

CARL SCHMITT, HANS KELSEN Y LA CORTE SUPREMA

*Martin D. Farrell**

Resumen[†]

El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen durante la vida breve, dramática y agitada de la República de Weimar ha arrojado significativas contribuciones teóricas a la teoría general del derecho. La teoría normativista de Kelsen resuelve las situaciones normales, aquellas que constituyen la regla; mientras que la teoría decisionista de Schmitt resuelve las situaciones anormales, aquellas que constituyen la excepción.

El presente artículo compara el pensamiento de estos juristas en relación con aquellas decisiones que se encuentran en el límite de la esfera del derecho –entre la sujeción a un marco normativo y el libre ejercicio del poder soberano–. En especial, se concentra en la reacción del Poder Judicial frente a las decisiones más importantes adoptadas por el Poder Ejecutivo.

A través del análisis de cinco decisiones judiciales –dos de la Corte Suprema estadounidense y dos de la Corte Suprema argentina–, el artículo presenta una teoría descriptiva de la decisión judicial dentro de los límites de la teoría general del derecho de la República de Weimar, poniendo de manifiesto un elemento que no puede faltar en ninguna teoría de la decisión judicial: el correcto cálculo de las consecuencias de la decisión.

* Es Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Fue designado profesor emérito de dicha universidad. Es Director de Investigaciones y Doctorado de la Universidad de Palermo. En 1996 obtuvo el premio Konex de Platino en Ética. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Desde el año 1986 es Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Anteriormente fue Vicepresidente de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, y ha sido Tesorero y Secretario de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Es autor de 17 libros sobre filosofía del derecho, moral y política, y de 70 artículos sobre dichos temas, en español, inglés, italiano y alemán.

[†] Este trabajo fue presentado en el Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad de San Andrés y en el Seminario de Doctorado de la Universidad de Palermo, y se benefició grandemente de las discusiones posteriores.

I. Introducción

La vida breve, dramática y agitada de la República de Weimar (1919 – 1933) no le impidió albergar a varios de los juristas de mayor influencia en el siglo veinte, dos de los cuales voy a ocuparme centralmente aquí: Carl Schmitt y Hans Kelsen. Las comparaciones que voy a efectuar entre ambos se referirán solo a sus contribuciones teóricas dentro del ámbito filosófico y no me ocuparé entonces de sus profundas diferencias políticas. Schmitt fue un nazi, desde su afiliación al partido en 1933 hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945, mientras que Kelsen fue un social demócrata liberal, que debió abandonar su cargo en la Universidad de Colonia con la llegada del nazismo. Estas profundas diferencias políticas conllevan una gran dificultad para evaluar los aportes teóricos de ambos, por lo que es imprescindible extremar en este caso la cautela. Políticamente, la actuación de Schmitt fue deplorable, y debió pagarlo con una etapa en prisión al terminar la guerra; por contraste, la actuación política de Kelsen, finalmente exiliado en los Estados Unidos, fue –por cierto– impecable.

Pero este no es mi tema. Schmitt y Kelsen fueron dos grandes juristas, y como tales –pero únicamente como tales, desde luego– merecen el mismo respeto. Yo voy a estudiarlos precisamente como juristas, de donde cuando clasifique a alguna opinión como schmittiana, por ejemplo, esta clasificación no debe ser vista como un juicio evaluativo crítico sino –por el contrario– como un juicio descriptivo. A la inversa, ser clasificado como kelseniano no se entiende tampoco como un elogio de esa posición en particular.

Durante la existencia de la República de Weimar Schmitt produjo dos de las obras centrales que voy a considerar aquí (aunque no serán las únicas de ese período que utilizaré): *Political Theology* y *The Concept of the Political*, en ese orden cronológico; después de la guerra, la producción de Schmitt fue de menor cuantía. Kelsen, por el contrario, siguió produciendo con un gran nivel de calidad durante la posguerra, y esto obliga a una selección de sus obras para que la comparación con Schmitt sea equitativa. Voy a descartar la obra última de Kelsen, a partir de su residencia en Estados Unidos, que revela una cierta influencia de la filosofía empirista, y a concentrarme en el Kelsen influenciado por Kant, que se muestra con más claridad en su obra de 1934. De esta manera, entonces, voy a comparar dos filósofos de la República de Weimar.

Me interesa el pensamiento de Schmitt y de Kelsen en relación a aquellas decisiones que se encuentran en el límite de la esfera del derecho (en qué lado del límite se encuentran

depende muchas veces –por supuesto– de que uno concuerde con Schmitt o con Kelsen). Son las decisiones más importantes que se adoptan por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, de donde me interesa especialmente la reacción del Poder Judicial frente a la actitud del Poder Ejecutivo. Me limitaré, en este caso, a la última instancia del Poder Judicial, esto es, a la Corte Suprema, ya que los tribunales inferiores tienden muchas veces a descartar las dificultades en la ejecución de sus decisiones, suponiendo –no sin razón– que ellas serán recurridas ante la Corte.

Una vez que haya establecido las diferencias entre la teoría de Schmitt y la de Kelsen, voy a examinar cinco decisiones judiciales que pueden describirse de acuerdo a alguna de esas dos teorías; dos de esas decisiones provienen de la Corte Suprema de Estados Unidos, y tres de nuestra propia Corte Suprema. Hay veces en las que los ciudadanos demandan de la Corte más de lo que la Corte puede dar, pero también hay veces en que la Corte cree que posee menos opciones de las que en realidad tiene disponibles; estudiar las teorías de Schmitt y de Kelsen puede ayudarnos a precisar mejor esas opciones. Téngase en cuenta que solo estoy en busca de la mejor solución disponible dentro de los confines de la teoría general del derecho de la República de Weimar.

Recuerdo –una vez más– que ajustarse a la teoría schmittiana no constituye un defecto *per se*, ni ajustarse a la teoría kelseniana constituye una virtud *per se*. Supongamos que alguien pregunta si es mejor la teoría de la verdad por correspondencia o la teoría de la verdad por coherencia. La respuesta solo puede consistir en otra pregunta: ¿en qué ámbito piensa utilizar la teoría? Si el ámbito es la física, la teoría de la correspondencia es superior, pero si el ámbito es la aritmética, es superior la teoría de la coherencia. En este caso ocurre lo mismo: si alguien pregunta si es mejor la teoría de Schmitt o la de Kelsen la respuesta es otra pregunta: ¿en qué situaciones piensa recurrir a la teoría? En situaciones de normalidad, la teoría de Kelsen da cuenta perfectamente del derecho, pero en situaciones de excepción es mejor –como veremos– recurrir a la teoría de Schmitt.

II. Las teorías en juego

A. El enfoque de Schmitt

El concepto de soberanía es esencial en la teoría de Schmitt; el soberano es el que decide en situaciones críticas, en situaciones de excepción,¹ y son precisamente las situaciones de excepción las que le interesan a Schmitt, quien entiende la soberanía como el ejercicio del poder por parte del Estado².

La teoría de Schmitt no niega –obviamente– que existan normas, pero cree que ellas son válidas solo en situaciones normales: todas las normas presuponen una situación normal, y ninguna norma puede ser válida en una situación completamente anormal.³ Que el caso extremo aparezca como una excepción no niega, sino que confirma, su carácter decisivo.⁴ Schmitt cita con aprobación a von Stein cuando dice que, una vez que la Constitución es atacada, la batalla debe ser librada fuera de la Constitución y del derecho, y –así– decidida por el soberano, y cita con igual aprobación a Hobbes cuando dice que la soberanía del derecho significa solo la soberanía de los hombres que redactan y administran ese derecho.⁵ Kahn caracteriza bien la posición de Schmitt: no el derecho, sino la excepción; no el juez, sino el soberano; no la razón, sino la decisión; el juez y la norma han sido empujados fuera de la vista.⁶

Schmitt escribió *The Concept of the Political* en 1932, pero seguía manteniendo allí intacta la idea formulada diez años antes en *Political Theology*, en el sentido de que las fórmulas legales acerca de la omnipotencia del Estado solo son –de hecho– secularizaciones superficiales respecto de fórmulas teológicas acerca de la omnipotencia de Dios.⁷ Volvamos atrás en el tiempo, entonces, para analizar este libro temprano, que resulta decisivo para la comprensión de su teoría.

El título de la obra ya nos dice mucho acerca del propósito de Schmitt: se ha dicho, en efecto, que la teología política es una forma de investigación que comienza allí donde el derecho termina.⁸ El primer párrafo del libro contiene la hoy famosa definición de Schmitt:

¹ Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (Chicago: The University of Chicago Press, 2007), 38.

² Tracy B. Strong, “Foreword”, en Schmitt, *The Concept of the Political*, cit., xx.

³ Schmitt, *The Concept of the Political*, 46.

⁴ Schmitt, *The Concept of the Political*, 35.

⁵ Schmitt, *The Concept of the Political*, 67.

⁶ Paul W. Kahn, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty* (Nueva York: Columbia University Press, 2011), 31-32.

⁷ Schmitt, *The Concept of the Political*, 42.

⁸ Kahn, *Political Theology*, 2.

“El soberano es el que decide respecto de la excepción” [traducción propia]⁹. Aunque no es sencillo precisar la idea de excepción, ella puede ser caracterizada como cualquier tipo de perturbación política o económica severa que requiere la aplicación de medidas extraordinarias.¹⁰ Esas medidas extraordinarias, por supuesto, deben ser elegidas y aplicadas por el soberano.

