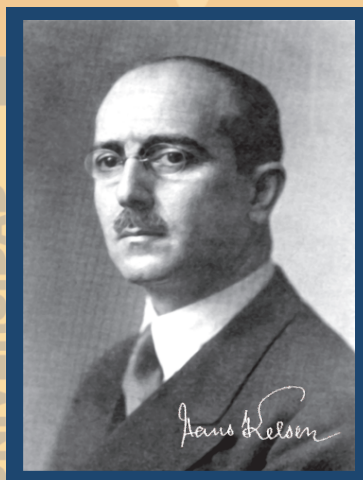




Universidad  
**Inca Garcilaso de la Vega**  
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



# HANS KELSEN



## SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Liminar de  
**LUIS CERVANTES LIÑÁN**

Al cuidado de  
**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**



ASOCIACIÓN PERUANA  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL



CENTRO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES



ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE LIMA

28

**CUADERNOS DEL RECTORADO**



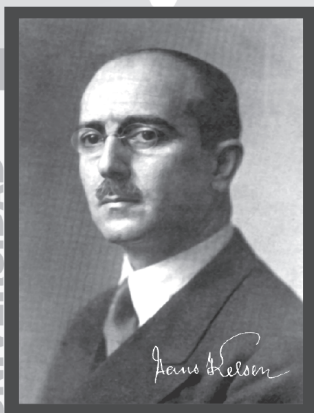




Universidad  
**Inca Garcilaso de la Vega**  
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



# HANS KELSEN



## SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Liminar de  
**LUIS CERVANTES LIÑÁN**

Al cuidado de  
**DOMINGO GARCÍA BELAUDE**



ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE LIMA

28

CUADERNOS DEL RECTORADO

Primera edición: enero, 2017.

---

© 2017 **Hans Kelsen**  
© 2017 Sobre la Jurisdicción Constitucional

© 2017 **Hans Kelsen - Institut**

Traducciones de: Rolando Tamayo y Salmorán  
Domingo García Belaunde  
Percy Castillo Benites  
Luis García-Corrochano Moyano

Colaboraciones de: Domingo García Belaunde  
Antonio La Pergola  
Óscar Sarlo  
José F. Palomino Manchego  
Gerardo Eto Cruz  
Edgar Carpio Marcos

© 2017 Universidad Inca Garcilaso de la Vega  
Av. Arequipa 1841 - Lince (Lima 14)  
Teléf.: 472-4916

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822  
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial y  
demás titulares de derechos.

Hecho el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-03152  
ISBN: 978-612-4362-00-2

Composición e Impresión: **Talleres Gráficos Iustitia**  
Jr. Azángaro 1075 - 206 • Lima 1  
Tífs.: (51-1) 321-0258 - 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com

Tiraje: 1,500 ejemplares

**Auspiciadores:**

- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional  
(Sección Peruana)
  - Asociación Peruana de Derecho Constitucional
  - Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional
  - Ilustre Colegio de Abogados de Lima
-

# ÍNDICE

|  | Pág. |
|--|------|
| – Presentación de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE ... ..   | 7    |
| – Liminar de LUIS CERVANTES LIÑÁN ... ..   | 11   |
| – Para no escribir un Prólogo: Observaciones sobre Kelsen<br>y la Jurisdicción Constitucional<br>ÓSCAR SARLO... .. | 15   |

## PRIMERA PARTE HANS KELSEN

|  |     |
|--|-----|
| 1. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia<br>constitucional) ... ..  | 39  |
| 2. El control de la constitucionalidad de las leyes.<br>Estudio comparado de las constituciones austríaca y<br>norteamericana ... .. | 107 |
| 3. Debate en el Instituto Internacional de Derecho Público<br>(París, 1928) ... ..   | 129 |
| 4. Un libro de Charles Eisenmann sobre la Corte Constitu-<br>cional Austríaca ... ..   | 141 |

## SEGUNDA PARTE ESTUDIOS

|   |     |
|---|-----|
| 5. Sieyès, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales<br>EDGAR CARPIO MARCOS ... .. | 151 |
|---|-----|

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 6. | Nota sobre Kelsen   |     |
|    | ANTONIO LA PERGOLA ... ..   | 213 |
| 7. | Kelsen en París. Un debate en torno al “modelo concentrado”   |     |
|    | DOMINGO GARCÍA BELAUNDE ... ..  | 223 |
| 8. | El Tribunal Constitucional de Austria   |     |
|    | JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO ... ..  | 247 |
| 9. | Una polémica latinoamericana en torno a Kelsen y la<br>paternidad del Derecho Procesal Constitucional |     |
|    | GERARDO ETO CRUZ ... ..   | 281 |
| –  | Panneaux fotográfico ... ..   | 327 |



**Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego, en la sede del Tribunal Constitucional de Austria, (Viena) marzo de 2014.**



**Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego, en el patio central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, junto al busto de Kelsen, antiguo Decano de la Facultad, marzo de 2014.**



# PRESENTACIÓN

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (\*)

En 1981 la prestigiosa Editorial Giuffrè a través de su conocida colección “Civiltà del diritto”, publicó un grueso volumen con diez ensayos de Kelsen que tituló: “La giustizia costituzionale”. Fue ella fruto de una iniciativa y gestión del distinguido constitucionalista italiano Antonio La Pergola. Del total de ensayos ahí incluidos, dos no eran estrictamente de Kelsen sino sobre él o sobre la problemática planteada por él. La mayoría de ellos habían sido publicados originalmente en alemán, pero otros lo eran del francés y del inglés que son, si se quiere, los idiomas kelsenianos (sobre todo el alemán, idioma materno y el inglés, pues vivió permanentemente en los Estados Unidos los últimos 33 años de su vida y en donde falleció en 1973, en Berkeley, California). Entre ellos, los más importantes eran sin lugar a dudas, los dos relacionados con la fundamentación y la sistemática de la Jurisdicción Constitucional, el primero publicado en alemán en 1928 en un encuentro de profesores alemanes de Derecho Público realizado en Viena ese año —pero difundido sobre todo en la versión francesa, más ordenada y que Kelsen autorizó expresamente—. Y el segundo la

---

(\*) Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

versión en inglés de un análisis comparativo publicado en 1942 entre el sistema concentrado austríaco y el norteamericano de carácter difuso. Dentro de esta temática son importantes también su polémica con Schmitt —algo ácida— y su debate, en el fondo infructuoso, en el Instituto Internacional de Derecho Público llevado a cabo en París a fines de 1928, cuando era magistrado y ponente del Tribunal Constitucional austríaco.

Casi todos estos textos se encuentran ahora en castellano, pero hemos querido reunir algunos de ellos pues no existe nada similar en el mundo hispánico, pese a que muchos circulan entre nosotros hace años. No todos por cierto, pues eso implicaba un esfuerzo adicional de traducción, sino solo de los principales, como son los dos sobre el control jurisdiccional, el primero en francés en 1928 y el segundo en inglés en 1942, como ya se adelantó. A lo que agregamos el debate en París en 1928, y el Prólogo que el propio Kelsen escribió para la publicación como libro de la tesis doctoral de su discípulo Charles Eisenmann del mismo año. Con esto presentamos lo sustancial del planteo kelseniano, con la ventaja de que, además, son traducciones primigenias o únicas en castellano y hechas con fidelidad a las fuentes. Y además publicadas en Lima.

Todos los textos han sido publicados con anterioridad, pero aquí han sido nuevamente revisados. Cada uno de ellos va acompañado de una nota explicatoria y de textos adicionales que sirven para situar adecuadamente las tesis kelsenianas. Incluimos, además, la traducción del texto de La Pergola, que me autorizó en vida y otros más que dan cuenta de diversos aspectos del planteo kelseniano y que han sido preparados por estimados colegas para esta ocasión (José F. Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz y Edgar Carpio Marcos). Añado a ellos un trabajo mío sobre el frustrado debate parisino de 1928, que es un buen preludio para las actas del debate en el Instituto Internacional de Derecho Público.

Nuestro buen amigo Óscar Sarlo, autoridad internacional en temas kelsenianos, ha tenido la enorme generosidad de poner unas notas



prologales a la masa de textos reunidos y además hacer muy puntuales precisiones a las traducciones presentadas que aquí recogemos, sin que ello signifique que traslademos nuestra responsabilidad sobre ellos. No podemos olvidar tampoco al Prof. Robert Walter, del Instituto Hans Kelsen de Viena, que en vida nos dio diversas autorizaciones para reproducir en el Perú textos kelsenianos como los presentes, y de otros como el valioso folleto “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, del que salieron edición peruana y mexicana en simultáneo.

Viena, marzo de 2014.

Lima, mayo de 2015.



# LIMINAR

LUIS CERVANTES LIÑÁN (\*)

De entrada se puede decir que la vocación del Derecho y las normas que lo integran, radica en hacer posible la vida en sociedad de una manera pacífica a tenor del cultivo de valores superiores, tales como la justicia y la libertad. Este fenómeno ha sido constante a lo largo de las distintas civilizaciones y pueblos de la historia, procurando su perfeccionamiento en el tiempo presente. De allí que el clásico aforismo romano, espléndida prueba de su espíritu jurídico, “*ubi societas, ibi ius*”, todavía siga en pie.

Para poder mejorar continuamente las normas que aseguran la existencia física en la sociedad civil, se han presentado en distintas épocas especialistas e investigadores dedicados al cultivo y análisis de las normas y sistemas jurídicos. El objetivo fundamental de los estudiosos del Derecho, abogados que lo ejercen y juristas que lo nutren, es propiciar que las normas que rigen al país sean justas, es decir, pro-

---

(\*) Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Perú). Doctor *Honoris Causa* por el Bloomfield College de New Jersey (Estados Unidos). Ha sido distinguido con la Medalla “José León Barandiarán”, otorgada por el Bicentenario e Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Palmas Magisteriales en el grado de *Amauta* otorgadas por el Ministerio de Educación (Perú).

curen dar a cada uno lo suyo, con lo cual se reafirma inexorablemente la seguridad jurídica y la paz social.

A partir de estos hechos es que, en el fluir del tiempo, han destacado diversos tratadistas y cultores que mediante su trabajo y capacidad académica lograron significativas contribuciones a la Ciencia Jurídica. Es de rigor significar que, tanto desde la perspectiva de las prácticas autóctonas del *Common Law* como del *Civil Law*, encontramos insignes personajes cuyas ideas fomentaron el desarrollo de mejores normas e impulsaron Estados prósperos y civilizados, con una madurez incuestionable, a partir, precisamente, del siglo XVIII, denominado iluminismo o bella época.

