la cual “la contradicción entre la ley positiva y la justicia” es “tan insoportable que la ley, en tanto ‘derecho injusto’” tiene “que ceder ante la justicia”⁽⁷⁾.

En este contexto, Alexy cita un pasaje del fallo sobre ciudadanía del año 1968 del Tribunal Constitucional Federal que hace referencia a la ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941 que privaba de la ciudadanía alemana a los judíos emigrados durante el nazismo:

El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador.

La concepción según la cual un legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera significa una recaída en la actitud intelectual de un *positivismo legal valorativamente neutro*, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídica. Justamente *la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto*. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones ‘jurídicas’ nacionalsocialistas la validez como derecho porque *contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia* que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho⁽⁸⁾.

Al respecto, Alexy comenta: “Este es un clásico argumento no positivista. Se niega la validez... o el carácter de derecho a una norma impuesta conforme al ordenamiento y socialmente eficaz durante la duración de su validez por violar el derecho suprapositivo”⁽⁹⁾.

En este punto, el Tribunal Federal Constitucional y Alexy entran en territorio claramente schmittiano, particularmente el de la distinción entre Constitución y ley constitucional⁽¹⁰⁾. La distinción en su forma ma-

(7) *Ibid.*, p. 34.

(8) *Ibid.*, p. 16.

(9) *Ibid.*

(10) Cabe recordar que la propia Ley Fundamental de Bonn también entra claramente en territorio schmittiano. Por ejemplo, el artículo 21.2 de la Ley Fundamental o Constitución alemana reza: “Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales”. El artículo 18 del mismo documento sostiene que: “Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa..., de la

dura —su forma temprana ya se puede apreciar en la segunda edición de *La Dictadura*⁽¹¹⁾— aparece en el capítulo III de su *Teoría de la constitución*, que trata sobre el concepto positivo de constitución, según el cual la constitución es una decisión “completa” tomada por el poder constituyente “sobre el tipo y la forma de la unidad política”. El poder constituido puede disponer o sancionar leyes constitucionales, pero sin afectar la decisión constitucional fundamental. Las leyes constitucionales siempre presuponen la Constitución⁽¹²⁾.

Convendría mencionar los primeros cuatro ejemplos que ofrece Schmitt para ilustrar “el significado práctico de la distinción entre Constitución y ley constitucional”⁽¹³⁾:

- (a) el art. 76 de la Constitución de Weimar sobre la reforma constitucional, cuando se refiere a la “constitución”, tiene que ser entendido de tal forma que por su intermedio solo se puedan modificar las leyes constitucionales, pero no la Constitución;

libertad de enseñanza..., de reunión..., de asociación..., del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones..., así como del derecho de propiedad... y del de asilo... pierde [*verwirkt*] estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal”. El art. 79 de la GG, por su parte, estipula que: “Está prohibida una reforma de esta ley fundamental, a través de la cual se afecte la división de la federación en estados federados [*Länder*], la participación fundamental de los estados federados [*Länder*] en la legislación o los derechos fundamentales transcritos en los artículos 1 a 20”

(11) Ver, Carl Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 4ta. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1978), pp. 218-219.

(12) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 2da. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1954), p. 22. En *Legalidad y Legitimidad* Schmitt sincroniza la distinción del título con la distinción entre ley constitucional y Constitución: “tal como lo ha expuesto un destacado teórico del derecho constitucional, Maurice Hauriou, [los principios fundamentales] tienen una ‘supralegalidad constitucional’, que no solo se eleva por sobre las leyes usuales, simples, sino también sobre las leyes constitucionales escritas y excluye su supresión a través de leyes de reforma de la Constitución. Soy de la opinión de Hauriou, de que toda constitución conoce estos ‘principios fundamentales’ que pertenecen al sistema constitucional fundamentalmente invariable... y que el sentido de las disposiciones constitucionales sobre la revisión de la Constitución no es el de abrir un procedimiento para la eliminación del sistema del ordenamiento que debe ser constituido mediante la Constitución. Cuando la Constitución prevé la posibilidad de reformas constitucionales, entonces ella no quiere entregar algo así como un método legal para la eliminación de su propia legalidad, y mucho menos un medio legítimo para la destrucción de su legitimidad”. Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (Berlín: Duncker & Humblot, 1932), pp. 60-61.

(13) Schmitt, *Verfassungslehre*, pp. 25-27.

(b) la Constitución es inviolable, pero las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción para proteger precisamente la Constitución;

(c) la Constitución asegura o garantiza una serie de derechos fundamentales, que no pueden ser eliminados sin violar la Constitución misma;

(d) las disputas constitucionales en sentido estricto no se refieren a las disposiciones o leyes constitucionales, sino a la Constitución como “decisión política fundamental”.

