

R E S E Ñ A

DERECHO Y PODER: KELSEN Y SCHMITT FRENTE A FRENTE

Córdova Vianello, Lorenzo (2009) *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, Ciudad de México, FCE, UNAM; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 320 pp.
ISBN 978-607-16-0081-3

FERNANDO JOAQUÍN
MONROY CÁRDENAS

Desde los filósofos de la antigüedad la disyuntiva de si era preferible el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres adquirió gran relevancia suscitando hondas controversias. Uno de los recientes pasajes de esta historia tuvo su más interesante debate a principios de los años 1920 entre dos profesores de la universidad de Colonia trascendiendo lo ideal para recrearse en la práctica plena. El debate lo protagonizaron el austriaco Hans Kelsen y el alemán Carl Schmitt con la pregunta inicial ¿quién debe ser el garante de la Constitución?

Lorenzo Córdova Vianello, discípulo del profesor turinés Norberto Bobbio, recrea un diálogo entre el pensamiento de ambos autores en el libro *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, que a continuación se reseña. La obra fue gestada en sus estudios de doctorado en Teoría política de la *Universita degli Studi di Torino*. En dicha obra no sólo el fondo del texto es importante, el método de la Escuela de Turín con el cual fue creado es de gran valor tanto como el contenido. Este método, ante todo analítico, se basa en la diferenciación de conceptos opuestos (dicotomías), teniendo como principal disciplina la filosofía política aborda los temas recurrentes con el pensamiento de los autores considerados como clásicos. Con la dicotomía –sostiene Michelangelo Bovero en el prólogo–, Córdova hace “girar y volver a girar la moneda en una suerte de numismática conceptual... para poner a prueba la consistencia de las construcciones teóricas... analizando dialécticamente las posiciones antitéticas”.¹

Y con la filosofía política, el académico de la UNAM desarticula y reconstruye conceptualmente el pensamiento de los autores² expuestos al análisis, así mismo la filosofía política permite orientar la indagación de la mejor forma de gobierno, la justificación o in-justificación de la obligación jurídico-política;³ no obstante, es necesario adentrarse en el estudio de la teoría del derecho. Esto es así porque derecho y poder son términos que se requieren uno al otro.⁴ Kelsen y Schmitt dan preeminencia a una cara de la moneda, el primero a la del Derecho, el segundo al del poder, de ella parten sus construcciones teóricas respecto al Estado y la democracia en su relación con los individuos bajo su influencia.

¹ Las cursivas son mías.

² Prólogo de Bobbio en el libro de J. J. Fernández Santillán, *Hobbes y Rousseau. Entre la autocracia y la democracia*, México, FCE, 1988, p. 10.

³ Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política* (trad. José J. Fernández Santillán), México, FCE, 2005, pp. 71-72.

⁴ Cfr. Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Origen y fundamentos del poder político* (trad. José J. Fernández Santillán) México, Grijalvo, 1985, pp. 19-36.

En esencia se indaga el fundamento y el motivo por el cual un individuo acata y obedece los lineamientos que lo vinculan, de alguna manera, con el gobernante o mejor dicho de quien detenta el poder político, y el cómo lo detenta o cómo lo ejerza, es decir, la legitimidad y la legalidad, depende de lado de la moneda y estos varían de acuerdo con si la formación de la voluntad política descende; *ex parte principis* o asciende, *ex parte populi*.

Córdova aborda en la primera parte el sistema de Hans Kelsen y en la segunda el sistema de Carl Schmitt; en un mismo orden de ideas para cada parte desentraña las concepciones de los autores respecto; a) la forma o ejercicio de gobierno, b) la democracia y, c) la titularidad del poder en relación a la distribución concentración de las decisiones políticas. Cada uno de estos vértices se construye según el lado de la moneda. Así pues, el libro no es una descripción histórica del pensamiento de los juristas, el texto es una refinada reflexión entre la democracia y la autocracia o en un sentido particular entre un modelo normativista y uno decisionista, como describe Córdova. Veamos una “rigurosa síntesis” de los modelos que analiza Córdova Vianello, para después apuntalar un poco más, a manera de conclusión, el método que utiliza.

Para Kelsen el Estado se reduce a un ordenamiento jurídico que pretende justificar el poder; para hacerlo válido, en este sentido, el nacimiento del Estado, o la relación entre el gobernante y gobernado, está sujeta a la *Grundnorm*, o norma fundamental, cuya función es la de autorizar un poder jurídico, *rechtsmacht*, que tenga la función de crear normas secundarias y condicionadas a su vez por la *Grundnorm*, lo que significa que no hay una norma superior a ella, por lo que la estructura jurídica se produce de una norma superior a una inferior, en cuya validez está sujeta con el proceso de creación de la y las normas.