En todo ese horizonte histórico el siglo XX fue una época de notables desafíos para el Derecho, en especial, a través del Positivismo Jurídico, las vicisitudes de las dos guerras mundiales (1914-1918 y 1939-1945), los incontrolables adelantos tecnológicos, el fortalecimiento de la conciencia de las masas, así como la gesta de nuevas formas de producción y consumo generó que desde la perspectiva jurídica se reflexionara si las normas constitucionales cumplían su papel primordial: protección procesal de los derechos fundamentales, supremacía constitucional, por citar tan solo dos ejemplos.

Es en este singular contexto en donde el jurista Hans Kelsen desarrolla sus fundamentos y conceptos, los mismos que van a trascender en todo el bloque occidental debido, principalmente, a su legado en la Epistemología Jurídica para establecer una teoría y objeto de estudio en el Derecho, la cual se encuentra expresada en su notable *Teoría Pura del Derecho*, reafirmando de esa forma su rigurosa formación dogmática.

No obstante ello, es importante resaltar que Hans Kelsen, a la par con la obra enciclopédica que dio a la luz, era un incasable polemista, un comprometido profesor y un notable funcionario que colaboró en el ámbito gubernamental en cada oportunidad en la que fue convocado. Testimonio de ello se recoge sobre todo en su labor como gestor de la Constitución de Austria del 1º de octubre de 1920, vigente hasta la actualidad, y como integrante del Tribunal Constitucional austríaco,

así como docente en las universidades de Viena, Colonia y California (Berkeley), siendo en todas ellas un celebrado y respetado maestro universitario.

En atención a tan notable trayectoria, la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, comprometida con la investigación científica, la cultura y el saber jurídico, realiza un especial esfuerzo para sacar a luz el presente volumen colectivo que lleva por título *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, en el cual se ofrece a la comunidad universitaria una gama de estudios clásicos de Hans Kelsen relativos, estrictamente, a la Jurisdicción Constitucional, y de donde dimanen nuevas innovaciones constitucionales.

En el orden de los resultados, la importancia de esta obra se encuentra en la inagotable defensa del sistema político y constitucional, que, en el siglo actual, afronta nuevos retos y nuevos paradigmas exigiendo que se adopten tesis y propuestas que avalen su predominio y supremacía. Sin embargo, para lograr una fortaleza en los argumentos y líneas teóricas de la defensa de la constitucionalidad, la lectura de los clásicos es una tarea permanente. Y Kelsen es un referente obligatorio en el horizonte jurídico. No en vano, en vida demostró su profunda fe en la democracia y en la libertad.

De esta forma, la presente obra, que se publica en la serie *Cuadernos del Rectorado*, como no podía ser menos, se orienta hacia la comunidad académica resaltando algunos de los estudios de Hans Kelsen acompañados, a modo de complemento, de artículos de juristas especializados en la temática constitucional, quienes reflexionan en torno a los ensayos del maestro vienes y establecen líneas complementarias valiosas para la investigación sobre la Jurisdicción Constitucional y la defensa de la constitucionalidad, y que estamos seguros motivarán al lector a conocer y profundizar más en la vasta obra de Hans Kelsen que en la presente edición se da cuenta. Una vez más, los lazos de cordial afecto que tenemos con Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego se refirman con el presente volumen.

Lima, 11 de abril de 2016.



# Para no escribir un Prólogo: Observaciones sobre Kelsen y la Jurisdicción Constitucional

---

ÓSCAR SARLO (\*)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Contexto de descubrimiento del control de constitucionalidad. 2.1. Planteamiento. 2.2. Primera cuestión: La originalidad del aporte kelseniano. 2.3. Segunda cuestión: Las fuentes del pensamiento kelseniano. 3. La cuestión filosófico-política. 4. La cuestión teórica que plantea la Jurisdicción Constitucional. 5. La cuestión política. 6. La cuestión técnica. 7. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Mi distinguido colega y amigo Domingo García Belaunde me había invitado a escribir un Prólogo para este importante emprendimiento

---

(\*) Profesor Titular de Filosofía y Teoría del Derecho (Facultad de Derecho, UDELAR); Prof. Agregado de Metodología de la Investigación Jurídica. Profesor en Régimen de Dedicación Total (CSIC, UDELAR). Investigador Nivel II (ANII, Sistema Nacional de Investigadores). Miembro Correspondiente Internacional del Hans Kelsen-Institut (Viena). Académico de Número (Academia Nacional de Letras, Uruguay).

editorial en torno a uno de los más perdurables temas kelsenianos: la *Jurisdicción Constitucional*. Pero es que ni los autores ni el tema requerían de Prólogo, porque son todos de sobre conocidos como para prologarlos.

De todas maneras, al tiempo de agradecer ese elevado honor, no he querido dejar pasar la oportunidad de realizar algunas observaciones sobre los textos kelsenianos que aquí se publican en versión española.

La publicación de este volumen tiene una singular significación en la permanente tarea de difundir, traducir, y discutir la obra de Kelsen, la que según Losano configura un *opus perpetuum*<sup>(1)</sup>, pues sus ideas todavía siguen generando discusiones y nuevas ideas; se trata, sin duda, de un raro caso de vitalidad de pensamiento.

De manera que, evitando lo que podría ser un Prólogo, procederé en su lugar a destacar algunos aspectos que siempre me han llamado la atención en el tema que nos ocupa, complementando quizás los magníficos trabajos aquí reunidos, que por otra parte tienden a agotar los temas.

Los puntos que quisiera resaltar refieren a cuatro dimensiones que plantea esta cuestión en Kelsen: la cuestión histórica, la cuestión filosófico-política, la cuestión teórica y la cuestión técnica del control de constitucionalidad. Utilizo así el criterio frecuentemente empleado por Kelsen, de acuerdo con el cual cabría discernir distintas dimensiones en cada concepto jurídico: la teórico-jurídica, la filosófico-política, la técnica, y a veces, todavía otras dimensiones<sup>(2)</sup>. En este caso, agregaré

---

(1) Losano entiende esto en dos sentidos: como *monumentum aere perennius* para la ciencia jurídica, y como *perpetuum mobile*, es decir, como teoría en continua transformación; ver: Losano, M. G., *Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Bogotá, 1992, p. 47.

(2) Tanto en su *Teoría General del Estado* (1925), su *Teoría Pura del Derecho* (1934), así como en su *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945) Kelsen acompaña el desarrollo del concepto jurídico con consideraciones filosófico-políticas o crítico-ideológicas, otras de tipo técnico-jurídicas, o de psicología social. En este ensayo de 1928, Kelsen sigue ese mismo método: intenta presentar su estudios desde



una dimensión nueva: el contexto de descubrimiento de su concepción de la *Jurisdicción Constitucional*.

## 2. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

### 2.1. PLANTEAMIENTO

Siempre resulta interesante complementar el estudio analítico de las teorías, con el contexto histórico en el cual se han desarrollado; es lo que en epistemología suele denominarse ‘contexto de descubrimiento’ por oposición al ‘contexto de justificación’.

En este volumen se realiza un significativo aporte para esclarecer el contexto de descubrimiento del control de constitucionalidad, repasando con la mayor precisión el itinerario que siguió la idea y su realización. En el medio queda planteado el papel que corresponda asignar a Kelsen en todo ello.

Como en cualquier otra cuestión, podemos distinguir aquí la concepción original de la idea.

### 2.2. PRIMERA CUESTIÓN: LA ORIGINALIDAD DEL APORTE KELSENIANO

Una primera mirada al contexto de descubrimiento, se interesa por examinar —objetivamente— qué lugar corresponde asignarle a una idea o concepción en términos históricos, más allá de que los autores fueran o no conscientes de ello<sup>(3)</sup>.

---

todos los abordajes posibles: el teórico-jurídico, el político, el crítico-ideológico, o el técnico-jurídico.

<sup>(3)</sup> Por ejemplo, sería perfectamente posible determinar que una idea científica del teórico X había sido concebida mucho antes por Y, sin que X fuera consciente de ello, lo cual por cierto ha sucedido muchas veces. También pasa con otros descubrimientos: Cristóbal Colón creía honestamente haber sido el primero en pisar tierra americana, cuando la evidencia histórica lo pone en cuestión, atribuyéndole la prioridad a otros navegantes.

Como bien se plantea en esta obra, puede discutirse el papel histórico que cabe reconocer a Kelsen en el diseño del modelo austríaco de Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1920. El aporte del profesor Edgar Carpio Marcos es muy elocuente en mostrar los antecedentes austríacos del tema. En esta obra, se brinda una amplia información sobre los antecedentes de tribunales o cortes constitucionales, y en especial, se da cuenta acabada del opúsculo de Jellinek sobre “Una Corte Constitucional para Austria”, de 1885<sup>(4)</sup>. Se especula también sobre su conocimiento por Kelsen, y se concluye que necesariamente hubo de conocerlo. Con los elementos allí tomados en cuenta, yo hubiera llegado a la misma conclusión. Pero quiero agregar, que además esa obrita de Jellinek sí fue conocida y citada por Kelsen en sus textos de Derecho Constitucional. Y lo fue tan tempranamente como en 1907, esto es, a poco de obtener su grado en Derecho.

En efecto, en su texto “Comentario sobre el régimen electoral de Consejo Imperial austríaco”<sup>(5)</sup>, Kelsen consigna, en una escueta bibliografía, el opúsculo de Jellinek. ¿Por qué no lo citó en su estudio de 1928? Es un misterio, que sólo podrían develar quienes estudien documentadamente el modo de trabajo de Kelsen. Lo que no cabe especular —en cualquier caso— es que haya intentado ocultar la fuente, porque él mismo la había citado en oportunidad anterior.

No obstante, pienso que desde el punto de vista epistemológico, el *contexto de descubrimiento* que más interesa es el relativo al encuadre teórico, a la explicación teórica del problema. En este sentido, me parece indiscutible el aporte original de Kelsen, al menos en tres aspectos:

- a) Haber concebido al control de constitucionalidad como una técnica para garantizar la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico.

---

<sup>(4)</sup> Jellinek, G.: *Ein staatsgerichtsbarkeit für österreich* [Una jurisdicción estatal para Austria], Hölder, Wien, 1885.