La excepción, y esto es crucial para la tesis de Schmitt, no se puede derivar de la norma, no se encuentra codificada en el orden jurídico existente, ni puede ser adecuada a una ley previa.¹¹ Como dice Kahn, “si convertimos a la excepción en una instancia de la norma, perdemos completamente el concepto” [traducción propia]¹². Porque la excepción se corresponde a un estado de emergencia, y los detalles precisos de la emergencia no pueden ser anticipados; por lo tanto, la excepción se encuentra fuera del sistema jurídico normalmente válido.¹³ No hay manera de predecir la excepción, de donde la excepción no puede integrar el sistema jurídico. El Schmitt temprano ya anticipa esta idea cuando sostiene que hay decisiones que deben ser hechas aparte del derecho, y a veces en contra del derecho, pero que sin embargo deben ser definidas como correctas.¹⁴

Cada norma presupone una situación normal, y se convierte en un sinsentido cuando esta situación normal deja de existir.¹⁵ Consecuente con el título de su libro, Schmitt sostiene que “la excepción en la teoría del derecho es análoga al milagro en teología” [traducción propia]¹⁶. El soberano, como he dicho, decide si nos encontramos frente a un estado de excepción, y decide también cómo entendernos con él.¹⁷

El rasgo central de la soberanía –entonces– consiste en la autoridad para suspender el derecho válido, puesto que lo que caracteriza a la excepción es la presencia de una autoridad ilimitada, lo que implica –a su vez– la suspensión del orden existente: una teoría del derecho preocupada por cuestiones usuales (como es el caso de la teoría kelseniana) no

⁹ Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (Chicago: The University of Chicago Press, 2005), 5.

¹⁰ George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936* (Nueva York: Greenwood Press, 1989), 7.

¹¹ Schmitt, *Political Theology*, 6.

¹² Kahn, *Political Theology*, 15.

¹³ Schmitt, *Political Theology*, 6-7.

¹⁴ Carl Schmitt, “Statute and Judgment”, en *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, eds. Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink (Berkeley: University of California Press, 2000), 64. El artículo original fue publicado en 1912.

¹⁵ Schwab, *The Challenge of the Exception*, 49.

¹⁶ Schmitt, *Political Theology*, 36.

¹⁷ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 42.

tiene interés en el concepto de soberanía. La norma, que permanece desde luego dentro de la estructura de lo jurídico, es destruida en la excepción.¹⁸ Después de la declaración del estado de excepción, y para restaurar la paz y el orden, el soberano puede infringir el orden jurídico:¹⁹ el poder del soberano opera más allá del derecho, para crear y proteger el derecho.²⁰ El soberano advierte la presencia de una situación de emergencia, decide que se trata de una excepción, deja entonces de estar sujeto al orden jurídico diseñado para entenderse con situaciones normales, y elige los medios adecuados para volver a la normalidad.

Schmitt pensaba que incluso los liberales debían advertir que la soberanía trasciende cualquier sistema normativo.²¹ La soberanía, entonces, consiste en la capacidad de elevar a su sujeto por encima del orden jurídico constituido: todo el sistema de legalidad es así relativizado por un poder que se encuentra afuera de, y por sobre, él. La soberanía no puede ser adscripta al sistema jurídico mismo;²² se encuentra por encima de él, y aparece claramente en el origen del sistema jurídico mismo, y en cada una de sus situaciones excepcionales. Es por eso que la decisión del soberano es la decisión final, respecto de la cual no existe apelación alguna. El poder del soberano –por otra parte– no reside solamente en identificar la excepción, sino en decidir respecto de ella: la excepción solo puede ser reconocida en la decisión respecto de la misma.²³

La teoría de Schmitt es claramente “decisionista”: todo orden jurídico está basado en una decisión, y descansa últimamente en ella, no en una norma.²⁴ Este es el punto central de la discrepancia entre Schmitt y Kelsen, ya que este último remueve a la decisión del ámbito del derecho y la confina al ámbito de la sociología jurídica. Schmitt, por el contrario, piensa que constituiría una distorsión decir que la excepción no tiene importancia jurídica y es, en consecuencia, sociología, puesto que considera que la esencia de la soberanía del Estado no consiste en el monopolio de la coerción sino en el monopolio de la decisión. Schmitt rechaza, entonces, que todos los elementos sociológicos sean dejados fuera del derecho, y por eso mismo pregunta en qué descansan la necesidad

¹⁸ Schmitt, *Political Theology*, 12-13.

¹⁹ Schwab, *The Challenge of the Exception*, 44.

²⁰ Kahn, *Political Theology*, 53.

²¹ Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 73.

²² Véase Renato Cristi, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power”, en *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ed. David Dyzenhaus (Durham: Duke University Press, 1998), 179 - 183.

²³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory”, en *Law as Politics*, ed. Dyzenhaus, 42. Kahn, *Political Theology*, 40 y 45.

²⁴ Schmitt, *Political Theology*, 10.

intelectual y la objetividad de las diversas imputaciones con los diversos puntos de imputación (que es claramente la descripción que Kelsen hace del derecho) sino en una determinación positiva, esto es, en un orden, por lo que concluye que Kelsen resolvió el problema de la soberanía negándolo.²⁵

Obviamente, Schmitt reconoce que para que pueda existir una excepción es necesario tener una regla, y no cuestiona que la teoría de Kelsen sea apta para describir situaciones usuales, y no excepcionales; lo que objeta, en cambio, es que Kelsen descarte completamente las excepciones. Pero Schmitt nunca argumentó a favor de la negación total de la normalidad, ni intentó implementar un estado permanente de excepción.²⁶ Como bien lo plantea Kahn, el acto de sacrificio de la revolución debe transformarse a sí mismo en un texto constitucional; la excepción suspende el derecho, pero lo hace siempre en el camino hacia el derecho.²⁷

Tal vez la obra en que Schmitt expresó más claramente sus ideas sea *On the Three Types of Juristic Thought*, publicada en 1934, y concebida como un ataque a la teoría kelseniana. Desde el punto de vista del “normativismo” –dice Schmitt– todo orden es transformado en un simple agregado, o en una simple suma, de reglas y leyes: el método normativo aísla y absolutiza la norma. Para ser consistente, el normativista siempre debe basarse en las normas y en su validez, nunca en el poder concreto.²⁸

Pero –al mismo tiempo– la norma nunca puede aplicarse, ni administrarse, a sí misma, de donde el pensamiento normativo conduce a una separación aguda y creciente entre la norma y la realidad: la normatividad y la facticidad son planos por completo diferentes para la teoría normativista,²⁹ lo que para Schmitt constituye un defecto capital, del que acusa –por supuesto– al normativismo kelseniano.

Por otra parte, Schmitt piensa que, incluso si la norma es inviolable tanto como uno desearía que lo fuera, ella solo controla una situación únicamente en la medida en que tal situación no se haya convertido en algo completamente anormal, y estas son –precisamente– las situaciones que más le interesan. En su teoría, la fuente del derecho consiste en la soberanía con la cual se dicta un orden que reviste el carácter de decisión última: la decisión soberana es el comienzo absoluto, y proviene de un vacío normativo.

²⁵ Schmitt, *Political Theology*, 13, 18 y 20-21.

²⁶ Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 46.

²⁷ Kahn, *Political Theology*, 142.

²⁸ Schmitt, *Political Theology*, 51-53.

²⁹ Schmitt, *Political Theology*, 56, 60 y 62.

El soberano que decide no adquiere su competencia para tal decisión sobre la base de un orden ya establecido,³⁰ pues no existe nada jurídico previo a esa decisión: el acto del soberano es aquí un acto fundacional.

En su *Teoría de la Constitución* Schmitt modificó su posición acerca de la soberanía, la que allí identifica con el poder constituyente. Desde el comienzo de la obra Schmitt resalta que solo algo que existe en términos concretos puede adecuadamente ser el soberano: una simple norma válida no puede ser el soberano.³¹ Esto es: desde el comienzo de la obra, el trasfondo de la teoría de Schmitt es una polémica con la teoría de Kelsen. La esencia de la Constitución, entonces, no está contenida en una ley, o en una norma, sino que antes del establecimiento de cualquier norma existe una decisión política fundamental de parte del titular del poder constituyente: en una democracia, es una decisión adoptada por el pueblo, y en una monarquía genuina, es una decisión adoptada por el monarca.³² De ahí que el soberano es aquel que tiene la facultad de violar, y –así– relativizar, el orden jurídico como un todo.³³ La autoridad del soberano no está –ni puede estar– limitada por el derecho.

La Constitución surge a partir de la decisión del titular del poder constituyente, el cual constituye la voluntad política cuya autoridad es capaz de formular la decisión concreta y abarcadora respecto del tipo y forma de su propia existencia política.³⁴ La Constitución se basa, así, en una decisión política que concierne al tipo y forma de su propio ser.³⁵ El pueblo inicia su poder constituyente a través de alguna expresión reconocible de su voluntad directa, la cual está dirigida a una decisión acerca del tipo y forma de existencia de la unidad política.³⁶ Esa decisión, a su vez, no requiere ninguna justificación que provenga de alguna norma ética o jurídica: hace sentido, en cambio, en términos de existencia política; aquí una norma no estaría en posición de justificar nada,³⁷ de donde lo que cuenta no es ninguna norma, sino la decisión. El decisionismo reemplaza al normativismo.

³⁰ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press, 2008).

³¹ Schmitt, *Constitutional Theory*, 63.