Tanto Alexy como Schmitt, entonces, quieren proteger ciertos principios fundamentales en situaciones de excepción. La diferencia es que mientras que Alexy y el Tribunal Federal Constitucional alemán creen que la violación de esos principios constituye una injusticia manifiesta que debe ser corregida por los tribunales o un tribunal en particular, Schmitt prefiere entenderlo como una cuestión política antes que como una decisión jurisdiccional. Me parece que el punto de Schmitt no solo se refiere a que los tribunales no son órganos políticos, sino que, además, *si estamos frente a una verdadera excepción* —es decir, el tema que Schmitt trata fundamentalmente en su *Teología política*— no tiene sentido apelar a los tribunales. El solo hecho de que se pueda tramitar una causa supone que existe el tiempo suficiente para debatir sobre el caso, con lo cual no estamos frente a una verdadera excepción en sentido schmittiano⁽¹⁴⁾.

Las excepciones que sí pueden tratar los tribunales son aquellas que afectan los derechos fundamentales sin llegar al extremo en el que todo el orden constitucional está en peligro. Precisamente, en su ensayo sobre “derechos y deberes fundamentales”—que bajo el título “Contenido y significado de la segunda parte de la Constitución del Reich” le había sido encargado por Richard Thoma y por Gerhard Anschütz para el famoso *Manual de derecho constitucional alemán de 1932*⁽¹⁵⁾—Schmitt explica, asimismo:

Toda normativa legal, toda intervención administrativa, toda intervención estatal debe ser por principio limitada, medible y previsible,

(14) Sobre los diferentes momentos del razonamiento legal según Schmitt, véase. Andrés Rosler, “Normalidad y excepción: el pensamiento jurídico de Carl Schmitt”, en G. Jensen (ed.), *Estudios sobre derecho, sociedad y pandemia* (Buenos Aires: IJ Editores), en prensa.

(15) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, pp. 181-230.

todo control estatal por su parte debe ser otra vez controlable. Siempre hay que aferrarse a que el contenido y el alcance de la libertad no deben resultar a partir de la ley. Una libertad “según la medida de la ley” no es libertad en absoluto en el sentido liberal. La reserva de la ley, por lo tanto, no es jamás la reserva de una condición o de un resumen, sino que es siempre solamente la reserva de una excepción, y por cierto una excepción que como tal debe ser por principio limitada, previsible y comprobable. En lo individual, en diferentes tiempos y en diferentes Estados, pueden existir diferentes interpretaciones sobre la medida de esta limitación impuesta al legislador. Se ha de decir en general que el legislador que llena la reserva de ley tiene a su disposición un amplio margen de maniobra, pero no debe eliminar el derecho de libertad como tal⁽¹⁶⁾. ###es cita textual?###

Por otro lado, conviene recordar que Schmitt reconoce que determinadas cuestiones constitucionales (en el sentido amplio de la expresión) sí incumben a los tribunales: “quisiera afirmar la competencia judicial de revisión [*Prüfung*] respecto a la constitucionalidad [*Verfassungsgesetzlichkeit*] de las simples leyes [constitucionales], porque en verdad [en este caso] el principio de la separación de los poderes permanece protegido a pesar de todo”⁽¹⁷⁾. El punto de Schmitt es que

o bien existe una contradicción *manifiesta* [o *revelada*: *offenbar*] frente a las disposiciones constitucionales, es decir una violación de la constitución: entonces el tribunal que determina explícitamente esta violación en toda forma ejercita en verdad una justicia vindicativa según la justicia penal; o bien la duda sobre el contenido de una norma está tan fundamentada y la norma en sí es tan poco clara que entonces tampoco se puede hablar de una violación si el tribunal tiene otra interpretación que el legislador, cuya ley se encuentra en contradicción con la dudosa ley constitucional. Entonces es claro que el tribunal funge como legislador, en la medida en que pone fuera de toda duda un contenido dudoso con fuerza de ley⁽¹⁸⁾.

Para Schmitt sería ingenuo creer que las decisiones genuinamente constitucionales transforman la inconstitucionalidad dudosa en una (in)constitucionalidad *urbi et orbi*. En estos casos, el juez no es un perito o experto que convence por su superioridad científica, sino que tiene autoridad. La famosa y profética conclusión de Schmitt es que

(16) *Ibid.*, pp. 208-209.

(17) Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 196.

(18) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, pp. 80-81.