<sup>(5)</sup> Kelsen, H.: *Kommentar zur österreichischen Reichsrats-wahlordnung* [Comentario sobre las Normas Electorales del Consejo Imperial de Austria], Manz, Wien, 1907, VIII + 217 páginas. La bibliografía está en pág. VI.

Me parece claro que si el problema fuera cómo defender la Constitución en tanto grada superior de la pirámide normativa, entonces no cabe duda que la teorización del problema (no la teorización de la *stufenbau*), corresponde a Kelsen, sencillamente porque ni Jellinek ni Renner concibieron la cuestión en el marco teórico de un ordenamiento jerarquizado de normas y como parte de la ingeniería general de la juridización de la vida social. Si bien Merkl fue quien concibió la idea de ver al sistema jurídico como un orden escalonado de normas<sup>(6)</sup>, creo que la cuestión teórica de su (falta de) defensa fue vista por Kelsen<sup>(7)</sup>. Un estudio en profundidad de la “contribución de Kelsen” a la tradición del “rule of law”<sup>(8)</sup>, destaca el aporte teórico, técnico y político de Kelsen, y agrega que frente a la *staatsgerichtsbarkeit* (jurisdicción estatal) que era la idea primitiva propuesta por Jellinek en el Siglo XIX, Kelsen postula el pasaje a una *Verfassungsgerichtshof* (Jurisdicción Constitucional) conformando así el modelo kelseniano, claramente diferenciable de aquél.

---

(6) Recuérdese que –como lo consigna el propio Kelsen en el Prólogo a la 2ª. edición de los *Hauptprobleme der staatsrechtslehre* (1923)–, la exposición de la “pirámide normativa” fue desarrollada por Merkl en trabajos publicados entre 1917 y 1923, período que abarca, precisamente, su actuación en el equipo redactor de la Constitución de 1920. Ver traducción española: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Porrúa, México, 1987, p. XLVIII.

(7) Adviértase que la cuestión teórica ya está planteada –por lo menos– en la *Teoría General del Estado* (1925), en los mismos términos que aparece aquí en el texto de 1928.

(8) Para Bongiovanni “*La teoría de Kelsen representa un decisivamente nuevo abordaje con respecto a la concepción de las jurisdicciones de derecho público del Siglo XIX. Él marca el pasaje del Staatsgerichtsbarkeit hacia el Verfassungsgerichtsbarkeit, esto es, hacia un efectivo control de constitucionalidad. La sugerencia de Jellinek para ampliar las funciones del Tribunal del Imperio de Austria está asociada con la primera visión (Staatsgerichtsbarkeit)*”. Ver: Bongiovanni, Giorgio, “*Rechtsstaat and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen’s contribution*”, en: Pietro Costa, Danilo Zolo (comps.) *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, Volume 80 of Law and Philosophy Library, Dordrecht, The Netherlands, Springer Science & Business Media, 2007, pp. 293-319; la cita corresponde a nota 103, en p. 318.

- b) Haber concebido a la Corte Constitucional como parte de la función legislativa (negativa) y no de la función jurisdiccional. Kelsen sostiene aquí la tesis —bien heterodoxa, por cierto— según la cual una Corte con facultad de anular leyes, es un órgano de la función legislativa: es un legislador negativo.
- c) Para captar la originalidad e influencia de la concepción kelseniana, debe apreciarse la obra en su conjunto. En particular, la función técnica que le atribuyó a la Corte Constitucional solo se puede comprender si se complementa con la exclusión de una declaración de derechos fundamentales en la Constitución de 1920, solución que ciertamente iba contra la tendencia de la época. En los textos que aquí se traducen, al igual que antes en la *Teoría General del Estado*, Kelsen argumenta convincentemente que la conjunción de una declaración de derechos fundamentales con la existencia de una Corte Constitucional, implicaría una transferencia de poder político inconveniente para un régimen democrático, porque resultaría inevitable que —con disposiciones tan vagas como las que consagran los derechos fundamentales— los miembros de la Corte terminaran defendiendo la Constitución que se ajuste a sus propios valores, y no necesariamente a los expresados democráticamente. Este tipo de reflexión teórica, no tiene precedente conocido en la doctrina iuspublicista.
- d) Entiendo que cuando Kelsen consignó que ésa habría sido su “obra más personal” se estaría refiriendo al conjunto del diseño técnico del control de constitucionalidad, y a su fundamentación teórica y política, sobre lo cual no creo que pueda haber duda.

### 2.3. SEGUNDA CUESTIÓN: LAS FUENTES DEL PENSAMIENTO KELSENIANO

Aquí nos interesa explorar otro aspecto del *contexto de descubrimiento*: qué conocimiento tenía Kelsen de los antecedentes, dado que en su ensayo de 1928 guarda absoluto silencio sobre el punto. Ya se ha

hecho referencia al conocimiento que tenía del importante antecedente de Jellinek.

Pero en cuanto a las fuentes, hay otra cuestión que, confieso, siempre me ha intrigado: ¿hasta dónde Kelsen conocía la experiencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana? La pregunta vale tanto para si trabajó como asesor en la redacción de la Constitución de 1920, como cuando teorizó sobre el tema en la *Teoría General del Estado* (1925), como en su estudio específico de 1928, aquí incluido.

Sus estudios de Derecho Constitucional positivo austríaco<sup>(9)</sup> no hacen referencia a la experiencia norteamericana. Sin embargo, es evidente que esa experiencia era bien conocida en Europa. En 1921 se había publicado el famoso estudio del francés Lambert<sup>(10)</sup> denunciando el peligro del “gobierno de los jueces” como freno a la legislación social. Por otra parte, sabemos que Charles Eisenmann en su tesis sobre el control de constitucionalidad en la Constitución austríaca, elaborada bajo la dirección de Kelsen, cita el libro de Lambert, así como el de Jellinek. De manera que resulta obvio que al menos hacia 1926-7 (época en que Eisenmann realizó sus estudios de doctorado en Viena) Kelsen conocía la experiencia norteamericana, y la tiene que haber discutido con su discípulo Eisenmann.

---

<sup>(9)</sup> Los textos de Kelsen sobre Derecho Constitucional austríaco recién están reeditándose en las “Hans Kelsen Werke”, [*Obras Completas*], Matthias Jestaedt (Editor), con la cooperación del Hans Kelsen-Institut, Mohr Siebeck, Tübingen, a partir de 2007. Hasta donde podemos observar –dado que sólo tenemos un manejo descriptivo del idioma alemán– hay allí sólo unas escasas referencias a la Constitución de los EEUU, que no aluden al papel que juega la Corte Suprema. Pero es claro que en su *Teoría General del Estado* (1925), que contiene numerosas referencias al derecho comparado, no hay referencia alguna a la Constitución norteamericana.

<sup>(10)</sup> Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921; reedición: con Prefacio de F. Moderne, Dalloz, Paris, 2005, 276 págs.

Pero además, cuando poco después polemiza con Carl Schmitt sobre “El guardián de la Constitución”<sup>(11)</sup>, debió estudiar detenidamente los textos de éste, que contienen abundantes referencias a la experiencia norteamericana.

No deja de llamar la atención, entonces, que Kelsen nunca se haya referido específicamente a la experiencia norteamericana en materia de control de constitucionalidad hasta 1941, cuando ya se hallaba instalado en los EE.UU<sup>(12)</sup>.

### 3. LA CUESTIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA

De acuerdo con el método de trabajo de Kelsen, que señalé anteriormente, corresponde plantearnos cuál es la ‘cuestión filosófico-política’ en el caso del control de constitucionalidad o la Jurisdicción Constitucional<sup>(13)</sup>.

Una primera hipótesis sería que, dado que el diseño de la Corte Constitucional (en 1918) correspondió al período de primacía de la socialdemocracia austríaca, podría pensarse que hay allí unas preferencias de tipo ideológico partidario, quizás una manifestación de sus íntimas preferencias socialdemócratas. Por cierto, queda muy bien documen-

---

<sup>(11)</sup> Kelsen, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en 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?*, Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi, Tecnos, Madrid, 2009.

<sup>(12)</sup> Claro que podemos conjeturar que Kelsen alude a la experiencia norteamericana cuando en su *Teoría General del Estado* y en su escrito de 1928 sobre la Jurisdicción Constitucional hace referencia al especial papel que cumple el control de constitucionalidad en los Estados federales, cuyo paradigma era entonces Estados Unidos de Norteamérica (desde 1787) junto a la reciente innovación austríaca (1920).

<sup>(13)</sup> En la bibliografía kelseniana encontramos algunos ensayos específicamente sobre filosofía política como: “Esencia y valor de la democracia” (1920), “Forma de Estado y visión del mundo” (1933), “El absolutismo y el relativismo en la Filosofía y en Política” (1948), entre otros.

tado en esta misma publicación la conexión que la idea del Tribunal Constitucional tenía con la Social Democracia Austríaca, a través de Karl Renner, y también las simpatías de Kelsen con dicha corriente. Pero me parece que esa circunstancia ha sido una mera coincidencia histórica, y la postulación de este mecanismo de ingeniería jurídica no era entonces una marca identificadora general de la socialdemocracia<sup>(14)</sup>, aunque más no fuera por la desconfianza hacia la clase de los jueces, naturalmente de tendencia conservadora.

Creo, sin embargo, que la fundamentación filosófico-política es más vasta y abstracta, vinculándose más bien a una concepción civilizatoria. En efecto, en la *Teoría General del Estado*, ya Kelsen había planteado el problema general del órgano que debe ejecutar una norma, y ve que dicha norma contraviene otra norma superior. Se plantea así la disyuntiva entre cumplir el orden normativo (observancia de normas regulares) y obedecer los mandatos jurídicos (cumplir deberes irregularmente producidos)<sup>(15)</sup>. Aquí no se plantea solo el caso de qué hacer frente a leyes inconstitucionales, sino que Kelsen lo plantea como un problema general del diseño institucional y de la teoría jurídica. Y ve en ello un problema crucial: “¿quién decide si la norma que ha de ejecutarse es regular, es decir, si ha de ejecutarse o no?”. Frente a tal cuestión, Kelsen expone todas las opciones posibles desde el punto de vista técnico, y examina sus consecuencias políticas. Allí la recomendación favorece en principio la solución que confía tal decisión “a una instancia neu-

---

<sup>(14)</sup> En un estudio que realicé sobre el debate constitucional en Uruguay durante la Asamblea Constituyente de 1918, donde se discutió explícitamente la adopción de un sistema de revisión constitucional, quedó en evidencia que el bloque formado por el “batllismo” (corriente republicana dominante, liderada por José Batlle y Ordóñez) y el Socialismo (sector minoritario que representaban la ideología socialdemócrata) se opusieron terminantemente a introducir ese tipo de mecanismos, que podían significar un obstáculo a la expresión política de las masas populares. Ver: Sarlo, Ó., “Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución uruguaya: un análisis de filosofía política y epistemología del derecho”, en: Vázquez Pedrouzo, María Cristina (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pp.1069-1099.