³² Schmitt, *Constitutional Theory*, 77. Cristi, “Carl Schmitt on Sovereignty...”, 188-189.

³³ Cristi, “Carl Schmitt on Sovereignty...”, 191.

³⁴ Schmitt, *Constitutional Theory*, 97.

³⁵ Schmitt, *Constitutional Theory*, 125.

³⁶ Schmitt, *Constitutional Theory*, 130-131.

³⁷ Schmitt, *Constitutional Theory*, 136.

El poder constituyente, a su vez, se activa a sí mismo a través del acto de la decisión política fundamental: no puede ser delegado, ni absorbido, ni consumido, sino que permanece siempre presente, dependiendo de las circunstancias.³⁸ Schmitt creía entonces que el poder constituyente detrás de la Constitución de Weimar era el pueblo alemán, de donde terminó aceptando una cierta forma de democracia.

La conclusión más importante de la concepción decisionista de Schmitt es la que extrajo Paul Kahn, y por eso voy a denominarla el “Principio de Kahn”, el cual dice: “La decisión judicial es solo tan fuerte como la promesa de defender la decisión si surge algún conflicto acerca de ella” [traducción propia]³⁹. Si interpretamos “promesa” como “posibilidad”, el Principio puede leerse así: la decisión judicial tiene validez en la medida en que ella pueda ser ejecutada en el mundo real; si puede predecirse con certeza que la decisión judicial no va a ser obedecida, ella carece de validez. Este es el principio central que voy a utilizar luego para el estudio de las decisiones judiciales que mencionaré más adelante. No aparece explícitamente enunciado así en la teoría de Schmitt, pero creo que Kahn extrajo de ella una inferencia correcta; por otra parte, como puede verse, es un principio que coincide con la tesis central del realismo jurídico. Es verdad que Schmitt estaba interesado principalmente en situaciones más dramáticas, como el estado de guerra, por ejemplo, pero el Principio de Kahn tiene otra virtud: hace explícito el elemento decisionista, no solo en el soberano, como cabeza del Poder Ejecutivo, sino en la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial.

Schmitt fue un decisionista que concentró su atención en el soberano. En la decisión del soberano él encuentra el inicio del orden jurídico, el origen de las normas: no hay derecho antes de la decisión soberana. Durante el período subsiguiente de normalidad, el poder del soberano permanece latente, pero –aunque a veces lo olvidemos– permanece, y se manifiesta en dos tipos distintos de situaciones: a) la revolución, y b) las emergencias políticas y económicas. En ambos casos el soberano debe decidir, y decidir fuera del derecho, esto es, fuera del control del Poder Judicial.

Desde luego que para Schmitt la figura del soberano se encuentra en el Poder Ejecutivo, y no en la Corte. En situaciones que el soberano considera de excepción, la Corte tiene dos alternativas: a) reconocer el carácter de soberano de quien ha decidido, y declarar válida esa decisión; o b) cuestionar el carácter de soberano de quien ha decidido,

³⁸ Schmitt, *Constitutional Theory*, 140.

³⁹ Kahn, *Political Theology*, 74.

y declarar que la decisión no es conforme a derecho. En este segundo caso la Corte está testeando la figura del soberano, y nuevamente aparecen aquí dos alternativas: a) el fallo de la Corte es obedecido, de donde el soberano no era tal; o b) el fallo es desobedecido, y el soberano era tal. Antes de resolver, la Corte debe sopesar las consecuencias de ambas alternativas.

B. El enfoque de Kelsen

Kelsen era un normativista y, a diferencia de Schmitt, estaba especialmente interesado en las situaciones normales, y no en las de excepción; no concebía ninguna circunstancia excepcional que se encontrara fuera de la normatividad. Un normativista busca siempre disolver el orden concreto en una serie de normas válidas, pero cuanto más puro y normativo se vuelve su pensamiento, más aguda es la separación entre la norma y la realidad, y este es –exactamente– el problema de Kelsen: la teoría del derecho se concentra en las normas, y el momento de la decisión queda confinado al ámbito de la sociología jurídica. Para el normativista, la norma y el orden normativo permanecen válidos independientemente de lo que pase en la realidad, puesto que la norma y la realidad son dos niveles completamente diferentes, el nivel del deber ser y el nivel del ser. Sin embargo, los propios normativistas no pueden dejar de advertir que la soberanía trasciende cualquier sistema normativo.⁴⁰ Hay que recordar que para Schmitt el Estado es algo tácticamente dado, mientras que para Kelsen el Estado es el derecho.

Schmitt le reprochaba a Kelsen que este no sabía qué hacer con el estado de excepción, y esta es una observación correcta. Kelsen quería evitar el problema de la excepción, y trataba siempre de sujetar al soberano a la norma.⁴¹ Por eso Kelsen necesita recurrir al derecho internacional, y considerarlo como una entidad superior a los órdenes jurídicos nacionales. Precisamente, la primacía del derecho internacional le sirve a Kelsen para obtener dos resultados, obviamente vinculados entre sí: a) mantener un normativismo estricto, reemplazando la norma básica –supuesta– del derecho nacional por una norma –positiva– del derecho internacional; y b) eliminar –a la vez– la figura del soberano, ahora sometido a las normas internacionales.

⁴⁰ Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 66 y 73. Supongo que esto es lo que Kelsen describiría como un cambio de norma básica.

⁴¹ Schwab, *The Challenge of the Exception*, 49-50.

Una caracterización adecuada de la teoría de Kelsen es la que proporciona Paulson: por un lado, Kelsen defiende la tesis normativa, la separación entre el derecho y los hechos; mientras que por el otro, también defiende la tesis de la separabilidad, esto es, la separación entre el derecho y la moral.⁴² El propio Kelsen lo dice de este modo: en relación con la justicia, la “Teoría Pura” enfatiza la realidad del derecho positivo, pero –en relación con la naturaleza– enfatiza que el derecho positivo es un deber,⁴³ no un hecho.

Kelsen llama “pura” a su teoría porque pretende que el conocimiento se enfoque solo en el derecho, puesto que lo que convierte a un evento en jurídico no es su facticidad: su sentido específicamente jurídico proviene de la norma cuyo contenido se refiere a dicho evento. Al caracterizar el derecho como norma, y al restringir la ciencia jurídica al conocimiento de las normas, uno separa el derecho de la naturaleza: el conocimiento en sociología jurídica, por ejemplo, no se refiere a la norma jurídica; la norma en tanto norma es una realidad ideal, no una realidad natural.⁴⁴

Esta es una posición que ya sostiene el Kelsen temprano. Así, afirma en un trabajo de 1911 que la ciencia del derecho es una disciplina normativa, cuyo tema son simplemente las normas, y que ella no desea explicar ningún suceso real. La cuestión relevante es por qué las normas jurídicas deben ser obedecidas, y no por qué son realmente obedecidas. El porqué la gente obedece las normas en su vida social es un tema para la sociología y la psicología social; la voluntad es un hecho de la vida psíquica, e investigarla es el tema de los psicólogos.⁴⁵ La pureza de la Teoría Pura reside en que solo desea conocer, no querer.⁴⁶

Para la teoría kelseniana el fundamento último del derecho es la norma básica, que es la norma que otorga validez a la primera Constitución. Dada la suposición de que la norma básica es válida, el sistema jurídico que descansa sobre ella también es válido: la norma básica confiere al acto del primer legislador el sentido específico de “deber”.⁴⁷ El significado de la norma básica se vuelve especialmente claro cuando el sistema jurídico, en vez de ser modificado por medios legales, es reemplazado por medios revolucionarios.

⁴² Stanley L. Paulson, “Introduction”, en Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996), xxv-xxvi.

⁴³ Hans Kelsen, “Legal Formalism and the Pure Theory of Law”, en *Weimar...*, eds. Jacobson y Schlink, 77. Publicado originalmente en 1929.

⁴⁴ Kelsen, *Introduction...*, 7, 10, 13 y 15.

⁴⁵ Kelsen, “On the Borders Between Legal and Sociological Method”, *Weimar...*, eds. Jacobson & Schlink, 58-59 y 61.

⁴⁶ Kelsen, “Legal Formalism...”, 78.

⁴⁷ Kelsen, *Introduction...*, 58.

Una banda de revolucionarios –por ejemplo– lleva a cabo un golpe de Estado en una monarquía con el propósito de reemplazarla por una República. Si los revolucionarios tienen éxito, el sistema antiguo deja de ser efectivo, y el nuevo sistema comienza a serlo, porque el comportamiento real de los seres humanos respecto de los cuales el sistema pretende ser válido ya no se corresponde con el antiguo sistema sino con el nuevo. Uno presupone entonces una nueva norma básica, que no es más aquella que delegaba la autoridad en el monarca, sino que ahora es aquella que delega la autoridad en el gobierno revolucionario. Obviamente, lo que importa aquí es la norma, no la decisión.

Pero el contenido de la norma básica depende de un cierto material fáctico, el material que crea el sistema respecto del cual se corresponde, con un cierto grado, el comportamiento real de los ciudadanos. La validez del sistema jurídico depende entonces, en cierto modo, del hecho de que el comportamiento real de los ciudadanos se ajuste al sistema jurídico.⁴⁸ Esta circunstancia parecería acercar a Kelsen a la posición de Schmitt, pero Kelsen encuentra enseguida la forma de normativizar ese hecho: el principio de que la validez del sistema jurídico depende de su eficacia es, en sí mismo, una norma, solo que esta vez se trata de una norma del derecho internacional; el principio de efectividad del derecho internacional funciona como la norma básica de los derechos nacionales.⁴⁹ Para Kelsen, como puede verse, es más fácil librarse de los elementos morales en el derecho que de los elementos fácticos.