“[u]na expansión desenfadada de la Justicia no transformaría al Estado en jurisdiccionalidad [o *jurisdiction: Gerichtsbarkeit*], sino que al revés transformaría a los tribunales en instancias políticas. La política por así decir no se juridificaría, sino que la Justicia se politizaría. La justicia constitucional sería una contradicción en sí misma”⁽¹⁹⁾.

2. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS O LA APERTURA A LA TRASCENDENCIA

El segundo escenario en el que según Alexy aparece la conexión directa y necesaria entre derecho y moral es el del razonamiento judicial ordinario. Mientras que el escenario anterior del argumento de la injusticia tiene en cuenta una situación excepcional —a saber, la de una disposición jurídica extremadamente injusta—, el argumento de los principios corresponde a la agenda diaria del razonamiento judicial, “la vida jurídica cotidiana”⁽²⁰⁾. Alexy habla del “perfeccionamiento” (*Fortbildung*) judicial⁽²¹⁾, que en un gesto de transparencia es traducido al español como “creación”⁽²²⁾.

La situación ordinaria es diferente de la excepcional no solo por la frecuencia con que aparecen estos casos, sino que, además, mientras que en el primer escenario no hay dudas, ya que se trata de la “injusticia” extrema y manifiesta, en el segundo escenario, en cambio, estamos frente a la “textura abierta” del derecho, esto es, frente al derecho dudoso⁽²³⁾. Es por eso que en estas situaciones la conexión entre derecho y moral no es “desclasificante”, sino “cualificante”, ya que en este caso la eventual deficiencia moral de la disposición no la convierte absolutamente en no-jurídica⁽²⁴⁾.

Nuevamente, Alexy toma una sentencia del Tribunal Constitucional Federal, esta vez de 1973, como punto de partida para su reflexión:

(19) *Ibid.*, 98.

(20) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, p. 73.

(21) *Ibid.*, p. 22.

(22) *Ibid.*, p. 17.

(23) *Ibid.*, p. 74.

(24) *Ibid.*, p. 32.

La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de los poderes y, por lo tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que *la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho”* (art. 20, párrafo 3). Con esto, de acuerdo con la opinión general, *se rechaza un positivismo legal estrecho*. (...) *El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas*. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho [*ein Mehr an Recht*], que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto *un todo dotado de sentido* y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial⁽²⁵⁾.

Como anticipamos, en este escenario nos enfrentamos a la estructura abierta del derecho:

Como dice Hart, todo derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*). Hay varias razones para que ello sea así. Especial importancia tiene la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de contradicciones entre normas, la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión y la posibilidad de decidir, en casos especiales, en contra del texto de una norma. Puede, en este sentido, hablarse de un *“ámbito de apertura”* del derecho positivo, que puede ser más o menos amplio pero que existe en todo sistema jurídico. Un caso que cae en el ámbito de apertura puede ser llamado un *“caso dudoso”*⁽²⁶⁾.

La idea de que existe un *“plus en derecho”* y la de la *“apertura”* a los principios conjuran nuevamente el espíritu de Carl Schmitt. Schmitt habla de una *“plusvalía”* que le corresponde al Estado, *“un premio supra-legal sobre la base de la posesión legal y del poder legal y sobre la base de la obtención de la mayoría”*. *“Este premio político”*, agrega Schmitt, *“es relativamente calculable en tiempos de calma y normalidad”*, pero *“en situaciones anormales es totalmente incalculable e imprevisible”*⁽²⁷⁾. Según Schmitt, este premio supralegal:

[s]e origina en primer lugar a partir de la interpretación y la aplicación concretas de conceptos indeterminados y discrecionales, como *“seguridad y orden públicos”*, *“peligro”*, *“estado de necesidad”*, *“medidas necesarias”*, *“hostilidad contra el Estado y la Constitución”*, *“disposición*

(25) *Ibid.*, pp. 17-18; Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg: Karl Albert, 2011), p. 23.

(26) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, pp. 73-74.

(27) Schmitt, *Legalität und Legitimität*, p. 35.

pacífica”, “intereses vitales”, etc. Tales conceptos, sin los cuales organización estatal [*Staatswesen*] alguna se las puede arreglar, tienen la peculiaridad de que están inmediatamente vinculados a la situación correspondiente, que obtienen su contenido concreto recién y ante todo a través de la aplicación concreta, que lo únicamente decisivo es su aplicación y manejo concretos en todos los tiempos y situaciones difíciles y políticamente importantes. En segundo lugar, para el caso de duda, en la situación políticamente difícil el poseedor legal del poder estatal tiene la presunción de legalidad de su lado, quien naturalmente siempre entra en escena para la aplicación de tales conceptos indeterminados. En tercer lugar, finalmente, en caso de legalidad dudosa de entrada, estas disposiciones también son rápidamente ejecutables, incluso cuando se prevé posibilidades de reclamos y protección jurisdiccional. En una carrera de velocidad entre el Ejecutivo y la Justicia, la mayoría de las veces la Justicia llegaría demasiado tarde, *incluso si en los casos políticamente interesantes se le diera a ella en la mano, para ella misma, el instrumento no inocuo de medidas y disposiciones temporales*. Por eso, *la chance jurisdiccional significa por cierto una corrección necesaria y una protección no despreciable, pero ella no puede ser políticamente decisiva*⁽²⁸⁾.