La norma fundamental “tiene la doble función de cerrar el sistema por lo alto y de dotar de validez, directa o indirectamente, a todas las normas subyacentes del ordenamiento jurídico”,⁵ pero ¿qué sucede si intentamos verificar la validez de la *Grundnorm*? Kelsen responde que esta norma se presupone válida, porque no es producida, si así fuera el mecanismo de ascendencia correría al infinito,⁶ por eso la *Grundnorm* cierra el sistema en el vértice de la pirámide jurídica. No obstante, la validez es apenas una parte del problema lo cual, según manifiesta Córdova, y Bobbio en su momento, la eficacia pone en serios aprietos la teoría *kelseniana*. La norma o la estructura en su conjunto deben ser eficaces, es decir, deben tener la garantía de que serán observadas con regularidad, pues es aquí en donde se transforma la obediencia en deber.⁷

El Estado en este caso se vale, como último recurso, de la amenaza del uso de la fuerza, pero esto supondría una contradicción; esto es así porque el sistema abre con la *Grundnorm* y cierra con la fuerza, es decir, con el poder. Sin embargo no es que sea imperfecto puesto que el derecho sin poder es vacío.⁸ La solución se encuentra en la legitimidad del poder aceptado por los individuos en la medida que no es un poder extraño,

por el hecho de que el poder político es acorde con los destinatarios de la norma, la formación del poder creador de las normas es ascendente y cumple con la autodeterminación de los sujetos al ordenamiento jurídico. El contrato social supera el obstáculo,⁹ en tanto que “el Estado está constituido por hombres, no vive sino en ellos y por ellos”,¹⁰ en otras palabras el grado de democraticidad se mide en razón de que la voluntad colectiva se manifiesta en la *nomogénesis* del sistema coincidiendo con la voluntad individual. Es lo que separa la democracia de la autocracia y se manifiesta cuando el individuo asiste a la creación directa o indirectamente del ordenamiento jurídico,¹¹ lo cual, para Kelsen, no sucede de manera idónea sino es en un gobierno parlamentario, gracias a los mecanismos de representación que facilitan el compromiso de este contrato.

Del otro lado de la moneda sucede lo opuesto. Para Carl Schmitt, el sistema normativo no es por sí mismo suficientemente eficaz para gobernar, el sistema del jurista de Plettenberg no prescinde del orden jurídico, se otorga la primacía del poder sobre el derecho. La fuente de la obligación que vincula a los gobernados está representada por la voluntad de un individuo que ostenta o es depositario de la *summa potestas*, del poder

⁵ L. Córdova, *op. cit.*, nota, 1, p. 72.

⁶ Con Schmitt enfrentamos el mismo problema sobre el origen de la autorización para ejercer el poder de parte del soberano, a lo que Bobbio se pregunta “el poder supremo ¿no es también una hipótesis de la razón?”. Bobbio, *Teoría general de la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 275.

⁷ Lucidamente Rousseau reflexiona que “el más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre amo y señor si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”, J. J. Rousseau. *El contrato social o principios de derecho político*, México, Porrúa, p. 6.

⁸ Norberto Bobbio, *op. cit.* nota 6, p. 262.

⁹ Lorenzo Córdova, *op. cit.*, nota, 1, p. 87.

¹⁰ H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia y Forma del Estado y filosofía* (Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2005, p. 154.

¹¹ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Máynez), México, UNAM, 2008, p. 337 y 340.

que por encima de este no hay otro, “Schmitt –describe Córdova– piensa que no puede existir el derecho si no es como el resultado del principio de unidad política expresado en la Constitución y representado por el Estado”,¹² la sociedad es anónima y sólo adquiere forma definida cuando observa al soberano en el balcón del poder.

Schmitt es comparable con el pensamiento de Thomas Hobbes, ambos ven el pacto de sujeción la salvación del Estado, aunque el filósofo de Malmesbury busca terminar con el estado de guerra que desemboca en concordia evitando el conflicto, renunciado a todos los derechos naturales a favor de un soberano y con la conservación del derecho a la vida. Schmitt va más allá con sostener el conflicto como motor para diferenciar al enemigo y la razón constante de la unificación del pueblo que tiene como cima al poder ejecutivo. Coincide con Karl Marx en su concepción de la política como conflicto.