Otro de los postulados clásicos de la teoría kelseniana es –como vimos– la identificación del derecho con el Estado: el Estado es el sistema jurídico, y esta identificación, por supuesto, tiene consecuencias decisivas respecto del tema de la soberanía. Si no hubiera ningún sistema jurídico superior al sistema jurídico estatal, el Estado sería el sistema jurídico soberano, y esto es llamado usualmente soberanía absoluta. Pero en cuanto el sistema internacional surge por encima de los sistemas jurídicos de los Estados individuales, el Estado ya no puede ser considerado un sistema jurídico soberano. Si se presupone entonces al derecho internacional como un sistema jurídico supra-estatal, el sistema jurídico estatal ya no tiene más soberanía absoluta. Kelsen se enorgullecía de lo que consideraba uno de los logros más sustanciales de su teoría: la disolución teórica del

⁴⁸ Kelsen, *Introduction...*, 59-60.

⁴⁹ Kelsen, *Introduction...*, 61.

dogma de la soberanía, que él percibía como el principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional.⁵⁰

Con la teoría de Kelsen ocurre exactamente lo contrario de lo que acontece con la teoría de Schmitt: da cuenta de los momentos de normalidad, pero enfrenta dificultades en las circunstancias de excepción. La teoría pura del derecho encuentra difícil de aceptar –e incluso, contradictoria– la posibilidad de una decisión soberana fuera del derecho, la posibilidad de que exista una decisión que se encuentre fuera del control del Poder Judicial.

C. El debate Schmitt-Kelsen

Schmitt y Kelsen polemizaron continuamente durante el período de la República de Weimar, en un grado tal que la obra de uno no puede entenderse sin referencia a la del otro: es inútil estudiar a Schmitt sin Kelsen, o viceversa. Pero hay un debate en especial que me interesa mencionar aquí, y es el que se refiere a la identidad de aquel que se supone que debe ser el guardián de la Constitución, debate en el cual –como era de esperar– ambos adoptaron posiciones opuestas. Este es un debate ganado claramente por Kelsen.

La polémica se desarrolló durante el año 1931: Schmitt publicó en ese año “El defensor de la Constitución” y Kelsen le respondió con su trabajo “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”.⁵¹ Hay dos observaciones iniciales respecto del trabajo de Schmitt. La primera es que se trata tal vez de la primera de sus obras en las que su concepción totalitaria es indisimulable, y presagia su militancia posterior en el nazismo de forma clara. La segunda es que Schmitt no intenta solo establecer quién “debe ser” el defensor de la Constitución, sino quién “es” –de hecho– el defensor de la Constitución en el marco legal de la República de Weimar.

Schmitt plantea al inicio un extraño argumento lógico vinculado a la subsunción normativa, del cual Kelsen fácilmente da cuenta luego. Intenta mostrar asimismo que la justicia constitucional no puede ser justicia sin convertirse en política, lo que también rebate Kelsen sin problemas, y sostiene que los tribunales se verían excesivamente recargados si consideraran temas constitucionales, lo que Kelsen cuestiona con acierto. Pero hay argumentos mejores por parte de Schmitt.

⁵⁰ Kelsen, *Introduction...*, 99-100, 121 y 124.

⁵¹ Véase Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 2009).

Él reivindica, por ejemplo, su defensa del decisionismo, esto es, la existencia en todo fallo de un tribunal de un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma. Piensa también que no es una cuestión teórica, sino política, la de establecer hasta qué punto puede encomendarse a instituciones existentes, o de nueva creación, la tarea de fijar de modo auténtico el contenido de los preceptos imprecisos de la Constitución. Y que si esta tarea se encomienda a un tribunal su actividad consistirá en una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento.⁵²

Asimismo, rechaza el carácter contractual de la Constitución de Weimar y comienza a recurrir a su argumento central, que es el del poder neutral. A partir de la idea del poder neutral, mediador, regulador y tutelar (ya que él cree que el defensor de la Constitución debe ser “independiente y políticamente neutral”⁵³), sostiene que el presidente del Reich se encuentra en el centro de un sistema de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos, y le está condicionada la ordenación política del Reich alemán. Por lo tanto, piensa Schmitt, antes de instituir un tribunal para decidir los conflictos de alta política, es bueno recordar que la Constitución misma designa al presidente como su defensor, en tanto institución neutral que funciona como garantía del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich. La Constitución, según Schmitt, procura especialmente otorgar a la autoridad presidencial las posibilidades de enlazarse de modo directo con la voluntad política del conjunto del pueblo alemán, y para proceder en consecuencia como defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación.⁵⁴

Como puede apreciarse, Kelsen no tenía frente a sí una tarea difícil. Arranca recordando que la exigencia de introducir garantías en la Constitución responde al principio de la máxima juridicidad de la acción estatal, que es propia del estado de derecho. Puesto que la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, ninguna institución es menos idónea para controlarlo que aquella a la cual la Constitución le confiere el ejercicio total o parcial del poder,⁵⁵ esto es, el presidente del Reich.

⁵² Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución”, en Schmitt y Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen...*, 82-83, 87 y 91.

⁵³ Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 112, 139 y sigs., 255 y 278.

⁵⁴ Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 287.

⁵⁵ Hans Kelsen, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en Schmitt y Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen*, 292-293.

Por su parte, al argumento de Schmitt de que la justicia resultaría politizada,⁵⁶ Kelsen contesta que entre el carácter político de la legislación y el de los jueces hay solo una diferencia cuantitativa, y no cualitativa: un conflicto no es político porque en su naturaleza no sea un conflicto jurídico que los tribunales no pueden resolver, sino porque una de las partes –o ambas– no quiere que sea así resuelto.⁵⁷ Y al argumento schmittiano de que se recargaría la tarea de los tribunales,⁵⁸ responde que “no se puede comparar a toda la Justicia con un camello que se derrumba bajo el peso del control de constitucionalidad”⁵⁹. Kelsen atiende también a la pretensión de Schmitt de restringir el carácter político de los tribunales diciendo que –en este caso– lo que debe limitarse es el espacio de libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación: las normas constitucionales no deben formularse en términos excesivamente generales, ni emplear terminología difusa.⁶⁰

Al mismo tiempo, dado que en los casos más importantes de violación constitucional el parlamento y el gobierno son partes en la causa, Kelsen piensa que es aconsejable que la controversia sea resuelta por una tercera institución que esté fuera de ella y que no sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye entre el parlamento y el gobierno. Por otra parte, cree también que constituye un sinsentido contraponer al presidente del Reich con el tribunal constitucional: es –dice– como afirmar que puesto que el ejército es la mejor defensa del Estado, no necesitamos más hospitales.⁶¹

Kelsen no niega que el presidente sea también garante de la Constitución, pero sí niega que sea el único garante. Finalmente, a la objeción de que el tribunal es un órgano no democrático Kelsen contesta sugiriendo que sea elegido por el pueblo, igual que el presidente.⁶²

Como dije antes, Kelsen llevó la mejor parte en este debate, y en lo que sigue voy a considerar que las cuestiones constitucionales en juego van a ser resueltas por una Corte Suprema o por un tribunal constitucional análogo a ella. Contemporáneamente, una abrumadora mayoría de autores apoya hoy el control judicial de constitucionalidad, del cual Kelsen fue uno de los precursores en Europa, en su aporte a la Constitución de Austria.

⁵⁶ Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 41.

⁵⁷ Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 306-307.

⁵⁸ Schmitt, “El defensor de la Constitución”, 279.

⁵⁹ Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 350.

⁶⁰ Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 320.

⁶¹ Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 339 y 345.

⁶² Kelsen, “¿Quién debe ser...?”, 352-353.

D. Heller: un tercer enfoque en juego

Antes de concentrarme en las decisiones judiciales, voy a examinar también un tercer enfoque teórico, puesto que cualquier análisis del pensamiento jurídico de la República de Weimar estaría obviamente incompleto si no prestara atención a las ideas de Herman Heller. Aquí voy a considerarlas –sin embargo– solo de una manera marginal, esto es, solo en cuanto críticas u observaciones a las dos posiciones centrales en juego. Heller podría situarse académicamente entre Schmitt y Kelsen, y no se privó –por cierto– de criticar a ambos.

Heller piensa que el intento kelseniano de emancipar a la teoría del Estado de la realidad política priva a la tesis de todo valor; entiende que la tensión entre el ser y el deber ser no debe resolverse unilateralmente ni a favor de lo normativo ni de la realidad social. La ordenación normativa social solo se comprende de manera adecuada si se considera que el ser y el deber ser no se encuentran en un estado de aislamiento, sino –por el contrario– en una coordinación correlativa:⁶³ solo en –y por– los partícipes, es real y eficaz el orden jurídico. Heller reconoce el mérito de Kelsen en señalar que la validez jurídica no puede basarse en un poder de la voluntad que no se encuentre sometido a normas, pero piensa que resolver el problema de la validez recurriendo a la norma fundamental no es sino un cambio de nombre para la voluntad estatal no sometida a normas. La norma fundamental es un nombre inadecuado que se le da a la voluntad del Estado no sometida a normas: ella nos remite al arbitrio del legislador real, libre de todo vínculo jurídico y moral.⁶⁴

Desde luego que no se priva tampoco de objetar la posición de Schmitt, puesto que piensa que una situación de poder únicamente adquiere “estatus político” debido al derecho; sin el derecho el Estado carecería de permanencia, de estructura, de existencia. Heller cree que Schmitt confunde normatividad con positividad cuando sostiene que la unidad reside en la existencia política del Estado, y no en leyes, ni en ninguna clase de normatividades; piensa que la normatividad y la existencialidad no son para el Estado cosas opuestas sino –por el contrario– condiciones recíprocas. Mientras Schmitt sostiene que lo mejor es un mandato, Heller le recuerda que el poder consiste en mandatos que se obedecen, y que la obediencia depende de creer que el mandato está justificado.⁶⁵ Las decisiones de quien detenta el poder son al menos parcialmente obedecidas, y la obediencia

⁶³ Herman Heller, *Teoría del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), 72 y 203. La edición original en alemán se publicó en 1934.