Como se puede apreciar, Schmitt no cree que los jueces deban tener esta plusvalía suprallegal o política, ya que según él la jurisdicción es usada para protegerse de esta plusvalía y en todo caso, aunque la justicia tuviera ese poder no daría el efecto buscado. Con lo cual, volvemos a un punto que vimos más arriba. La plusvalía suprallegal no se refiere a la *corrección* de la decisión tomada o por tomar —después de todo eso es precisamente lo que está en cuestión—, sino a la autoridad y en todo caso a la ventaja con la que cuenta quien ejerce el poder.

Por otro lado, las varias referencias de Alexy al “ámbito de apertura del derecho positivo”⁽²⁹⁾ hacen que nos venga a la mente asimismo el “cristal de Hobbes” propuesto por Schmitt en sus notas o indicaciones a la edición de 1963 de *El concepto de lo político*:

El muy admirado sistema de Thomas Hobbes deja abierta una puerta a la trascendencia. La verdad según la cual “Jesús es el Cristo”... es una verdad de la creencia pública, de la “public reason” y del culto público, en el cual participa el ciudadano. (...). Pero la espeluznante guerra civil de las confesiones cristianas plantea inmediatamente la pregunta:

(28) Schmitt, *Legalität und Legitimität*, **###Ibid.###** pp. 35-36, énfasis agregado.

(29) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, pp. 74, 76 y 126.

¿Quién interpreta y ejecuta de modo jurídicamente vinculante esta verdad continuamente necesitada de interpretación? ¿Quién decide cuál es el verdadero cristianismo? Este es el inevitable *Quis interpretabitur?* [¿Quién interpretará?] y el incesante *Quis iudicabit?* [¿Quién juzgará?]. ¿Quién acuña la verdad en moneda válida? A esta pregunta responde la proposición: *Autoritas, non veritas, facit legem* [La autoridad, no la verdad, hace la ley]. La verdad no se ejecuta a sí misma, para eso hace falta órdenes ejecutables⁽³⁰⁾.

Schmitt agrega:

Enseguida se plantea la pregunta de si la neutralización [del conflicto] puede ser llevada más allá del marco de la confesión común en Jesucristo, por ejemplo hasta la creencia común en Dios —entonces la primera proposición también podría decir: Alá es grande—, o todavía más lejos hasta algunas de las muchas verdades necesitadas de interpretación, ideales sociales, *los más altos valores y principios básicos* a partir de cuyo cumplimiento y ejecución se originan disputas y guerras, v.g. libertad, igualdad y fraternidad; o: el ser humano es bueno; o: a cada uno según su rendimiento, etc.⁽³¹⁾.

En este contexto habría que mencionar, además, el ensayo que escribe Schmitt en 1960, *La tiranía de los valores*, sobre la jurisprudencia del por aquel entonces joven Tribunal Federal Constitucional. En la introducción Schmitt señala: “El interés que la jurisprudencia alemana mostró después de la Segunda Guerra Mundial por proveerse una fundamentación basada en la filosofía de los valores iba mano a mano con una revitalización del Derecho Natural. Ambas cosas expresaban el extendido afán de superar la mera legalidad del positivismo jurídico y conquistar el suelo de una legitimidad reconocida. Para algún que otro jurista, la filosofía de los valores tenía, en comparación con el derecho natural tomista, la gran ventaja de su cientificidad y modernidad”⁽³²⁾. Sin embargo, dado que el Tribunal Federal Constitucional había encontrado en la nueva constitución valores objetivamente fundamentados, Schmitt advierte: “En una comunidad cuya Constitución prevé un legislador y leyes es asunto del legislador y de las leyes por él creadas determinar la mediación a través de reglas calculables y ejecutables y evitar el Terror de la ejecución inmediata y automática del valor. (...)”

(30) Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 3ra. ed. (Berlín, Duncker & Humboldt, 1963), pp. 121-122.

(31) *Ibid.*, pp. 122-123, énfasis agregado.

(32) Carl Schmitt, *La tiranía de los valores* (Buenos Aires: Hydra, 2009), p. 107.