<sup>(15)</sup> Ver, Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, p. 373.

tral distinta del creador y del ejecutor de la norma”<sup>(16)</sup>, pero no deja de reconocer que esa solución no puede generalizarse ni “la desconfianza puede llevarse al infinito”. Pero lo que si rescata más adelante —y me parece central— es que en definitiva, “en la teoría jurídica se abre paso el conocimiento de que no se está sometido ni se debe obediencia sino a las normas, pero no a los hombres que las crean”<sup>(17)</sup>. Luego de leer su argumentación (en estos textos, pero también en su *Teoría General del Estado*) queda claro que la cuestión filosófico-política de Kelsen es ni más ni menos que el gran ideal de la modernidad: ser gobernados por leyes y no por hombres<sup>(18)</sup>. En otros términos, el ideal de actuar “como si” fuéramos gobernados por leyes y no por hombres, sólo se logra si rompemos la dependencia con las órdenes personales. Y para esto, es preciso garantizar que las normas inferiores guarden regularidad con respecto a las normas superiores<sup>(19)</sup>.

En este sentido, todo el ensayo de 1928 sobre la *Jurisdicción Constitucional*, es solo una pieza de ese proyecto, que había desarrollado ampliamente en su *Teoría General del Estado*. La *Jurisdicción Constitucional* podía ser vista como la culminación del proyecto civilizatorio occidental (modernidad), que tiene por objetivo “domesticar” la política

---

<sup>(16)</sup> Kelsen, *Teoría General...*, cit., p. 383.

<sup>(17)</sup> Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 392.

<sup>(18)</sup> Norberto Bobbio, que compartió los mismos ideales civilizatorios que Kelsen, desarrolla claramente esta idea, mostrando que en la historia del pensamiento político se puede ordenar en torno al problema de “cuál es el mejor gobierno, ¿el de las leyes o el de los hombres? Las respuestas alternas a esta pregunta constituyen uno de los capítulos más significativos y fascinantes de la filosofía política”, advirtiendo que la pregunta refiere al *modo de gobernar* y no a la *forma de gobierno*. Ver: Bobbio, N.: ¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?, en: *El futuro de la democracia*, Plaza & Janés, Barcelona, 1985, pp. 195 y ss.

<sup>(19)</sup> Podríamos decir que Kelsen se inscribe decididamente en la tradición del “rule of law”, ya que no en la tradición del Rechtsstaat, con la cual discrepaba; véase al respecto: Pietro Costa, Danilo Zolo (comps.), *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, Volume 80 of Law and Philosophy Library, Dordrecht, The Netherlands, Springer Science & Business Media, 2007, en especial la contribución de Giorgio Bongiovanni ya citada.



estatal, haciendo de ella un juego institucional: *totalmente institucional*. Hacer de las opciones políticas una cuestión jurídica, implica, ni más ni menos, hacer que las decisiones sean controlables por una autoridad ajena a la autoridad que expresa la voluntad, y también a la lógica partidaria, que siempre se guía por la lógica de las mayorías.

Sin embargo, ahí no se detuvo el proyecto kelseniano: el mismo ideal lo trasladará luego al ámbito internacional cuando fue llamado a asesorar al gobierno norteamericano en el diseño de la organización mundial de la posguerra. En tal oportunidad, no dudó en postular la necesidad de que en el futuro la paz solo sería posible y efectiva bajo la condición de que se cree una liga permanente para el mantenimiento de la paz, fundada en la igualdad soberana de los Estados, que fuera —además— capaz de crear una jurisdicción internacional compulsiva para dirimir las disputas entre los Estados<sup>(20)</sup>. En otras palabras, Kelsen era consciente que si las relaciones internacionales —y en especial la guerra— quedaban libradas a la apreciación de las partes, no habría posibilidad de someter la política internacional a la civilización jurídica, esto es, el proyecto de civilización jurídica sería inviable<sup>(21)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Su posición fue luego expuesta públicamente en: Kelsen, H., *Peace through Law*, University of North Carolina, 1944. Hay traducción en español: Kelsen, H., *La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946; y más recientemente una nueva traducción de Luis Echávarri, con presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, Trotta, Madrid, 2008.

<sup>(21)</sup> En su tratado sobre las Naciones Unidas, Kelsen explica analíticamente la diferencia entre disputas legales y disputas políticas: *‘According to the usual terminology ‘legal’ disputes are distinguished from non-legal, i.e., political disputes. The legal or non-legal, that is political, character of a dispute does not depend on its substance, i.e., the subject matter with respect to which the parties are in conflict, but on the norms which are to be applied to it. The dispute is legal if it is to be decided according to norms of positive law; it is non-legal, i.e., political, if it is to be decided according to other norms, especially according to principles of justice or equity. Whether legal or other norms are to be applied to a dispute depends on the parties, or on the authority competent to decide the dispute. (...) If the parties submit their dispute to an agency for settlement the dispute is a legal dispute if this agency is authorised to settle it by applying to it rules of positive law; otherwise it is a political dispute. But if the agency concerned is authorised by a norm of international law, especially by an international*

A pesar que su propuesta no fue aceptada en 1945<sup>(22)</sup>, ello no impidió que con el andar del tiempo cada vez más los países hayan ido avanzando hacia la jurisdiccionalización de las relaciones internacionales, en buena medida porque la internacionalización de los derechos humanos, como conciencia universal, ha ido debilitando la pretensión de soberanía estatal. El Tribunal Penal Internacional (Tratado de Roma), retoma y procura universalizar la construcción *ad hoc* del Tribunal de Núremberg, con vastas proyecciones en tal sentido<sup>(23)</sup>.

En suma: lo que Kelsen defiende en estos textos —y en otros tantos— es la idea de marchar hacia una civilización jurídica. Bajo este ideal, la política se ejerce en cada instancia de decisión pública (incluyendo a los jueces), pero que al estar sometidas esas decisiones a controles externos según procedimientos contradictorios, se tornan jurídicas. Es en definitiva el ideal del Estado de Derecho, elaborado por la tradición europea. Ese ideal, es depurado por Kelsen, llevándolo a su expresión más técnica, con una sólida fundamentación teórica.

#### 4. LA CUESTIÓN TEÓRICA QUE PLANTEA LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Es claro que Kelsen no se quedó dogmatizado en su ideal regulatorio (el Estado de Derecho como ideal de la civilización jurídica),

---

*agreement to decide a dispute according to principles of justice or equity and the like, these principles, delegated by international law, assume the character of international law in being applied by the agency. Its decision, binding upon the parties, has legal character”;* Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, Stevens, Londres, 1950, p. 478.

<sup>(22)</sup> En virtud de la cerrada oposición de otro asesor del presidente Harry Truman, Leo Pasvolksy, quien rechazaba lo que llamó ‘legalistic technicalities’ kelsenianas; véase: Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen, vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976, pp. 85-86.

<sup>(23)</sup> Claro que esta evolución es resistida por quienes —como los EEUU o China— disponen de un poder de primer orden en la esfera internacional y aspiran a regir (o co-regir) el orden mundial, como lo evidencia su negativa a suscribir precisamente el Tratado de Roma. Pero aun así, es dable observar un paulatino afianzamiento de la idea de sometimiento de los conflictos a la solución jurisdiccional.

ni en los meandros técnicos que seguramente manejó con solvencia en el proceso de construcción de la Constitución austríaca de 1920. Dado su espíritu reflexivo<sup>(24)</sup>, parece claro que Kelsen advirtió en el diseño —y la práctica— de la *Jurisdicción Constitucional*, un grave problema teórico. Tenía claro que la adopción de un Tribunal Constitucional “a la austríaca” era una buena solución práctica<sup>(25)</sup>, pero cuando reflexiona teóricamente se da cuenta que hay allí un problema: ¿cómo explicar la fuerza normativa de la Constitución para el legislador, si la posible inconstitucionalidad de cualquier ley dependerá de lo que decida la Corte Constitucional? Imaginemos que la ley supuestamente inconstitucional sea finalmente declarada constitucional, entonces cabría concluir —dice Kelsen— que la Constitución lleva implícita una “cláusula alternativa”, que diría algo así como que “esta Constitución dispone que el Parlamento deberá legislar de acuerdo al procedimiento X, y a los contenidos Y, pero si se apartase de ellos, podrá todavía la ley ser válida si la Corte Constitucional así lo entendiera”<sup>(26)</sup>.

---

(24) Una de las facetas más admirables de la personalidad científica de Kelsen es su capacidad de reflexionar sobre su propia praxis. En general, los juristas oscilaban —y siguen haciéndolo— entre dos papeles: si se dedican a producir doctrina, entonces tienden a la dogmatización, despreciando los hechos; por el contrario, cuando los juristas se dedican a la práctica de la abogacía, suelen abandonar toda reflexión teórica, porque creen que ésta no les proveerá de argumentos persuasivos para ganar pleitos o para ganar clientes. En cambio Kelsen, que se desarrolló en todos los papeles (fue profesor, teórico, juez, abogado de parte, etc.) supo entrar y salir de cada uno, con buena ganancia para todos esos papeles. Esto se corrobora viendo cómo al mismo tiempo que era juez de la Corte Constitucional austríaca (1920-1929) pudo escribir ensayos de tal fuerza teórica y crítica como los aquí reunidos.

(25) Así se lo recuerda a Schmitt en su artículo polémico sobre “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?”, citado, p. 318, y nota.

(26) Hasta allí va el argumento de Kelsen; yo agrego que el mismo resultado se alcanzaría si dictada una ley supuestamente inconstitucional, se aplica y cumple pacíficamente sin siquiera ser cuestionada ante la Corte Constitucional; ésta es también nuestra posición en: AA.VV., *Constitución uruguaya: érigida o flexible?*, FCU, Montevideo, 2010.