⁶⁴ Heller, *Teoría del Estado*, 208, 216, 239 y 257.

⁶⁵ Heller, *Teoría del Estado*, 212 y 240.

no solo está motivada por interés, hábito, y cosas semejantes, sino porque se cree que las normas son válidas, ejemplares, obligatorias.⁶⁶

Recuerda Heller que el intento normativista de Kelsen fracasa en la medida en que requiere poner de relieve la importancia del momento de la observancia ordinaria del derecho, y piensa que Schmitt incurre en el error opuesto, al subestimar por completo la normatividad, a la par de exaltar la existencialidad, de modo que la Constitución no se concibe como norma sino como decisión. No existe Constitución política alguna –dice Heller– que no sea a la vez un ser formado por normas, esto es, una forma de actividad normada. Él piensa que Kelsen hace consistir a la Constitución exclusivamente en un deber ser, mientras que Schmitt pretende eliminar de la Constitución toda traza de normatividad. Y concluye que la teoría del Estado solo puede evitar estas unilateralidades si descubre la conexión real a partir de la cual pueda explicarse la Constitución en cuanto ser y la Constitución jurídica normativa.⁶⁷ Porque para Heller ni el logicismo de Kelsen ni el decisionismo de Schmitt dan cuenta de la función que desempeña la Constitución real. En especial, objeta lo que entiende como la radical incompreensión de Schmitt del elemento normativo de la Constitución: en la base de toda normatividad existe una decisión, pero en cuanto esa decisión pretende validez tiene que ser objetivada como norma. En tanto decisión meramente fáctica, y no normativa, no puede concebirse generalmente a la Constitución como válida. La existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan en oposición sino que se condicionan recíprocamente.⁶⁸

Como acabo de decir, la teoría de Heller puede considerarse como una posición intermedia entre la de Schmitt y la de Kelsen: ni el derecho consiste exclusivamente en normas, ni puede prescindir de la normatividad; la pintura de Schmitt es, para Heller, tan incompleta como la pintura de Kelsen. No voy a utilizar a Heller en el análisis que sigue, pero no por considerar que carezca de valor: sencillamente, las teorías de Schmitt y Kelsen son más útiles para clasificar las decisiones de la Corte que ahora voy a considerar. Se trata de dos decisiones de la Corte Suprema estadounidense y tres decisiones de la Corte Suprema argentina: en todos los casos, lo que está detrás de mi análisis para evaluarlas es –como ya dije– el Principio de Kahn. Pero tal vez se advierta una influencia de Heller (y

⁶⁶ Heller, *Teoría del Estado*, 296-297.

⁶⁷ Heller, *Teoría del Estado*, 271 y 278-279.

⁶⁸ Heller, *Teoría del Estado*, 284, 296 y 298.

de Kelsen, obviamente) en los dos Corolarios que voy a sugerir para complementar el Principio.

III. Las decisiones judiciales

A. La exclusión y confinamiento de japoneses durante la Segunda Guerra Mundial

El 7 de diciembre de 1941 se produjo el ataque japonés a Pearl Harbor y –consecuentemente– a partir de allí existió el estado de guerra entre Japón y los Estados Unidos. El 19 de febrero de 1942 el presidente Roosevelt dictó la Orden Ejecutiva (decreto) 9066, que establecía la existencia de una zona de exclusión en la costa del Pacífico, zona que comprendía a ciudadanos estadounidenses de ascendencia japonesa. Como resultado de la existencia de esta zona, 110.000 personas, muchas de ellas con ciudadanía estadounidense, terminaron en campos de confinamiento.

Desde el punto de vista kelseniano, la situación era marcadamente ilegal: la orden ejecutiva chocaba con la clara disposición constitucional establecida en la quinta enmienda, que prohibía la privación de la libertad sin debido proceso legal. Ante la existencia de un conflicto de normas de diferentes grados, la norma superior –la Constitución– desplazaba al decreto, que era la norma inferior. Tan clara era la situación legal que el propio gobierno estadounidense se disculpó ante los afectados y sus descendientes en 1988, dándole la razón a Kelsen desde el punto de vista doctrinario.

Pero que Kelsen tuviera razón desde la perspectiva de 1988 no significa que la tuviera durante la guerra: cuando la Corte consideró la cuestión en 1944 adoptó –por mayoría– la posición de Carl Schmitt. Así, la Corte identificó dos situaciones distintas: a) la permisibilidad de una zona de exclusión, y b) la permisibilidad de la detención.⁶⁹ La mayoría del Tribunal aceptó la posibilidad de excluir, sobre la base de que el área establecida estaba amenazada por el espionaje y el sabotaje. La Corte entendió que ella no podía rechazar la opinión de las autoridades militares y del Congreso en el sentido de que había “miembros desleales de esa población, cuyo número y poder no podía investigarse precisa y rápidamente” [traducción propia]⁷⁰. La Corte utilizó un lenguaje con resonancias de Schmitt: “las penurias son parte de la guerra, y la guerra es un agregado de penurias”

⁶⁹ “*Korematsu v. United States*”, 323 U.S. 214 (1944).

⁷⁰ “*Korematsu v. United States*”, 218.

[traducción propia]⁷¹, y agregó que “cuando bajo las condiciones de la guerra moderna nuestras costas son amenazadas por fuerzas hostiles, el poder de proteger debe estar conmensurado a la amenaza del peligro” [traducción propia]⁷². La disidencia del juez Roberts no es de especial interés para mi propósito, pues él se limita a sostener que no pueden separarse los puntos a) y b) que describí más arriba, esto es, la exclusión y el confinamiento. Fue el juez Murphy quien, también al disentir, manifestó una postura kelseniana: “Es esencial que existan límites definidos para la discrecionalidad militar, especialmente cuando no se ha declarado la ley marcial. Los individuos no deben quedar empobrecidos en sus derechos constitucionales sobre la base de una necesidad militar que no tiene sustancia ni sustento” [traducción propia]⁷³.

Pero Murphy pensaba que estaba enfrentándose a una situación de normalidad, y por eso mismo quiso encasillarla en un marco normativo. Sin embargo, la guerra es una situación excepcional, una situación schmittiana, y así lo advirtió la mayoría de la Corte. Con la costa oeste del país potencialmente amenazada por una invasión, favorecida por un posible espionaje interno, el presidente Roosevelt entendió que no podía sujetarse estrictamente a los requerimientos legales sino que debía dictar una decisión soberana, decisión que se encontraba fuera del derecho. La Corte –a su vez– se representó mentalmente el Principio de Kahn y advirtió que una decisión diferente iba a producir un conflicto con el gobierno y con la ciudadanía, decisión que no podía ser defendida exitosamente. En este tipo de casos, la Corte está obligada a efectuar un cálculo de consecuencias, como lo estamos nosotros moralmente antes de realizar la mayoría de nuestras acciones. Como nosotros, la Corte no puede efectuar un estudio de campo de las consecuencias –ordenando una encuesta, por ejemplo– porque carece de los recursos y del poder para ello. Como nosotros, la Corte utiliza el talento y las intuiciones de sus miembros. Roosevelt actuó como el soberano y la Corte lo aceptó en ese papel.

B. La incautación de las acerías durante la guerra de Corea

La guerra de Corea, que involucró seriamente a los Estados Unidos, comenzó en el mes de junio de 1950 y duró hasta el mes de julio de 1953. El 8 de abril de 1952, ante la amenaza de una huelga, el presidente Truman le ordenó al Secretario de Comercio tomar

⁷¹ “Korematsu v. United States”, 219.

⁷² “Korematsu v. United States”, 220.

⁷³ “Korematsu v. United States”, 234.

el control de las acerías estadounidenses, a efectos de mantener la producción de municiones. Aunque en ese momento se estaba librando una batalla importante, desde el punto de vista del intercambio territorial la guerra se encontraba en un punto muerto desde el mes de julio de 1951, y continuó de ese modo hasta su final.

Los dueños de las acerías llevaron la cuestión hasta la Corte Suprema, la que decidió el caso el 2 de junio de 1952.⁷⁴ La mayoría del Tribunal adoptó una postura kelseniana y dijo que la orden ejecutiva no estaba autorizada por la Constitución, y que ninguna ley autorizaba al presidente a tomar posesión de una propiedad como lo había hecho. Tampoco poseía el presidente esa autoridad en virtud de lo dispuesto en el artículo II de la Constitución, ni podía poseerla en su carácter de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. Una minoría de la Corte, sin embargo, adoptó la posición de Schmitt y consideró al caso como una excepción: “Aquellos que sugieren que este es un caso que abarca poderes extraordinarios –dijo el juez Vinson– deberían tener presente que estos son tiempos extraordinarios” [traducción propia]⁷⁵.