Un jurista que se aventura a ejecutar valores de manera inmediata debería saber lo que hace”⁽³³⁾.

En este mismo ensayo Schmitt se hace una pregunta muy vinculada al “cristal de Hobbes”:

La validez de los valores se basa en posiciones de valor. Ahora bien, ¿quién es aquí el que pone los valores? (...) La libertad puramente subjetiva de la posición de valores conduce... a una lucha eterna de los valores y las cosmovisiones, a una guerra de todas contra todos, a un eterno *bellum omnium contra omnes*, en comparación con el cual el viejo *bellum omnium contra omnes* e incluso el estado de naturaleza homicida de la filosofía del Estado de Thomas Hobbes son verdaderos idilios. (...) Lo que para uno es el Diablo, para el otro el Dios⁽³⁴⁾.

El punto de Schmitt es que es debido al desacuerdo sobre valores y principios que contamos con sistemas institucionales con autoridad. Insistir con teorías de la corrección jurídica que se basan en valores y principios, que encima son aplicados *inmediatamente*, hace que el derecho se vuelva redundante o contraproducente, invocando al problema como parte de la solución. Los jueces tienen que estar preparados para ser independientes de su propia ideología y sus propios valores. Por supuesto, hay casos que son genuinamente dudosos, pero entonces las teorías valorativas tampoco nos van a ayudar a resolverlos si es que existe un genuino desacuerdo sobre los valores. Es por razones morales de segundo orden que decidimos obedecer al sistema institucional antes que insistir con nuestros propios valores al respecto. Debería quedar claro entonces qué es lo que sucede en estos casos. No es la corrección sino la autoridad la que prevalece: *authoritas, non veritas*.

La gran cuestión del argumento de los principios es cómo identificamos un caso dudoso una vez que ampliamos el alcance del razonamiento judicial desde la ley hasta el derecho en general. ¿Es el derecho en general o suprapositivo al que recurrimos para resolver el caso dudoso o el caso dudoso se produce, en primer lugar, porque hemos recurrido al derecho suprapositivo? ¿El derecho en sentido amplio es el problema o la solución del caso dudoso? Traduciendo esto al lenguaje alexiano, ¿la ponderación y los principios son el efecto o la causa del

(33) *Ibid.*, pp. 146-147.

(34) *Ibid.*, p. 130.

caso dudoso y/o de la apertura del derecho? Pensemos en el caso del aborto: ¿cuáles son los materiales relevantes, los principios dotados de autoridad de antemano? ¿Cómo elegir entre los diferentes y opuestos principios en juego?⁽³⁵⁾. Alexy asume que la fiesta puede tener lugar porque ya han sido repartidas las invitaciones, pero no queda claro de antemano quiénes van a ser los invitados.

Alexy suele invocar el punto de vista de los participantes⁽³⁶⁾, es decir, el de los jueces, para defender la conexión necesaria entre derecho y moral en ocasión del argumento de los principios. Alexy tiene que recurrir a la perspectiva de los participantes en general, ya que si su teoría solo valiera para Alemania debido a que la Ley Fundamental de Bonn les indica a los jueces cómo deben desempeñar su función, un positivista podría explicar este punto sin mayores dificultades.

Sin embargo, este argumento de Alexy es circular. Hay jueces precisamente como Farrell que no se sienten reflejados en el contenido de sus sentencias, ya que si fuera por ellos en no pocas ocasiones habrían dictaminado de modo diferente. Un juez farrelliano *no* conecta necesariamente al derecho con la moral. Recordemos el *dictum* de Farrell nuevamente: “Un juez que nunca dicte una sentencia cuyo resultado le desagrade no es un buen juez”.

En este mismo sentido, John Gardner cita un juez del *common law* debido a que su opinión es bastante representativa para esa clase de sistemas: “siento que... me faltaría franqueza si fuera a ocultar mi infelicidad respecto a la conclusión que me siento compelido a alcanzar”⁽³⁷⁾. La misma filosofía judicial se puede apreciar en la presentación del juez Neil Gorsuch durante su audiencia de confirmación ante el Senado de los EE.UU.:

[N]uestro sistema de auto-gobierno requiere que los jueces apliquen el texto de nuestras leyes tal como fueran sancionadas por los representantes del pueblo. Entonces nuestros jueces, según el diseño institucional, juegan un papel crucial aunque limitado. Deciden casos o controversias, pero al resolver esos casos solo pueden ver las leyes escritas por el pueblo. Los jueces no son libres de reescribir las leyes

(35) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, p. 75.

(36) *Ibid.*, p. 41.