Dice Kelsen:

*“Si es posible una ley inconstitucional, es decir, una ley válida que contradice las prescripciones de la Constitución vigente, bien por el modo de haberse aprobado, bien por su contenido, ese estado de cosas no puede interpretarse sino de este modo. Que la Constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también, en cierto sentido, la validez de la ley inconstitucional. De otra manera no podría hablarse de una validez de la última. El que la Constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional, surge del hecho de que ella prescribe no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada, y que deben tener o no tener un contenido determinado, sino también de que en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita, o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un Tribunal Constitucional en un procedimiento regulado por la Constitución”<sup>(27)</sup>.*

Esto desemboca en lo que se conoce como la tesis de la ‘cláusula alternativa tácita’:

*“[...] las prescripciones concernientes a la legislación ofrecen, de acuerdo con esto, el carácter de prescripciones alternativas, en las que no se atribuye el mismo valor, sin embargo, entre ambos miembros de la alternativa, la diferenciación tiene lugar en el sentido de una descalificación de la segunda alternativa frente a la primera”<sup>(28)</sup>.*

Kelsen no llega a una conclusión clara al respecto, limitándose a plantear el grave problema que ello comporta. Las discusiones han seguido hasta nuestros días, confirmando la sinergia impresionante del pensamiento kelseniano.

---

<sup>(27)</sup> Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1941, p. 121.

<sup>(28)</sup> Kelsen, H. *Teoría Pura...*, cit., pp. 122-123.

Uno de los teóricos que ha tratado de resolver el punto, es U. Schmill. Para ello, comienza por afirmar que es necesario distinguir los *conceptos de existencia, validez y regularidad* de las normas, lo cual explica de la siguiente manera:

“la existencia de una norma es la relación entre el acto o proceso de producción de la norma y la norma misma. Si hay un acto de producción de la norma y la norma, se puede decir que la norma existe. Ahora, para continuar, hay que representarse un acto o proceso y la norma creada y luego otro acto y otra norma, a1(n1) - a2(n2). No hay, ni puede haber entre dos normas y sus actos de producción más que las siguientes tres relaciones, la del acto y la norma, que sería la existencia de la norma, R1(a1, n1); la relación de la norma primera y el acto que la ejecuta, R2(n1, a2), podríamos llamarla validez de la norma, y la relación entre la segunda norma con su acto de creación y la primera norma, R3(a2(n2), n1), podemos llamarla regularidad”.

Sobre la base de esta distinción analítica, Schmill entiende que puede explicarse el problema de la *cláusula alternativa tácita*, por el hecho de que Kelsen se habría apartado de su teoría del orden dinámico de normas. Para él, suponiendo Kelsen que una ley inconstitucional es una *contradictio in adjecto*, inventa la cláusula alternativa tácita, pero, afirma Schmill:

“no consideró que la constitucionalidad o la inconstitucionalidad tiene que estar establecida positivamente; no está dada *a priori* la constitucionalidad o la inconstitucionalidad. Si se emite una ley, por R1 puede afirmarse que existe. Entonces, puede hacerse, con toda corrección conceptual, la siguiente pregunta: ¿ésta ley es constitucional o inconstitucional? Lo único que podemos decir es que no lo sabemos, que algunos piensan que es constitucional y otros piensan que no lo es (...). Lo que sí puede afirmarse es que es una norma existente, pues puede comprobarse empíricamente los actos o procesos de su producción y podría ser constitucional o inconstitucional y además puede impugnarse con una acción de

constitucional ante el Tribunal encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes”.

En conclusión, para Schmill las situaciones paradójales de la ley inconstitucional surgen:

*“en el momento en que se considera que la constitucionalidad o inconstitucionalidad está dada a priori, es decir, desde el momento en que la ley entra en vigor. Para resolver el problema debe aplicarse el concepto del orden dinámico, el concepto de la progresiva constitución de situaciones jurídicas y creación de normas. La constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto o de una norma tiene que ser la materia o el contenido específico de un acto jurídico, de una norma o de un acto creador de una norma específica cuya materia sea ésa (...). Pero antes de que esté determinado positivamente de manera dinámica, no puede afirmarse su constitucionalidad o inconstitucionalidad, por más que eso sea sostenido por los más sabios e ilustres maestros y juristas<sup>(29)</sup>.*

Creo que el intento de Schmill es interesante y suministra una solución razonable del problema para quien estudia el derecho —como Kelsen— desde un *punto de vista externo*, como observador no involucrado en el derecho<sup>(30)</sup>. Pero desde el *punto de vista interno*, del operador (juez o práctico) que debe actuar en el marco del sistema jurídico, la cuestión de la fuerza normativa de las normas del sistema entraría en crisis si no fuera por las doctrinas que expresan ideologías políticas que favorecen la aplicación *prima facie* de las normas.

---

<sup>(29)</sup> Schmill, Ulises, Contestación a la réplica de Juan Ruiz Manero, en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33 (2010), pp. 47-62.

<sup>(30)</sup> Cuando Kelsen afirma que su teoría pretende conocer al derecho “desde afuera”, asume una perspectiva similar a la que luego caracterizara Herbert L.A. Hart como ‘punto de vista externo’; ver: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2ª. ed., Porrúa, México, 1979, p. 85; Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

En otras palabras, los sujetos que participan de la experiencia jurídica no “viven” esa alternatividad como normal: más bien tienden a sustentar enunciados *a priori* acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes (o de la legalidad de las sentencias o de los contratos, etc.). El propio Kelsen intuye aquí la explicación teórica de ello, sólo que la desprecia como ideológica. Para él, lo que sucede es que los actores del sistema jurídico asumen ideológicamente que las normas dictadas por las autoridades instituidas son “en principio” válidas, lo cual contribuye, a su vez a su aceptación inercial de las mismas. En la realidad, la mayoría de las leyes (y de los actos jurídicos) son aceptados como válidos *ab initio*, simplemente porque hemos aceptado la legitimidad de las instituciones y autoridades jurídicas. Esto se vincula, sin duda, con lo que algunos denominan “ideología jurídica” y otros estudian como “consenso interpretativo”<sup>(31)</sup>, y que muchas veces se presenta en la doctrina y la jurisprudencia como la “presunción de legitimidad” de las leyes<sup>(32)</sup>. Todo ello resulta explicable porque formamos parte de una “comunidad interpretativa”, que es tal por compartir criterios interpretativos, respetando consensos logrados, y confiando en las autoridades instituidas. Desafiar esas interpretaciones todos los días y por todos, sería la mejor comprobación de que no existe un sistema jurídico. Esto proveería un cierre adecuado, si Kelsen hubiera asumido consecuentemente la perspectiva interpretativista del derecho, que ya había empezado a recorrer sobre las huellas de Max Weber<sup>(33)</sup>.

---

(31) Así lo vio claramente su discípulo Alf Ross, quien seguramente advertido de la falta de ese eslabón teórico, incorporó explícitamente a su teoría del derecho la dimensión hermenéutica que en Kelsen sólo estaba mencionada, más no desarrollada.

(32) La Suprema Corte de Justicia de Uruguay, siempre ha defendido este principio interpretativo; ver ampliamente sobre el punto: Guariglia, Carlos, *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, La Ley, Montevideo, 2009.

(33) Sobre la comprensión hermenéutica de la Teoría Pura del Derecho me he explayado en: Sarlo, O. “Algunas observaciones sobre interpretación jurídica en Kelsen”, en: Laura Clérico y Jan Sieckmann (comps.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 229-255.

## 5. LA CUESTIÓN POLÍTICA

En el escrito kelseniano de 1928 aparece también una cuestión ya no filosófica sino específicamente política, que tiene que ver con los riesgos que a su juicio entrañarían algunos diseños de la *Jurisdicción Constitucional*. Al respecto, Kelsen identifica claramente dos soluciones que rechaza por considerarlas peligrosas para la democracia:

- a) La atribución del control de constitucionalidad a un tribunal judicial o a todos los jueces (control difuso), pues confiándoles el poder de anular leyes, los convertiría en parte de la función legislativa, con lo cual se produciría una confusión de poderes, y se afectaría la coordinación que está en la base de la división de poderes estatales.
- b) La conjunción de un control concentrado, con una declaración genérica de derechos fundamentales. A su juicio, tales declaraciones (que ya estaban desarrollándose en esa época) no significarían ninguna prescripción o restricción para el legislador, porque su vaguedad podría permitir cualquier interpretación con base en ellas. Pero siendo esto así, el riesgo que veía Kelsen era que, dotado el Tribunal Constitucional del poder de interpretar la Constitución, podría él sí condicionar la legislación interpretando interesadamente esos principios constitucionales. De ahí su recomendación de que las constituciones no contengan declaraciones de principios generales, salvo cuando los mismos pudieran expresarse de manera tan específica que no dejaran mayores dudas.

## 6. LA CUESTIÓN TÉCNICA

El artículo que Kelsen escribió en 1928 es un completo y breve manual técnico para guiar el diseño de la *Jurisdicción Constitucional* en cualquier Estado. Sin alardes de erudición comparada (como vimos, Kelsen no cita antecedentes constitucionales ni doctrinales), desarrolla todas las variables posibles, sus combinaciones, etc. Es un verdadero modelo de cómo hacer Ciencia del Derecho aplicada, esto es: *tecnología jurídica*.



No interesa ahora mostrar todo eso que, por otra parte, es sumamente claro. Pero sí resaltar el problema técnico que Kelsen señala allí y que seguramente está directamente inspirado en su experiencia profesional. Contrariamente a lo que suele creerse, Kelsen sostiene que la conjunción entre Jurisdicción Constitucional y declaración de derechos fundamentales, lejos de resultar un límite más estricto para la función legislativa —y un fortalecimiento de la Constitución— significa un aliciente para que los encargados del control de constitucionalidad invoquen interpretaciones alternativas del texto constitucional. En suma, ve allí Kelsen una transferencia de poder del Parlamento al órgano de control constitucional, y en definitiva, un debilitamiento de la Constitución.

Cuán fuerte sería la convicción de Kelsen al respecto, que logró imponer su criterio en la redacción de la Constitución austríaca de 1920, la cual finalmente no incluyó una declaración de derechos fundamentales, al estilo de los que ya ese empezaban a ver en las constituciones de la época.