Pero había dos elementos claros en el caso, los que sugerían que la posición de Schmitt no se aplicaba a él: ni la guerra de Corea tenía la importancia y la dimensión de la Segunda Guerra Mundial, ni el presidente Truman tenía los rasgos que sí poseía el presidente Roosevelt para ser considerado en ese momento un arquetipo de soberano, de donde la Corte sabía que su decisión –como de hecho ocurrió– podía ser ejecutada. La Corte –nuevamente– efectuó un cálculo de consecuencias y decidió que podía resolver el caso sin apartarse del derecho, de donde Truman no había obrado como un soberano.

La Corte Suprema –entonces– volvió a representarse mentalmente el Principio de Kahn, y esta vez encontró que la situación excepcional que el gobierno invocaba no era tal. La guerra de Corea no era la Segunda Guerra Mundial, la amenaza de huelga no se comparaba con la amenaza de invasión, y Truman no era Roosevelt. De acuerdo al Principio de Kahn la Corte entendió que podía defender su decisión y hacerla ejecutar: en otras palabras, que podía respetar el ordenamiento legal y dictar una decisión kelseniana.

Esto me lleva a proponer un “Primer Corolario” al Principio de Kahn: “Cuanto más lejos esté la decisión del Tribunal de ser inevitablemente influida por razones de fuerza,

⁷⁴ “Youngstone Sheet & tube Co. v. Sawyer”, 343 U.S. 579 (1952).

⁷⁵ “Youngstone Sheet & tube Co. v. Sawyer”, 668.

mayor es el deber del Tribunal de ajustar esa decisión al ordenamiento jurídico en vigencia”. La Corte, como pudo verse, hizo aquí el cálculo correcto.

Cabe preguntarse aquí qué tipo de deber es el que estoy proponiendo para la Corte. En primer lugar, el Primer Corolario es de factura kelseniana y tiende a acotar el Principio de Kahn: la Corte debe controlar si se trata de un auténtico caso de excepción, que requiere la intervención del soberano. En segundo lugar, y puesto que se trata de un corolario kelseniano, el deber de la Corte no es aquí un deber moral sino un deber jurídico: los jueces han jurado respetar la Constitución y deben cuidar que ella sea respetada en la medida en que ello sea posible (pero los kelsenianos deben recordar –incluso desde el punto de vista moral– el principio de que deber implica poder)⁷⁶.

C. La revolución del 6 de septiembre de 1930

No es correcto sostener que el orden constitucional surgido en 1853 sufrió su primera interrupción el 6 de septiembre de 1930. Con motivo del resultado de la batalla de Pavón, el presidente Derqui anunció que se “separaba de hecho” del gobierno, y partió hacia el exterior, el día 5 de noviembre de 1861. El día 12 de diciembre de ese año, el vicepresidente Pedernera declaró “en receso” al Poder Ejecutivo, y la situación de acefalía se solucionó recién en el mes de abril del siguiente año mediante la designación de Mitre como “Encargado del Poder Ejecutivo Nacional”, todo esto de manera ajena –por supuesto– a los procedimientos constitucionales. Lo que diferenció a esta situación de aquella producida en 1930 es que en la época de Derqui no se había constituido aún la Corte Suprema. No obstante, cuando la Corte se constituyó, reconoció la autoridad del gobierno de Mitre posterior a Pavón.⁷⁷

⁷⁶ Para que el principio no aparezca como una afirmación dogmática, proporciono aquí el argumento que lo sustenta: 1) Si el agente A es reprochable por x, entonces x es incorrecto; 2) Si x es incorrecto, entonces es obligatorio hacer no x; 3) Si es obligatorio hacer no x, entonces es posible hacer no x; 4) si el agente es reprochable por x, entonces es posible hacer no x. Véase Martín D. Farrell, “¿Deber implica poder?”, en *Entre el Derecho y la Moral* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 226.

⁷⁷ CSJN, “Baldomero Martínez y Manuel Otero”, *Fallos* 2:127 (1865). En el caso, la Corte debía expedirse sobre la validez de un pago efectuado por mandato de autoridad competente. Para ello, entendió que: “El Gobernador de Buenos Aires y Gefe [sic] de su Ejército, fué [sic] *autoridad competente* para conocer y decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, despues [sic] de la batalla de Pavon [sic], con el derecho de la Revolucion [sic] triunfante y asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía [sic]” [resaltado en el original] (consid. 2°).

Producida la revolución del 6 de septiembre de 1930, el día 9 de ese mes la Corte Suprema recibe la comunicación oficial de la formación del gobierno de facto, y al día siguiente emite la Acordada⁷⁸ que me interesa examinar aquí.

La Corte habla en ella de “revolución triunfante”⁷⁹, y menciona que el gobierno cuenta con “fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden”⁸⁰. Sostiene también que el gobierno posee un título que “no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza”⁸¹. Finalmente, establece un límite para el nuevo gobierno, puesto que si los funcionarios “desconocieran las garantías individuales o de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución, la Administración de Justicia encargada de hacer cumplir ésta las restablecería en las mismas condiciones”⁸². La Corte estaba aquí expresando su esperanza de que, si bien la “regla de sucesión” al cargo de presidente había resultado afectada, las “reglas de competencia” que regían los poderes del presidente no lo habían sido.⁸³

Como puede verse, la acordada condensa toda la teoría de Schmitt: la revolución triunfó, existió una decisión soberana, adoptada fuera del derecho, y el Poder Judicial no pudo discutirla con éxito. Si el Poder Judicial reconoció que no podía defender una decisión que ordenara el restablecimiento del orden constitucional, si no podía hacer ejecutar la orden de restituir a Irigoyen en su cargo, si no podía aplicar a esta situación el orden jurídico vigente al 5 de septiembre, entonces el Principio de Kahn le dicta lo que corresponde hacer: la solución debe ser schmittiana y no kelseniana.⁸⁴

Algunas personas pueden aceptar esta conclusión y –aún así– seguir cuestionando la actitud de la Corte; esas mismas personas pueden pensar que la actitud correcta consistía en la renuncia a sus cargos por parte de sus miembros. Pero la conclusión a la que arribé no contradice la actitud a la que me estoy refiriendo: yo arribo a una conclusión “legal”, mientras que las personas a las que me refiero arriban a una conclusión “moral”. La Corte no podía dictar otra acordada que la que dictó, puesto que nadie puede discutir que su

⁷⁸ CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento del Gobierno Provincial de la Nación”, *Fallos* 158:290 (1930).

⁷⁹ CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 1°.

⁸⁰ CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 2°.

⁸¹ CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 5°.

⁸² CSJN, “Acordada sobre el reconocimiento...”, considerando 6°.

⁸³ Véase John M. Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, en *Oxford Essays on Jurisprudence: Second Series*, ed. Alfred W. B. Simpson (Oxford: Clarendon Press, 1978), 22.

⁸⁴ El propio Kelsen, por otra parte, hubiera aceptado que se habría producido un cambio de norma básica.

cálculo de consecuencias fue el correcto; tal vez, sin embargo, debería haber renunciado y dejar la solución del tema en manos de una nueva Corte. Pero esa Corte, sin embargo, en el mejor de los casos hubiera dictado, por supuesto, una acordada idéntica, y en el peor, una acordada que ni siquiera se preocupara por los derechos y garantías individuales. Por eso, al defender al ministro Sagarna en el juicio político de 1947, Alfredo Palacios dijo, en el mejor estilo de Schmitt: “Era una situación grave. Podríamos haber llegado al aniquilamiento de las instituciones por una dictadura militar sin control de ningún género [...]. Si el Ejecutivo de facto hubiera sido desconocido; si la Corte hubiese pretendido exigir el cumplimiento de la ley de acefalía, habría sido arrasada por un decreto; los derechos y garantías hubieran quedado sin sostén ni amparo”⁸⁵.

La resolución de la Corte no resulta extravagante ni peculiar. Desde luego que no es posible encontrar a esa altura del siglo veinte muchas revoluciones o golpes de Estado en América del Norte o en Europa Occidental, pero existen varios ejemplos de tribunales que han considerado que la circunstancia de que la Constitución haya sufrido un daño irreparable libera a los autores del daño de las restricciones constitucionales, y permite el reconocimiento judicial de su legitimidad. Se trata de la Corte Suprema de Paquistán en 1959, del Tribunal Superior de Uganda en 1966 y de la Cámara de Apelaciones de la entonces Rodesia en 1968.⁸⁶ Puede o no gustarnos la compañía, pero es la que encuentran los países que quebrantan su orden constitucional, lo que no es –ciertamente– culpa de la Corte Suprema. Al contrario: la actuación de la Corte Suprema en 1930 puso límites al poder militar, y los militares no lo olvidaron. Por eso, al producirse la revolución de 1966, los militares desplazaron a la Corte y la reemplazaron por un tribunal designado por ellos, para evitar cualquier acotamiento a su autoridad. La misma actitud, desde luego, adoptó la revolución de 1976.

D. El juramento de Guido como presidente

El día 29 de marzo de 1962 el presidente Frondizi fue destituido, arrestado, y conducido a la isla Martín García. Al día siguiente, José María Guido, que se desempeñaba como presidente provisional del Senado, solicitó a la Corte Suprema que le tomara juramento como Presidente de la Nación, lo que el Tribunal procedió a hacer. Guido había

⁸⁵ Alfredo Palacios, *La Corte Suprema ante el tribunal del Senado* (Buenos Aires: Editorial Jus, 1947), 45-46.