(37) John Gardner, *Law as a Leap of Faith* (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 141.

para obtener los resultados que ellos creen son más justos. Los jueces no son libres de reordenar las disposiciones jurídicas para hacerlas más equitativas. Obviamente, los jueces no son libres de actualizar la Constitución. Ese no es su trabajo. Ese poder es retenido por el pueblo actuando a través de sus representantes. Y cuando nuestros jueces no respetan este poder limitado, cuando sustituyen sus propias preferencias políticas por las de la rama legislativa, le quitan al pueblo estadounidense el derecho de gobernarse a sí mismo. Cuando eso sucede, el gobierno es socavado centímetro a centímetro y paso a paso, el equilibrio de poder cuidadosamente construido es alterado y la libertad individual está perdida ⁽³⁸⁾.

Los jueces entonces no son superhéroes, sino soldados que obedecen la autoridad incluso de la Constitución ⁽³⁹⁾. Después de todo, es por eso que se les toma un juramento. Sin embargo, la moralización que ha experimentado la noción de democracia al haberse quedado afortunadamente sin enemigos, ha hecho que a veces nos olvidemos de que la Constitución democrática —al igual que el resto del derecho— impone una relación de autoridad, de supra- y subordinación ⁽⁴⁰⁾. Si la Constitución fuera realmente un sucedáneo del discurso moral, su solo contenido sería suficiente para imponer obligaciones, sin promulgaciones ni juramentos (ni fuentes para el caso).

Otra cuestión muy importante a tener en cuenta es que, como bien dice Alexy: “Existe un caso dudoso cuando la ley que hay que aplicar es imprecisa y las reglas de la metodología jurídica no conducen necesariamente a un único resultado” ⁽⁴¹⁾. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado de que la precisión o la imprecisión, la facilidad o la dificultad de un caso sean jurídicas, es decir, dependan del caso en sí mismo y no de sus repercusiones. A veces un mismo caso no conduce a un único resultado, pero no porque sea impreciso o difícil, sino sencillamente debido a que las consecuencias del caso son políticamente urticantes, mucha gente sale a la calle, hay varios intereses de por medio, etc.

(38) Audiencia de confirmación sobre la nominación del hon. Neil M. Gorsuch para que sea juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 20 de marzo de 2017, p. 3.

(39) Huelga aclarar que en algunos casos hasta los soldados tienen que desobedecer las órdenes y, precisamente, cuando un soldado desobedece una orden no dice que la está “interpretando”.

(40) Ver Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 5.

(41) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, p. 19.

3. NAZISMO Y POSITIVISMO

Dado que los dos grandes escenarios en los que se despliega el neoconstitucionalismo de Alexy, sea el de la injusticia manifiesta o el de la estructura abierta del derecho, se refieren a —si no es que giran alrededor de— la neutralidad axiológica y la indefensión del positivismo en relación con el nazismo, tal vez convenga aprovechar esta oportunidad para esclarecer muy brevemente algunos malentendidos.

En primer lugar, la idea de que el derecho de Weimar era legalmente inerte es una leyenda. Existían varias leyes que protegían la república que no fueron aplicadas por los jueces: el parágrafo 2 de la Reichsvereinsetzung (RVG) de 1908, el art. 129 del Código Penal, y las leyes de defensa de la república de 1922 y de 1930⁽⁴²⁾. Por ejemplo, según el parágrafo 9, sección 1 de la ley de Defensa de la República de 1930, debía ser prohibido un partido “que persiga la aspiración de socavar la forma constitucional republicana del Estado del Reich o de un Land”. El propio Schmitt, antes de cruzar el Rubicón, obviamente sabía de la existencia de estas disposiciones, tal como lo muestra su discurso en homenaje a Hugo Preuß de 1930⁽⁴³⁾. Los partidos contra el sistema entonces ya estaban prohibidos por ley, pero la ley evidentemente no fue aplicada.

En segundo lugar, la neutralidad axiológica del positivismo es otra leyenda, lo cual se puede advertir en las críticas que el propio Schmitt le formula al positivismo durante el nazismo, que por otro lado son básicamente las mismas críticas de Alexy y el Tribunal Federal Constitucional.

Comencemos por el tristemente célebre artículo de Schmitt de 1934, “el Führer defiende el derecho”:

El 3 de octubre de 1933 el Führer ha hablado sobre Estado y derecho en las Jornadas de Juristas Alemanes en Leipzig. Él indicó la oposición entre un derecho sustancial (no separado de la eticidad y de la justicia) y la vacía legalidad de una neutralidad no verdadera y desarrolló las contradicciones internas del sistema de Weimar, que se

(42) Neumann, *Carl Schmitt als Jurist*, pp. 258-259.