El pacto de sujeción de Schmitt no está determinado por el sólo hecho de existir una persona con cualidades excepcionales si no que está enmarcado por una situación de emergencia “donde el Estado encuentra su expresión más pura”.¹³ Los elementos definitorios son “el soberano, la decisión y el caso de excepción”,¹⁴ pero otra característica particular del sistema *schmittiano* es la identificación de parte del soberano del enemigo público, sólo en esta situación de conflicto se está en el plano de la política y sólo de esta manera “un pueblo adquiere conciencia... de su existencia como una unidad social organizada”,¹⁵ de disolverse el Estado la sociedad misma dejaría de existir.

En consecuencia el soberano es *legibus solutus* y factor esencial de la unidad del pueblo con el Estado –*l’tat c’est moi*–, el poder se deriva de arriba hacia abajo proveyendo de manera heterónoma el marco jurídico que reviste la voluntad del soberano y, so-

bra decir, que la legitimidad obedece a que el jefe del ejecutivo, siendo elegido por el voto directo es el *verdadero* representante de la voluntad popular. Con dicho sistema la forma de gobierno por la cual se inclina Schmitt es la presidencial, así mismo, esta forma de gobierno salva a la democracia del individualismo liberal burgués por considerar que esto sólo encausa a un conflicto de intereses personales que se manifiestan en los parlamentos.

Los modelos teóricos, principalmente los considerados por la filosofía, al menos en este caso, no son producto de una elevación abstracta de lo ideal, ambos autores concibieron sus sistemas a partir de la observación de su contexto. Pensemos en la Yugoslavia, para ejemplificar a Schmitt, una vez que Josip Broz fallece, como un pilar *alfa* que sostienen una estructura, se viene consigo la unidad de siete pueblos con culturas distintas. Quién podría negar que *Tito* fuera el factor de unidad de aquellos pueblos. Ahora bien, para el ejemplo con Kelsen, la destitución de algún jefe de gobierno o la disolución del cuerpo legislativo en las democracias parlamentarias, que por lo demás es normal, que el gobierno caiga –siempre y cuando sea un procedimiento constitucional la disolución del parlamento o remoción de confianza al jefe de gobierno–, esto no significa que el Estado se disuelve ni mucho menos que la sociedad desaparezca, como ha sucedido en Israel a finales de 2005 o en Italia a principios de 2008.

Retomando la cuestión del método, una vez desmenuzada cada

parte en ambas teorías lo que el análisis *bobbiano* permite es, por decirlo de este modo, purificar lo que en estricto sentido se entiende por los conceptos y enunciados que describen las construcciones teóricas, esto es “considerar las cosas en sus elementos simples antes que en su conjunto”,¹⁶ o tal como diría el profesor Bobbio, ofreciendo una “definición mínima” lejos de ambigüedades conceptuales. La aproximación ideal a los sistemas determina el panorama contrastante de la realidad, este es el paso hacia la prescripción, el resultado de valorar la teoría respecto a las implicaciones reales.¹⁷

En efecto, la ventaja de comparar dos modelos contrapuestos es que un concepto de vida al otro,¹⁸ en consecuencia, al final del libro el lector puede elaborar una valoración sobre la preferencia de un sistema para aplicarlo a la realidad, en aproximación entre modelo ideal a la realidad. A este mismo tenor, el texto de Córdova adquiere mayor importancia dada la pretensión de reordenar el modelo de Estado en México; además, como sucede en el orden internacional, reflexionar sobre la consecuencia del uso de la fuerza (la guerra a su máxima expresión) como instrumento principal para garantizar el orden jurídico. Así mismo, en relación con un debilitamiento del Derecho sobre otros poderes, como sucede con el poder económico e ideológico, que no sólo ha podido superar el Estado de derecho sino que incluso se ha confundido. El Derecho, mejor dicho, el constitucionalismo se enfrenta con la

¹² Lorenzo Córdova, *op. cit.*, nota 1, p. 181.

¹³ *Ibidem.*, p. 195.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 199.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 222.

¹⁶ R. Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (trad. Jordi Ferrer), Barcelona, Gedisa, 1999, p. 58.

¹⁷ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Año Académico 1975-1976* (Trad. José J. Fernández Santillán), México, FCE, 2008, p. 9 y ss.

dura tarea de mantener a raya a estos poderes fácticos, por lo que resulta inminente evocar el ideal *kantiano* de la paz perpetua en beneficio del reconocimiento de la persona, y sus implicaciones jurídicas sobre los derechos fundamentales, no ya en lo nacional, sino más bien elevado al plano internacional.

► ¹⁸ Norberto Bobbio, *op. cit.*, nota 3, p. 8.