⁸⁶ Véase J. M. Eeklar, “Principles of Revolutionary Legality”, en *Oxford Essays...*, ed. Simpson, 48.

invocado el artículo 75 de la Constitución Nacional, y el artículo 1 de la Ley 252 (Ley de Acefalía) que decía que “en caso de acefalía de la República, por falta de presidente y vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado, en primer lugar, por el presidente provisorio del Senado”. Alejandro Gómez quien había sido elegido vicepresidente junto con Frondizi, había renunciado a su cargo mucho tiempo antes.

Luego de prestar juramento, Guido solicitó a la Corte que homologara su designación como presidente. El Tribunal⁸⁷ lo hizo el día 31 de marzo, pero en una votación dividida. La mayoría sostuvo que “el Doctor José María Guido asumió válidamente el Poder Ejecutivo Nacional, con carácter definitivo, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la ley 252”⁸⁸. Pero el ministro Boffi Boggero sostuvo que “los actos en que la Corte o su Presidente toman juramento, no importa decisión sobre la validez de la investidura ostentada por quien lo presta”⁸⁹, sin perjuicio de reconocer –no obstante– que el juramento respondía a una interpretación que permitía que él fuera prestado.

Aunque solo tiene una importancia marginal, creo que las dos partes cometieron errores en el episodio de la homologación. Guido debió haberse conformado con la ceremonia de juramento, pues su homologación no es –ciertamente– una función prevista para la Corte Suprema. Aunque esto es verdad, el ministro Boffi Boggero también se equivocó cuando sostuvo que aceptar el juramento no implicaba decisión sobre la investidura de Guido. ¿Por qué habría de haber aceptado su juramento la Corte si no lo consideraba titular legítimo de la presidencia? Es justamente porque así lo consideraba que la homologación resultaba innecesaria.

Volviendo al tema central, es muy claro que la Ley 252 no pensaba en la acefalía en los términos de un presidente detenido en la isla Martín García, de donde la Corte revistió de kelsenianismo una decisión típicamente schmittiana. Había algo que la Corte no podía hacer: ordenar la reposición del presidente Frondizi en su cargo. Disponía –en cambio– de dos alternativas: a) permitir que un militar prestara juramento como presidente *de facto* en la Casa de Gobierno; o b) tomar juramento en el Palacio de los Tribunales al presidente provisional del Senado. La Corte optó por la segunda alternativa, pensando –me imagino– que acotaba de esta forma los alcances del golpe militar: Guido presidente era una solución más kelseniana que un militar presidente. No es culpa de la Corte que la conjetura resultara

⁸⁷ CSJN, “Doctor José María Guido. Su juramento y homologación del Acta de Asunción del Mando como Presidente de la Nación”, *Fallos* 252:8 (1962).

⁸⁸ CSJN, Acordada “Doctor José María Guido”, 8.

⁸⁹ CSJN, Acordada “Doctor José María Guido”, 9.

errónea y que el presidente Guido disolviera más tarde el Congreso Nacional, que es exactamente lo que hubiera hecho un gobierno militar.

Esto me lleva a proponer un “Segundo Corolario” al Principio de Kahn: “Cuando el Tribunal no puede adoptar la decisión estrictamente jurídica, debe adoptar la decisión que más se aproxime a ella”. La Corte hizo aquí un cálculo correcto: Guido presidente era la alternativa más próxima a la solución kelseniana que estaba a su alcance.

Debo precisar también las características de este Segundo Corolario. En primer lugar, se trata –nuevamente– de un corolario kelseniano, de donde el deber de la Corte es –otra vez– un deber jurídico y no un deber moral. En segundo lugar, el Corolario no asume que el orden jurídico –la maximización de cuyo cumplimiento se propone lograr– es un orden jurídico moralmente elogiabile: si lo hiciera, no sería un corolario kelseniano, puesto que, como hemos visto, Kelsen defiende la tesis de la separabilidad y rechaza la intromisión de la moral en el derecho.

E. La nulidad de la ley de obediencia debida

En palabras de la propia Corte Suprema, la Ley de Obediencia Debida 23.521 establecía para la eximición de la pena una condición objetiva de no punibilidad respecto de quienes habían revistado en los grados que indicaba el primer párrafo de dicha norma, basada en una presunción *iuris et de iure* de que obraron en virtud de obediencia debida.⁹⁰ Los planteos de inconstitucionalidad respecto de dicha ley fueron rechazados por la Corte en el caso “Camps”⁹¹, decidido el 22 de junio de 1987.

Entre otras cosas, el Tribunal (por mayoría) señaló entonces que para el funcionamiento de la estructura militar resultaba indispensable el mantenimiento de la disciplina, y por tanto la estricta obediencia por parte del subordinado a las órdenes impartidas con motivo de la ejecución de un acto de servicio. La Corte entendió que el Congreso podía válidamente establecer que determinados hechos no serían punibles, puesto que es resorte del Poder Legislativo la potestad de declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos.

Es una tarea perfectamente válida el preguntarse si la sanción de esa ley obedeció a una ideología schmittiana o kelseniana, pero no es lo que me propongo hacer aquí, pues

⁹⁰ CSJN, “Suárez Mason, Carlos G. y otros”, *Fallos* 311:1042 (1988).

⁹¹ CSJN, “Camps, Ramón Juan Alberto”, *Fallos* 310:1162 (1987).

me concentraré –en cambio– en los problemas que planteó la nulidad de dicha ley por parte del Congreso. La Corte enfrentó allí tres obstáculos constitucionales muy serios: a) la aplicación retroactiva de la ley penal; b) la existencia de cosa juzgada; y c) la prescripción de la acción penal. Veamos cómo se resolvió el tema.

La Corte⁹² recordó que el derecho argentino había sufrido modificaciones fundamentales desde que se había resuelto el caso anterior, al asumir el Estado una serie de deberes frente al orden jurídico interamericano. Aunque se mantenga la potestad de dictar amnistías, entonces, si ellas se vinculan con violaciones a derechos humanos resultan constitucionalmente intolerables. La Corte también señaló que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había recomendado la adopción de medidas para individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, e interpretó “individualizar” como “castigar”, a tenor de la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso peruano de “Barrios Altos”⁹³. Entendió, entonces, que los beneficiarios de la ley no podían invocar la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave, ni la cosa juzgada: “la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”⁹⁴.

El ministro Fayt, sin embargo, votó en disidencia. Comenzó expresando su asombro de que el Congreso anulara una ley que ya había sido derogada cinco años antes, y citó a Kelsen para observar que –en ese caso– la nulidad no tenía objeto: la ley derogada no se encuentra en los órdenes jurídicos subsecuentes a su derogación. Y si el Congreso pretendía una suerte de derogación retroactiva, Fayt sostuvo que se estaría atribuyendo una potestad que no tiene ningún poder constituido en la República.

Observó Fayt que la norma internacional utilizada por la Corte no respondía a la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar, ni al requisito de que la ley sea previa al hecho de la causa, que son recaudos que nuestra Constitución exige. En cuanto a la imprescriptibilidad prevista en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Fayt entendió que ella resultaba contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal que establece el principio de legalidad.

⁹² CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, *Fallos* 328:2056 (2005).

⁹³ Corte I.D.H., “Barrios Altos vs. Perú”, 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.

⁹⁴ CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, consid. 31.

También hizo notar que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, sobre los que reposa la organización política de la República: toda cláusula contenida en un tratado que viole las prescripciones del artículo 27 de la Constitución es nula. Finalmente, Fayt recordó que la Ley de Obediencia Debida no podía asimilarse a la situación descripta en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El voto mayoritario representa la posición schmittiana, y el voto en disidencia representa la posición kelseniana. Mirado desde el punto de vista decisorio, podía preverse que la primera posición iba a prevalecer, aunque el observador simpatizara más con el fundamento jurídico de la segunda.

Pero hay algo en este caso que lo diferencia de las dos situaciones anteriores. En 1930 y en 1962 las soluciones elegidas semejaban ser inevitables. ¿Ocurría lo mismo en el 2005? ¿No tenía acaso la Corte la oportunidad real de declarar inconstitucional la nulidad decretada por el Congreso? De haberlo hecho, ¿acaso se hubiera producido una incontenible presión gubernamental, o un alzamiento popular? ¿Hubiera dejado su decisión de ser ejecutada? El actual presidente de la Corte Suprema –el ministro Lorenzetti– suele recordar con frecuencia en sus intervenciones públicas que existe un consenso entre los tres poderes, una política de estado, respecto de los delitos de lesa humanidad. Tiene razón, por supuesto. Pero este consenso sólo aparece después de la decisión de la Corte, de modo que él no puede invocarse para justificar la decisión misma. Antes de la decisión, solo existía un consenso claro entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo: ¿se trataba en este caso de un consenso irresistible?

Claro está que todas estas preguntas solo tienen sentido si se asume que la decisión de la mayoría del Tribunal fue una decisión schmittiana, como yo lo asumo. Los que entienden que la posición mayoritaria constituye la mejor interpretación jurídica disponible no tienen ningún interés en responder esas preguntas. Pero incluso aunque se acepte esta versión, sigue siendo cierto que el caso no presentaba ninguna aureola de inevitabilidad respecto de su solución, de donde Schmitt no podría servir de justificación en caso de que los argumentos jurídicos de la mayoría fueran inconvincentes.