Con todo, no queda claro cómo pensaba Kelsen resolver el problema en la práctica, si se quisiera —como él mismo patrocina— que la Constitución tenga una eficacia no sólo formal, sino también material, disponiendo contenidos exigidos o prohibidos al legislador. Luego de advertir sobre el riesgo que la inclusión de tales disposiciones implica, pues:

*“un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, [bien podría ser que] la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el poder del Tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este Tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población y, por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia, o cualquiera otra parecida, hacer*

*dependen la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegiado de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político, como lo sería el Tribunal Constitucional”.*

De ahí que:

*“Para evitar un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que políticamente, es completamente contraindicado— del Parlamento a una instancia que le es extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”<sup>(34)</sup>.*

Quienes hoy empiezan a cuestionarse el poder que han alcanzado los tribunales constitucionales, encontrarán en este manual técnico de Kelsen el vaticinio de lo que podía suceder, y la explicación de por qué. Convergen allí el conocimiento de la política, y también el conocimiento técnico del funcionamiento de estas instituciones.

## 7. CONCLUSIONES

En conclusión, el repaso de todos estos antecedentes, nos permite corroborar que:

1ª.) Para Kelsen el control de constitucionalidad es solo un engranaje (quizás la culminación) de su proyecto teórico-político, consistente en explicar las notas características de los Estados modernos y propugnar su perfeccionamiento, como modo de alcanzar una civilización jurídica de la política. Así lo implementó prácticamente

---

<sup>(34)</sup> Ver: Kelsen, “La Jurisdicción Constitucional”, en este mismo volumen, párrafo 17.

cuando le tocó asesorar en la redacción de la Constitución austríaca de 1920. Luego asumió su tenaz defensa cuando era atacado políticamente por el fascismo austríaco y más tarde —doctrinariamente— frente a quien sería el ideólogo jurídico del nazismo en Alemania (Carl Schmitt). Cuando se radica en los EEUU, Kelsen no solo mantiene su interés doctrinario en el tema, sino que profundizará aún más su proyecto civilizatorio, defendiendo la idea de judicializar la política internacional, cuando le tocó asesorar en el diseño de nuevo orden internacional de post guerra, en la futura Carta de las Naciones Unidas.

- 2<sup>a</sup>.) En el tratamiento de la *Jurisdicción Constitucional* Kelsen ha realizado un aporte relevante en casi todos los planos del conocimiento jurídico: práctico, tecnológico y teórico. Sin embargo, omitió tratar algo que para los juristas resulta siempre importante: los antecedentes históricos y el Derecho Comparado.
- 3<sup>a</sup>.) También realizó aportes significativos acerca de las cuestiones políticas que involucra la instauración de una *Jurisdicción Constitucional*, al punto que sus opiniones deberán tenerse si se quisiera discutir la conveniencia de mantener tribunales constitucionales con el protagonismo que les quiere asignar el neoconstitucionalismo.



**PRIMERA PARTE**  
**HANS KELSEN**





# La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)<sup>(\*)</sup>

---

HANS KELSEN

## NOTA PRELIMINAR

Para todos aquellos interesados en el tema de la Constitución y su defensa, es de suma importancia el famoso texto de Hans Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Fue originalmente presentado a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se llevó a cabo en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, momento en el cual su autor, aparte de magistrado del Tribunal Constitucional austríaco, era profesor de Derecho Público de la Universidad de Viena. El texto alemán no tuvo mayor repercusión más allá de la propia comunidad académica germánica, y solo se publicó en Berlín al año siguiente, con el resto de las ponencias presentadas a dicho evento. Sin embargo, consciente de la importancia de su planteo, Kelsen la

---

(\*) Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión: Domingo García Belaunde.

envió a París a su discípulo Charles Eisenmann para que la tradujese al francés y la divulgase en ese mundo académico, seguro que de esta manera tendría una mayor repercusión. El texto francés, como se sabe de la comparación efectuada por los estudiosos, es en sustancia igual al alemán, con la ventaja para el primero de que se le da un título —pues no lo tiene el texto alemán— se incluye una introducción explicatoria, algunos añadidos y además una mejor distribución de sus párrafos con los correspondientes títulos, que lo han hecho, por tal circunstancia, el preferido para su estudio. En la práctica, la versión francesa debida a Eisenmann —por lo demás bastante ceñida y, en consecuencia, de no fácil lectura— fue publicada el mismo año de 1928 en la prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Como si no fuese suficiente, incorporado al recién fundado “Institut International de Droit Public”, Kelsen viajó a París y participó en la sesión del Instituto de fecha 20 de octubre de 1928, con la presencia de Mirkiné Guetzévitch, Gastón Jèze (presidente del Instituto), Gascón y Marín, Léon Duguit, Barthélemy, entre otros. De las actas publicadas se desprende que Kelsen usó para su exposición la versión francesa debida a Eisenmann —con lo cual dio a entender a las claras que la aprobaba— y tuvo un animado debate sobre el tema, en un medio no muy convencido de sus tesis. El *Annuaire* del Instituto, recogiendo sus actividades del año anterior, fue publicado en 1929, dando cuenta de la sesión y de la versión íntegra de la ponencia presentada por Kelsen en francés, al cual hizo pequeños ajustes. Es decir, fue publicado el mismo texto dos veces en versión francesa, los años 1928 y 1929. Esto explica por qué ha sido esta versión la que ha predominado en el uso de la literatura jurídica occidental, con la excepción por cierto, de la comunidad alemana, que por lo demás no ignoraba este hecho.

Y fue así que durante años solo se tenía conocimiento del importante planteo kelseniano a través de la famosa *Revue* y en menor grado del *Annuaire* que por cierto tenían amplia circulación. Pero en 1975, con motivo de mi primer viaje a México para asistir al luego denominado “Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, conocí a Rolando Tamayo y Salmorán, quien habiendo hecho sus estudios



doctorales en París, había tenido el acierto de traducir al castellano el texto kelseniano que finalmente publicó en el “Anuario Jurídico” que por entonces editaba el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y correspondiente a su primer número aparecido en 1974. Esta sería, pues, la primera vez que se tradujo a otro idioma. Y desde entonces llenó el vacío que existía de este importante texto, gozando de la reproducción fotostática y del uso de nuestros colegas latinoamericanos.

En mi caso personal, en los cursos que por entonces tenía a mi cargo, en especial en la Universidad Católica de Lima, lo hice de obligada lectura y yo mismo fui un lector atento y concienzudo del texto durante varios años. Pero pasadas las primeras impresiones advertí que tenía algunos pasajes no muy claros, debido a una traducción quizá algo apresurada y sobre todo proveniente de los entonces llamados errores de imprenta, fruto del uso del linotipo, que era en aquellos días lo habitual en el mundo editorial. Y quizá también del descuido del corrector de pruebas. Y advertí adicionalmente algunas omisiones, que si bien no desmerecían el texto, reclamaban una nueva y paciente revisión. Estaba pues ante una traducción muy solvente, pero necesitada de algunos ajustes.

Fue así que contando con una fotocopia del texto francés que tenía en mi archivo desde años atrás, hice un cotejo lo más minucioso que pude y con la aprobación del propio traductor, Rolando Tamayo y Salmorán, así como del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de entonces, Jorge Madrazo, lo publiqué nuevamente en Lima, en una versión más cuidada y sobre todo más fiel al original. Y lo fue en la revista estudiantil *Ius et Veritas* correspondiente a 1994 (número 9). Y desde entonces ha circulado grandemente.

Pero pasados los años, he creído necesario confrontar nuevamente la versión castellana con su original francés, así como con las otras traducciones a lenguas romances existentes y las que fueron apareciendo mientras tanto. Y tener presente algunos comentarios de amigos y colegas que me han hecho algunas observaciones, en especial Francisco

Fernández Segado, quien me llamó la atención sobre algunos puntos que se nos habían escapado a ambos (a Tamayo y a mi) y más recientemente a Luis García-Corrochano Moyano, quien con toda paciencia hizo un cotejo minucioso de la traducción con el original francés y me hizo observaciones muy acertadas que en gran parte aquí se recogen. Luis Sáenz Dávalos leyó igualmente el texto y me hizo útiles sugerencias. Y esta versión, revisada y mejorada, es la que publico aquí y que espero que siga prestando los mismos servicios que la versión anterior. Soy consciente de que no existe traducción inmejorable, pero creo que la realizada por Tamayo hace tantos años, ahora cuidadosamente cotejada, revisada y corregida, presenta algo que no desmerece los esfuerzos realizados. Aún más, he tratado de mantener la fidelidad al texto, que fue el objetivo primigenio del traductor original, sin concesiones literarias para mejorar su presentación, como por lo demás es una tentación que de continuo se presenta en este tipo de tareas. Las fichas de los textos a las que aquí me refiero son las siguientes:

- i) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)* en “Anuario Jurídico”, núm. 1, México, 1974, editado por la UNAM, pp. 471-515. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, que es tomada de la publicación efectuada en 1929. De este texto existen separatas con el mismo título.

Con posterioridad, se ha publicado como folleto bajo el sello de la UNAM, México, 2001, 107 pp. Es la reproducción textual de la versión publicada en 1974, pero con errores y omisiones que antes no existían y que son fruto del descuido de esta edición. Al parecer, no se consultó aquí al traductor.

- ii) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)* en “Ius et Veritas”, núm. 9, Lima, junio de 1994, pp. 17-43. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión de Domingo García Belaunde.

Esta versión se ha publicado en folleto en Bolivia y tiene los siguientes datos:

Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Capítulo Boliviano, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2006, 78 pp.

- iii) *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* en “Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger”, Paris, avril-mai-juin, 1928, tomo 45, año XXXV, pp. 197-257. Es el que he usado en esta oportunidad para el correspondiente cotejo.

De esta versión se hizo una separata que circuló ampliamente y cuya ficha es la siguiente:

*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* par Hans Kelsen, Professeur de Droit Public à l’Université de Vienne. Extrait de la “Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l’Etranger”, avril-mai-juin, 1928, Paris, Marcel Giard ed., 1928, 61 pp.

- iv) Con el mismo título se publicó en el *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, P.U.F., Paris, 1929, pp. 52-143, que incluye además el acta de la sesión del 20 de octubre de 1928 del Instituto en la cual se debatió el texto de Kelsen con la presencia de éste.
- v) *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal)* en “*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*”, Heft 5, W. de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1929, pp. 30-88. Es la versión alemana originaria que ha sido reproducida en ese idioma varias veces.
- vi) *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia costituzionale)* en Hans Kelsen, “La giustizia costituzionale”, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 143-206. Traducción de Carmelo Geraci.