(43) Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, pp. 178-179, n. 20.

auto-destruyó en esta legalidad neutral y se entregó a sus enemigos. A esto añadió la frase: “Esto debe ser una advertencia para nosotros” (44).

Pasemos ahora a un par de artículos de 1935 escritos por Schmitt sobre el Estado de derecho, cuyo propósito era abogar por “el Estado de derecho alemán de Adolf Hitler” (45). En su trabajo “El Rechtsstaat”, Schmitt sostiene *more alexiano* que “no hay Estado que se declare abiertamente como un Estado de no derecho [*Unrechtsstaat*] y por lo tanto todo Estado quiere un Estado de derecho” (46). Sin embargo, dice Schmitt, “en el siglo XIX la concepción individualista-liberal del Estado y de la sociedad se ha apoderado de la palabra Estado de derecho” (47). Schmitt agrega que “el Estado de derecho como un modo de operar no determinado en términos de contenido, sino solo formalmente, no sustancialmente sino funcionalmente, se ofrece a las más diferentes concepciones de justicia como un instrumento de su aplicación y realización”. De este modo, “el Estado de derecho se convierte en un *contra-concepto* del Estado de justicia. No sirve a la justicia en sentido material, sino a una previsibilidad positivista”. Esta concepción del Estado de derecho “conduce asimismo de modo consecuente a un positivismo legal neutral, intercambiable y transforma al Estado de derecho en su contrario, a saber en un Estado legal indiferente” (48).

Ahora bien, a diferencia de Alexy y del Tribunal Federal Constitucional, incluso en su etapa “polémica” Schmitt es consciente de que la tesis de la neutralidad axiológica no le hace justicia al positivismo liberal. En su artículo “¿Qué significa la disputa por el ‘Estado de derecho’?” de 1935, Schmitt reconoce que el Estado de derecho liberal temprano (cuya filosofía del derecho era el positivismo) “todavía tenía una cosmovisión y era capaz de una lucha política” (49). En el artículo sobre el Estado de derecho, también de 1935, Schmitt reconoce que el positivismo no es axiológicamente neutral, ya que al Estado de derecho liberal le corresponde “un *concepto de ley* determinado: la ley en sentido

(44) Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, 3ra. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1994), p. 227.

(45) Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916 bis 1969*, Günter Maschke (ed.), Berlín, Duncker & Humblot, 1995), p. 117.

(46) *Ibid.*, p. 109.

(47) *Ibid.*, p. 111.

(48) *Ibid.*, pp. 111-112.

(49) *Ibid.*, p. 126.

formal es solo una resolución que se lleva a cabo bajo la participación de la representación del pueblo libremente elegida según un procedimiento determinado después de una discusión pública, porque según la visión liberal solo la participación de la representación del pueblo y solo este procedimiento pueden asegurar la razón y justicia necesarias para una ley, las cuales le dan a la ley su ‘primacía’ ante todas las otras expresiones de voluntad del Estado”⁽⁵⁰⁾. El punto queda todavía más claro en el siguiente pasaje de Schmitt: “a pesar de la aparente neutralidad e instrumentalidad, esta clase de Estado de derecho se convierte... en un medio típico del individualismo liberal”, ya que de este modo las acciones del Estado son previsibles para los individuos⁽⁵¹⁾.

Dicho sea de paso, la energía política del positivismo liberal también se puede advertir en la monografía de Schmitt sobre Hobbes de 1938 escrita después de haber caído en desgracia con el régimen, que no fue bien recibida por los juristas nazis, ya que en la teoría política y jurídica de Hobbes confluyen el positivismo, el iluminismo y la soberanía del Estado que precisamente luchaban contra las corporaciones, es decir, “la *potestas indirecta*, que exige obediencia sin poder proteger, quiere mandar sin tomar sobre sí el riesgo de lo político”⁽⁵²⁾, lo cual es una referencia más o menos velada de Schmitt al jacobinismo marrón del partido nacionalsocialista que se había apoderado del Estado.

Schmitt mismo, en tercer lugar, adopta una forma de positivismo que podemos llamar normativo o político en la medida en que —antes y después de su adhesión al nazismo— defiende al Estado, “esa obra maestra de la forma europea y del racionalismo occidental”⁽⁵³⁾, como creador del derecho. “El Estado”, dice Schmitt en la edición de *El concepto de lo político* de 1963, “es un imperio de la razón (esta fórmula proviene de Hobbes y no recién de Hegel), un *imperium rationis* (*De cive* 10 § 1)”⁽⁵⁴⁾. Schmitt, además, denomina a su propio concepto

(50) *Ibid.*, p. 114, cf. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, p. 99.

(51) Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos*, p. 112, énfasis agregado.