IV. Conclusión

Schmitt y Kelsen formularon dos grandes teorías, una contradiciendo a la otra. Kelsen se preocupaba por situaciones normales, por aquellas que constituyen la regla, y que su normativismo resuelve de manera impecable. Schmitt se preocupaba por situaciones anormales, por aquellas que constituyen la excepción, y que su decisionismo resuelve de manera correcta. Muchas veces es difícil saber si nos encontramos frente a la regla o frente a la excepción, y he ofrecido ayuda en la forma de un principio y dos corolarios:

El Principio de Kahn dice: “La decisión judicial es sólo tan fuerte como la promesa de defender la decisión si surge algún conflicto acerca de ella”. El Primer Corolario dice: “Cuanto más lejos esté la decisión del Tribunal de ser inevitablemente influida por razones de fuerza, mayor es el deber del Tribunal de ajustar esa decisión al ordenamiento jurídico en vigencia”. El Segundo Corolario dice: “Cuando el Tribunal no puede adoptar la decisión estrictamente jurídica, debe adoptar la decisión que más se aproxime a ella.”

El Principio y los Corolarios no constituyen una teoría completa de la decisión judicial, pero sugiero que sobre la base de ellos se evalúen las decisiones controvertidas de cualquier Corte Suprema o tribunal equivalente, de donde ellos constituyen una teoría parcial de la decisión judicial –teoría que es en parte schmittiana y en parte kelseniana–. Tanto el Principio como los Corolarios ponen de manifiesto un elemento que no puede faltar en ninguna teoría de la decisión judicial: el correcto cálculo de las consecuencias de la decisión.

No estoy sosteniendo que esta sea la mejor teoría posible de la decisión judicial: solo estoy diciendo que es la mejor teoría posible dentro de los límites de la teoría general del derecho de la República de Weimar. Ella combina elementos normativos (en los Corolarios) y elementos fácticos (en el Principio), pero –en ambos casos– el papel de la teoría es descriptivo: describe la existencia de deberes jurídicos por parte de los jueces, y describe también la actividad extrajurídica del soberano. Lo que no hace es evaluar –por lo que hay preguntas que no se plantea, como por ejemplo, si es bueno que se lleve a cabo una revolución, o si es justo el orden jurídico al que los jueces juraron respetar–. Y el motivo por el cual la teoría se abstiene de evaluar es muy sencillo: ella constituye un ejemplo de teoría general del derecho, y las nociones de lo bueno y de lo justo forman parte de otra tarea, de la tarea de la filosofía del derecho. Por eso no tiene sentido preguntarse,

por caso, si los Corolarios constituyen un aporte para consolidar una situación justa o son un obstáculo para ello; se trata de una pregunta legítima, pero cuya respuesta se encuentra en otra parte.

He dicho que la teoría es descriptiva y también he dicho que ella combina elementos schmittianos y kelsenianos. ¿Son también descriptivas las teorías de Schmitt y de Kelsen? Respecto de la teoría de Kelsen sin duda puede responderse por la afirmativa, pero no creo lo mismo de la teoría de Schmitt. Él no se limita a describir la necesidad de un soberano, sino que elogia la presencia del soberano, y su teoría aparece como evaluativa.

Pero –más allá de todo esto– no quiero dar la impresión de que las únicas decisiones que permiten percibir el fenómeno de la decisión soberana se encuadran solo en el ámbito político o revolucionario, porque la economía es un ejemplo igualmente bueno, y termino –así– mencionando algunos casos de ese tipo. El gobierno de Menem adoptó una decisión que Schmitt hubiera considerado soberana al implementar el plan Bonex. En diciembre de 1989 la economía argentina se encontraba en una situación muy difícil, con una fuerte amenaza hiperinflacionaria. Aprovechando la gran cantidad de dinero depositada en los bancos a corto plazo, pues los ahorristas habían sido atraídos a ello por tasas muy altas de interés, el gobierno se apropió de los depósitos bancarios mediante un decreto presidencial, anunciando que iba a devolver a los ahorristas bonos en lugar de dinero. Meses más tarde la Corte Suprema convalidó ese proceder en el caso “Peralta”⁹⁵, decidido el 27 de diciembre de 1990.

El gobierno de Duhalde –por su parte– intentó adoptar una decisión soberana al implementar la pesificación asimétrica. En el mes de enero de 2002 nuevamente la economía argentina se encontraba en una posición muy difícil, en esta ocasión con una fuerte amenaza de quiebra del sistema financiero. El peso argentino estaba equiparado al dólar estadounidense, y el gobierno aplicó una fuerte devaluación, y pretendió devolver los depósitos en dólares a un tipo de cambio mucho menor al real. La Corte Suprema desbarató este intento en el caso “Smith”⁹⁶, resuelto el 1 de febrero de 2002. Menem, al parecer, poseía más aptitudes de soberano que Duhalde. La saga posterior a “Smith” no resulta teóricamente ilustrativa. Una nueva Corte intentó resucitar el acto de soberanía en el caso “Bustos”⁹⁷, decidido el 26 de octubre de 2004, deshaciendo la decisión de “Smith”,

⁹⁵ CSJN, “Peralta, Luis A. c. Estado Nacional”, *Fallos* 313:1513 (1990).

⁹⁶ CSJN, “Smith, Carlos A. c. P.E.N”, *Fallos* 325:28 (2002).

⁹⁷ CSJN, “Bustos, Alberto R. c. Estado Nacional”, *Fallos* 327:4495 (2004).

al que calificó de “funesto precedente”, pero encontró una resistencia inesperada, especialmente de parte de los tribunales inferiores. Esto condujo a la necesidad pragmática de resolver el tema mediante una ecuación que considerara la equivalencia peso-dólar y la complementara con la tasa de interés que resultaba necesaria para convertir a la cuestión en abstracta, decisión adoptada, por último, en el caso “Massa”⁹⁸, resuelto el 27 de diciembre de 2006.

Schmitt se hubiera regocijado con la historia; la reacción de Kelsen es más difícil de predecir.

V. Bibliografía

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory”. En *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, editor David Dyzenhaus. Durham: Duke University Press, 1998.

Cristi, Renato. “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power”. En *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, editado por David Dyzenhaus. Durham: Duke University Press, 1998.

Dyzenhaus, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Eeklar, J.M. “Principles of Revolutionary Legality”. En *Oxford Essays on Jurisprudence: Second Series*, editado por Alfred W. B. Simpson. Oxford: Clarendon Press, 1978.

Farrell, Martín D. “¿Deber implica poder?”. En *Entre el Derecho y la Moral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.

Finnis, John M. “Revolutions and Continuity of Law”. En *Oxford Essays on Jurisprudence: Second Series*, editado por Alfred W. B. Simpson. Oxford: Clarendon Press, 1978.

Heller, Herman. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

Kahn, Paul W. *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*. Nueva York: Columbia University Press, 2011.

⁹⁸ CSJN, “Massa, Juan A. c. P.E.N”, *Fallos* 329:5913 (2006).

Kelsen, Hans. "Legal Formalism and the Pure Theory of Law". En Weimar: A Jurisprudence of Crisis, editado por Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink. Berkeley: University of California Press, 2000.

Kelsen, Hans. "On the Borders Between Legal and Sociological Method". En Weimar: A Jurisprudence of Crisis, editado por Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink. Berkeley: University of California Press, 2000.

Palacios, Alfredo. La Corte Suprema ante el tribunal del Senado. Buenos Aires: Editorial Jus, 1947.

Paulson, Stanley L. "Introduction". En Hans Kelsen, Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Oxford: Clarendon Press, 1996.

Schmitt, Carl. "Statute and Judgment". En Weimar: A Jurisprudence of Crisis, editado por Arthur J. Jacobson y Bernard Schlink. Berkeley: University of California Press, 2000.

Schmitt, Carl. Constitutional Theory. Durham: Duke University Press, 2008.

Schmitt, Carl. Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

Schmitt, Carl. The Concept of the Political. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

Schwab, George. The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936. Nueva York: Greenwood Press, 1989.

Schmitt, Carl y Hans Kelsen, La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 2009.

Strong, Tracey B. "Foreword". En Carl Schmitt, The Concept of the Political. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

JURISPRUDENCIA

CSJN, "Baldomero Martínez y Manuel Otero", Fallos 2:127 (1865).

CSJN, "Acordada sobre el reconocimiento del Gobierno Provincial de la Nación", Fallos 158:290 (1930).

CSJN, "Doctor José María Guido. Su juramento y homologación del Acta de Asunción del Mando como Presidente de la Nación", Fallos 252:8 (1962).

- CSJN, “Camps, Ramón Juan Alberto”, Fallos 310:1162 (1987).
- CSJN, “Suárez Mason, Carlos G. y otros”, Fallos 311:1042 (1988).
- CSJN, “Peralta, Luis A. c. Estado Nacional”, Fallos 313:1513 (1990).
- CSJN, “Smith, Carlos A. c. P.E.N”, Fallos 325:28 (2002).
- CSJN, “Bustos, Alberto R. c. Estado Nacional”, Fallos 327:4495 (2004).
- CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, Fallos 328:2056 (2005).
- CSJN, “Massa, Juan A. c. P.E.N”, Fallos 329:5913 (2006).
- “Korematsu v. United States”, 323 U.S. 214 (1944).
- “Youngstone Sheet & tube Co. v. Sawyer”, 343 U.S. 579 (1952).
- Corte I.D.H., “Barrios Altos vs. Perú”, 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.