- vii) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)* en Hans Kelsen, “Escritos sobre la democracia y el socialismo”, Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155. Traducción de Juan Ruiz Manero.
- viii) *A garantia jurisdiccional da Constituição* en Hans Kelsen, “Jurisdição constitucional”, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 121-186. Traducción de María Ermantina Galvão. Pocos meses antes (abril de 2002) había aparecido una traducción al portugués con el mismo título a cargo de Ana Bela Cabral y publicada en “Sub iudice” (Coimbra, Portugal), núms. 20-21, Janeiro-Junho de 2001, que presenta algunas diferencias con la brasileña.

Todas las traducciones existentes han sido realizadas desde la versión francesa de 1928 debida a Charles Eisenmann.

Lima, julio de 2008.

**Domingo García Belaunde**

*Post scriptum:* La presente versión ha sido publicada en la “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, núm. 10, julio-diciembre de 2008 y luego en el misceláneo “Kelsen, Marshall y Bello”, Centro de Documentación e Información Jurídica, Managua, febrero de 2009, gracias a la iniciativa de Iván Escobar Fornos y en la “Revista Peruana de Derecho Público”, número 20, enero-junio de 2010. Pero puesto a la tarea de armar y publicar este volumen, me propuse darle una nueva revisión que me ha servido para precisar algunos puntos de orden menor, pero que estimo que la mejoran. De esto debo agradecer de manera especial a Óscar Sarlo, que se tomó la tarea de analizar el texto con detenimiento, así como el sugerente análisis que sobre la ponencia de 1928 ha realizado Jorge Isaac Veitya y que se publica como anexo a la reimpresión de la clásica monografía de Héctor Fix-Zamudio titulada “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”, Edit. Porrúa, México, D.F., 2015. (Lima, diciembre de 2015).

**SUMARIO:** Preámbulo. I. El problema jurídico de la regularidad. II. La noción de Constitución. III. Las garantías de la regularidad. IV. Las garantías de la constitucionalidad: 1. La Jurisdicción Constitucional. 2. El objeto del control de la constitucionalidad. 3. El criterio del control de constitucionalidad. 4. El resultado del control de constitucionalidad. 5. El procedimiento del control de constitucionalidad. V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

## PREÁMBULO

El presente estudio trata el problema de la garantía jurisdiccional de la Constitución, denominada generalmente Justicia Constitucional, desde un doble punto de vista. Se expone, en primer lugar —cuestión teórica— la naturaleza jurídica de esta garantía fundándose, en última instancia, en el sistema sobre el cual el autor ha dado ya una explicación de conjunto en su “Teoría General del Estado” (*Allgemeine Staatslehre*, Berlín 1925)<sup>(1)</sup>.

El estudio busca luego —cuestión práctica— los mejores medios para realizarla: el autor se apoya en este aspecto en las experiencias que ha tenido después de varios años en su calidad de magistrado y ponente permanente del Tribunal Constitucional de Austria. En efecto, la Constitución austríaca, votada en 1920 sobre la base de un Proyecto elaborado por el autor a petición del Gobierno austríaco, ha dado a la institución de la Justicia Constitucional un desarrollo más completo que ninguna Constitución anterior.

## I. EL PROBLEMA JURÍDICO DE LA REGULARIDAD

1. La garantía jurisdiccional de la Constitución —la Justicia constitucional— es un elemento del sistema de las medidas técnicas que

---

<sup>(1)</sup> Traducida al castellano por Luis Legaz Lacambra; cf. H. Kelsen: *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona, 1934; con reimpressiones en México y en España.

tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico: constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de Derecho, esto es, de normas jurídicas o actos de ejecución del Derecho creado, es decir, de normas jurídicas vigentes. En consecuencia, tradicionalmente se distinguen las funciones estatales en legislación y ejecución, distinción en que se opone la creación o producción del Derecho a la aplicación del Derecho, considerada esta última como una simple reproducción.

El problema de la regularidad de la ejecución, de su conformidad a la ley, y por consiguiente, el problema de las garantías de esta regularidad, son temas muy frecuentemente abordados. Por el contrario, la cuestión de la regularidad de la legislación, es decir, de la creación del Derecho y la idea de garantías de esta regularidad atraviesa ciertas dificultades teóricas.

¿No se incurre, quizá, en una petición de principio cuando se pretende medir la creación del Derecho conforme a un patrón que ha sido creado por el propio objeto que se piensa medir? Y la paradoja que reside en la idea de una conformidad del Derecho al Derecho es tanto más grande que —en la concepción tradicional— se identifica, sin más, legislación y creación del Derecho y de ahí ley y Derecho. De suerte que las funciones reunidas bajo el nombre de ejecución: la justicia y, más especialmente la administración, parecen por así decirlo, que son funciones exteriores al Derecho, y que hablando estrictamente del Derecho, no crean sino solamente aplican el Derecho, que reproducen un Derecho cuya creación estaría acabada antes de ellas. Si se admite que la ley es todo el Derecho, regularidad equivale a legalidad. No resulta entonces evidente que se pueda extender más la noción de regularidad.

Pero esta concepción de la relación entre legislación y ejecución es inexacta. Estas dos funciones no se oponen de modo absoluto como la creación a la aplicación del Derecho, sino de manera puramente relativa. En efecto, observando más de cerca, cada una de ellas se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del Derecho. Legislación y ejecución, no son dos funciones estatales coordinadas,

sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del Derecho, y dos etapas intermedias. Este proceso no se limita a la sola legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los órdenes estatales, sigue con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) de estos últimos.

En esta enumeración en la que no consideramos más que las fases intra-estatales, solo se pretende indicar, esquemáticamente, las etapas principales de este proceso, en el curso del cual el Derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se vuelve a crear, sin cesar, mediante el Derecho. Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.

Ciertamente, la realidad puede diferir de este tipo ideal. Entre otras modificaciones posibles al curso típico del procedimiento de creación del Derecho, ocurre por ejemplo, que no es necesario que el reglamento, es decir, una norma general que emana de las autoridades administrativas, se inserte entre la ley y el acto individual; incluso, puede suceder que el reglamento intervenga inmediatamente con base a la Constitución y no únicamente en ejecución de una ley. Sin embargo, aquí nos situaremos, en principio, en la hipótesis típica indicada.

Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del Derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del Derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del Derecho frente a la ley, y creación del Derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican. Estos, a su vez, son aplicación del Derecho si se mira hacia lo alto y creación del Derecho si se mira hacia abajo, esto es, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados (*Vollstreckt*).

El Derecho, en el camino que recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*), no deja de concretarse. De manera que si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales.

La libertad del legislador, quien no está subordinado más que a la Constitución, se encuentra sometida a límites relativamente débiles. Su poder de creación continúa siendo relativamente grande. Sin embargo, a cada grado en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de la aplicación aumenta, la de la libre creación disminuye.

2. Cada grado del ordenamiento jurídico constituye a la vez una producción de Derecho, frente al grado inferior y una reproducción del Derecho, ante el grado superior.

La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del Derecho. La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico. No es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) y las normas individuales —decisión administrativa y sentencia— o, en la relación entre estos actos de ejecución (*Vollziehungsakte*) y las normas generales legales y reglamentarias, en donde se puede postular la regularidad y las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley, y entre la ley y la Constitución. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.

Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.

3. Que la aspiración a las garantías de la Constitución se manifieste vivamente y que la cuestión sea científicamente discutida todavía en



la actualidad —o más exactamente solo en la actualidad— se debe, a la vez, a razones teóricas y a razones políticas. De una parte, no hace mucho tiempo que apareció en la doctrina la idea de la estructura jerárquica del Derecho o, lo que es lo mismo, de la naturaleza jurídica de la totalidad de las funciones estatales y sus relaciones recíprocas. Por otra parte, si el Derecho de los Estados modernos, que presenta cantidad de instituciones destinadas a asegurar la legalidad de la ejecución, no toma, por el contrario, sino medidas muy restringidas para asegurar la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los reglamentos, esto obedece a motivos políticos. Y estos motivos no dejan de tener influencia en la formación de la doctrina, la cual debería ser la primera en proporcionar explicaciones sobre la posibilidad y la necesidad de semejantes garantías.

Así sucede en particular en las democracias parlamentarias de Europa surgidas de monarquías constitucionales. La teoría jurídica de la monarquía constitucional tiene todavía en la actualidad —pese a que esta forma de Estado tiende a pasar a un segundo plano— una gran influencia. Sea de modo consciente —ahí donde se quiere organizar la República sobre el modelo de la monarquía, con un fuerte poder presidencial—, o de manera inconsciente, la doctrina del constitucionalismo determina en una gran medida la Teoría del Estado.

La monarquía constitucional, que surge de la monarquía absoluta, tiene, como consecuencia, una doctrina que, en varios sentidos, se encuentra guiada por el deseo de hacer creer que la disminución del poder que ha sufrido el monarca —antes absoluto— es pequeña e insignificante, tratando incluso de disimularla completamente.

Es cierto que en la monarquía absoluta, la distinción entre el grado que ocupa la Constitución y el grado que ocupan las leyes es teóricamente posible; sin embargo, esta distinción no juega prácticamente papel alguno. La Constitución consiste en un solo principio: toda expresión del monarca es una norma jurídica obligatoria. No existe pues, una forma constitucional particular, es decir, normas jurídicas que sometan a reglas diferentes la confección de leyes y la

revisión de la Constitución. Así, el problema de la constitucionalidad de las leyes no tiene sentido.

La transición a la monarquía constitucional guarda, precisamente en este aspecto, una modificación decisiva que se manifiesta de manera muy característica, en la expresión “monarquía constitucional”. La creciente importancia que adquiere en adelante la noción de Constitución, la existencia de una norma —que es precisamente la Constitución— según la cual las leyes no pueden ser hechas sino de una cierta manera —con la colaboración de la representación nacional—; el hecho de que esta norma no pueda ser modificada tan fácilmente como las otras normas generales —las leyes—, es decir, la existencia, al lado de la forma legal ordinaria, de una forma especial más complicada: la forma constitucional —mayoría calificada, votación múltiple, asamblea constituyente especial—, son hechos que explican el desplazamiento del poder decisorio en la monarquía constitucional. Podría, pues, pensarse que la monarquía constitucional debería ser un campo propicio para la afirmación enérgica del problema de la constitucionalidad de las leyes, por tanto, de las garantías de la Constitución. Sin embargo, es exactamente lo contrario lo que ha tenido lugar.