(52) Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, G. Maschke (ed.), 2da. ed. (Stuttgart: Klett-Cotta, 1982), p. 127.

(53) Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, p. 10.

(54) *Ibid.*, p. 121.

de constitución “positivo”⁽⁵⁵⁾ y en la monografía ya mencionada sobre Hobbes en varias oportunidades señala al autor del *Leviatán* como el padre espiritual del Estado de derecho y del positivismo liberal, amén de identificarlo como el gran teórico del Estado, es decir, del derecho público europeo⁽⁵⁶⁾.

En cuarto lugar, cabe recordar la otra leyenda, tal vez la más preocupante, según la cual el positivismo era la filosofía del derecho del nazismo. En rigor de verdad, era exactamente lo contrario. Como explica Michael Stolleis,

Como la doctrina constitucional de la República Federal temprana se pensó a sí misma como decididamente antipositivista y siempre explicó que el positivismo arrastraba la culpa de la “perversión del derecho” nacionalsocialista, el “buen” antipositivismo continuó ininterrumpidamente. El “orden de valores” de la Ley Fundamental, que posibilitó el contacto con los valores suprapositivos y entonces nuevamente infiltró “puntos de entrada” en el derecho válido, pareció garantizar un futuro democrático y conforme al Estado de derecho. Que los nacionalsocialistas y sus constitucionalistas también se presentaban como decididos antipositivistas y asimismo hablaron de “puntos de entrada”, pareció ser ciertamente un desarrollo colateral marginal, si no es que esta circunstancia fue directamente reprimida”⁽⁵⁷⁾.

Bernd Rüterthers precisamente muestra que la perversión nacionalsocialista del derecho se debió al antipositivismo imperante⁽⁵⁸⁾ y en su reciente obra sobre la “revolución secreta” llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Federal alemán que convirtió al Estado de derecho democrático en un Estado judicial, llega básicamente a la misma conclusión. El “mismo método” de interpretación objetivo o teleológico-objetivo utilizado por el derecho nacionalsocialista para poner en marcha su plan de “renovación jurídica”, “prevaleció cada vez más en todas las áreas del derecho, después de 1949, sobre todo bajo el liderazgo del Tribunal Constitucional Federal, como el método prevaleciente de ‘interpretación’ (*Auslegung*) o más precisamente de ‘inser-

(55) Ver Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 20.

(56) Ver Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, pp. 103-104; 157.

(57) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus* (Munich: Beck, 1999), p. 200.

(58) Ver Bernd Rüterthers, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

ción' (*Einlegung*), que se ha sostenido hasta hoy" ⁽⁵⁹⁾. El final del libro de R uthers es absolutamente farrelliano: "La transformaci3n de la sociedad y del ordenamiento jurídico o incluso de la Constituci3n es tarea de los 3rganos legislativos legitimados democráticamente, en el Estado constitucional democrático, no de los tribunales ni del Tribunal Federal Constitucional" ⁽⁶⁰⁾.

4. CONCLUSI3N

A primera vista, la recuperaci3n schmittiana del Estado moderno, o del positivismo político si se quiere, parece ser un retroceso o en todo caso una manera de volver al pasado. Sin embargo, es exactamente al revés. La idea de que el derecho es la filosofía verdadera, *vera philosophia*, en realidad es anterior al positivismo, ya que es característica del *mos gallicus* humanista, según el cual la normatividad del derecho dependía de su racionalidad ⁽⁶¹⁾. Si realmente nos preocupa hacer retroceder el reloj habría que recordar que la idea de un Estado jurisdiccional basado en respuestas correctas es una noci3n premoderna, característica de la Edad Media, ya que en aquel entonces se podía "equiparar al Estado con la jurisdicci3n, en la medida en que se crea en normas de contenido, absolutas, cuyo solo descubrimiento y aplicaci3n permitan una judicializaci3n absoluta" ⁽⁶²⁾, lo cual obviamente supone la homogeneidad del Estado medieval ⁽⁶³⁾. El derecho moderno, en cambio, es una respuesta a la heterogeneidad, al desacuerdo sobre estas normas absolutas, sobre las razones de contenido, por lo cual no podemos darnos el lujo de insistir con las respuestas jurídicas correctas independientemente del sistema jurídico y con jueces que actúan como superh eros al servicio de consensos valorativos inexistentes.

(59) R uthers, *La revoluci3n secreta*, p. 52.

(60) *Ibid.*, p. 165.

(61) Schmitt, *Staat, Gro raum, Nomos*, p. 213.

(62) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufs tze aus den Jahren 1924-1954*, p. 98.

(63) Schmitt, *Der H uter der Verfassung*, p. 75.