En efecto, la doctrina constitucional ha encubierto el nuevo estado de cosas que resulta peligroso para el poder del monarca. En oposición con la realidad constitucional, la doctrina constitucional presenta al monarca como el único factor, o al menos, el verdadero, de la legislación, declarando que la ley es la expresión de su sola voluntad y que la función del Parlamento se reduce a una adhesión más o menos necesaria, secundaria y no esencial. De ahí su famosa tesis del “principio monárquico” que no se deduce de la Constitución sino que, por así decirlo, se encuentra inserto desde fuera para interpretar la Constitución en un sentido político determinado, o más exactamente, para deformar el Derecho positivo con la ayuda de una ideología que le es extraña. De ahí también la famosa distinción entre la obligatoriedad de la ley, que emana solo del monarca, y el contenido de la ley, convenido entre el monarca y la representación nacional. Este método da por resultado

que no se considere una imperfección técnica de la Constitución, sino como su sentido profundo, que una ley deba ser considerada válida con tal que haya sido publicada en el Diario Oficial (*Bulletin des lois*) con la firma del monarca, sin considerar el hecho de si las prescripciones relativas a su adopción por el Parlamento hayan sido respetadas o no.

En esta forma se reduce prácticamente a la nada —al menos teóricamente— el progreso capital que va de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional, y en particular, con respecto al problema de la constitucionalidad de las leyes y de sus garantías. La inconstitucionalidad de una ley firmada por el monarca y *a fortiori* su anulación, en absoluto no pueden, en este contexto, aparecer a la conciencia jurídica como cuestiones de interés práctico. Además, la doctrina constitucional —apoyándose menos en el texto de la Constitución que sobre la ideología a la que hemos hecho referencia— reivindica para el monarca no solamente la sanción de los textos legales, sino, además, con ella y en ella, la exclusiva promulgación de las leyes. Firmando el texto votado por el Parlamento, el monarca debe certificar la constitucionalidad de la confección de la ley. Existiría así, según esta doctrina, una cierta garantía, al menos respecto a una parte del procedimiento legislativo, pero es justamente la instancia que debería ser controlada la que posee la función de control.

Sin duda, el refrendo ministerial vincula una responsabilidad al acto del monarca, pero la responsabilidad ministerial está desprovista de interés práctico en la monarquía constitucional, en la medida en que se encuentra dirigida contra los actos del monarca y no funciona cuando se trata de vicios en el procedimiento legislativo que incumbe al Parlamento, puesto que es el mismo Parlamento el que la pone en práctica.

En la actualidad la teoría —todavía muy admitida y difundida con la ayuda de los más diversos argumentos—, de que es necesario retirarle a los órganos de aplicación del Derecho todo examen de la constitucionalidad de las leyes; de que se debe conceder a los tribunales, cuando mucho, el control de la regularidad de la publicación; de que la constitucionalidad en la confección de las leyes se encuentra suficien-

temente garantizada por el poder de promulgación del jefe del Estado; y la consagración por el Derecho positivo de estas opiniones políticas, incluso en las Constituciones de las repúblicas actuales, se deben en última instancia, a la doctrina de la monarquía constitucional, cuyas ideas han influido, más o menos conscientemente, en la organización de las democracias modernas.

## II. LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN

4. La cuestión de la garantía y el tipo de garantía de la Constitución, es decir, la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelto, una noción clara de la Constitución. Únicamente la teoría de la estructura jerárquica (*Stufenbau*) del ordenamiento jurídico, ya apuntada, está en condiciones de proporcionarla. Inclusive, no es exagerado afirmar que solo ella permite conocer el sentido inmanente de esta noción fundamental de “Constitución” en el cual pensaba ya la Teoría del Estado de la antigüedad, porque esta noción implica la idea de una jerarquía de las formas jurídicas.

A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución —y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado— es que ella constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y

estricto del término. La Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal.

De esta noción se deriva la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquéllas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir. Así aparece la distinción de la forma constitucional y de la forma legal ordinaria. Limitativamente, solo la Constitución, en sentido estricto y propio del término, se encuentra revestida de esta forma especial o —como se dice habitualmente, si no es que felizmente— la Constitución en sentido material coincide con la Constitución en sentido formal.

Si el Derecho positivo conoce una forma constitucional especial, distinta a la forma legal, nada se opone a que esa forma sea empleada también para ciertas normas que no entran en la Constitución en sentido estricto, principalmente para las normas que regulan, no la creación, sino el contenido de las leyes. De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino además un catálogo de derechos fundamentales de los individuos, o libertades individuales. Es por ello —es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica—, que la Constitución señala principios, directivas y límites, para el contenido de las leyes futuras.

Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, —bajo la forma habitual de una garantía en beneficio de los sujetos, de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc.— la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además,

que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es solo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o directivas formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.

Es por ello que se distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes. Sin embargo, esta distinción no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución, dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. No se trata, pues, sino de saber si es la forma legal o la forma constitucional la que debe ser observada. Si el Derecho positivo no diferencia estas dos formas, el establecimiento de principios, de directivas, de límites al contenido de las leyes, no tiene ningún sentido jurídico, y no es más que una apariencia querida por razones políticas, como lo son, por otro lado, las libertades garantizadas constitucionalmente, en el caso frecuente en que la Constitución autoriza a la legislación ordinaria a limitarlas.

5. Si las disposiciones constitucionales relativas al procedimiento y al contenido de las leyes, no pueden ser precisadas más que por las leyes, entonces las garantías de la Constitución no constituyen sino los procedimientos contra las leyes inconstitucionales. Sin embargo desde que la noción de Constitución es extendida —a través de la idea de forma constitucional— a otros objetos distintos del procedimiento legislativo y de la determinación de principios del contenido de las leyes, se hace posible que la Constitución se concrete, no solo en leyes sino en formas jurídicas distintas, en especial, en reglamentos e incluso en actos jurídicos individuales. El contenido de la Constitución puede, en efecto, hacer inútil una ley, como sucede cuando una ley es formulada de

tal manera que no hay necesidad de un reglamento para que pueda ser aplicada mediante actos administrativos o jurisdiccionales individuales.

La Constitución puede disponer, por ejemplo, que en condiciones perfectamente determinadas, las normas generales podrán ser dadas, no por el voto del Parlamento, sino por actos del Ejecutivo. Estas normas generales son los Reglamentos de Necesidad que de este modo se encuentran en el mismo nivel que las leyes y tienen la misma fuerza que ellas, las reemplazan y las modifican, y están inmediatamente subordinadas a la Constitución —a diferencia de los simples reglamentos complementarios—. Por tanto, estos reglamentos pueden ser, como las leyes, inmediatamente inconstitucionales y contra ellos así como contra las leyes inconstitucionales, deben dirigirse las garantías de la Constitución.

Nada se opone, tampoco, a que las normas sean puestas en la forma constitucional y que no solamente contengan principios, directivas y límites al contenido de las leyes futuras y no puedan, consecuentemente ser concretadas por medio de leyes sino que, por el contrario, regulen una materia en forma tan completa que sean inmediatamente aplicables a los casos concretos a través de actos jurisdiccionales e, incluso, administrativos. Esto sucede cuando la Constitución —en ese sentido amplio— determina la manera como son designados ciertos órganos ejecutivos supremos: jefe de Estado, ministros, Cortes Supremas, etc., de tal modo que estos órganos pueden ser creados sin la intervención de una regla de detalle —ley o reglamento— que complete la Constitución, sino que basta con aplicar inmediatamente la propia Constitución.

Esta materia aparece efectivamente incluida en la noción corriente de Constitución (se entiende tradicionalmente por Constitución —en sentido material— no solamente las reglas relativas a los órganos y a los procedimientos de la legislación, sino también las reglas que tratan de los órganos ejecutivos supremos y además, la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos) por lo que se designa simplemente el catálogo de derechos fundamentales, esto es, si se quiere expresar de una manera jurídicamente correcta, ciertos

principios sobre el contenido de las leyes. La práctica de los Estados modernos corresponde a esta noción y sus Constituciones presentan, en general, estas tres partes.

Si tal es el caso, entonces no son solamente las normas generales —leyes o reglamentos— las que se encuentran inmediatamente subordinadas a la Constitución sino, además, ciertos actos individuales que pueden, por tanto, ser inmediatamente inconstitucionales. El número de actos individuales que se encuentran subordinados a la Constitución de modo inmediato puede, naturalmente, ser aumentado a voluntad; es suficiente con revestir con la forma constitucional, en razón de cualesquiera motivos políticos, las normas jurídicas directamente aplicables a los casos concretos, por ejemplo, votar las leyes sobre las asociaciones o la Iglesias como leyes constitucionales.

Aunque una garantía de la regularidad de los actos de ejecución de esas leyes tenga, en la forma, el carácter de una garantía de la Constitución, es evidente que aquí, por el hecho de que la noción de Constitución ha sido llevada más allá de su dominio originario y, por así decir, natural —el que resulta de la teoría de la estructura jerárquica del Derecho— la garantía específica de la Constitución, de la cual se va a proceder a estudiar la organización técnica —la Justicia Constitucional— no se presenta, puesto que el carácter individual del acto inconstitucional daría lugar a un evidente concurso de la justicia constitucional con la justicia administrativa, sistema de medidas destinadas a garantizar la legalidad de la ejecución, y particularmente, de la administración.

6. Todos los casos hasta aquí considerados han sido, exclusivamente, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y, en consecuencia, de inconstitucionalidad inmediata. De estos actos se distinguen claramente aquellos que no se encuentran inmediatamente subordinados a la Constitución y que por lo tanto no pueden ser sino mediatamente inconstitucionales.

Cuando la Constitución impone expresamente el principio de la legalidad de la ejecución (*Vollziehung*) en general y de los reglamentos



en especial, esta legalidad significa al mismo tiempo —de manera indirecta— constitucionalidad y viceversa. Señalemos aquí, en particular, puesto que se trata de normas generales, al reglamento complementario, en que el interés de asegurar su legalidad puede ser incluido, por razones que se examinarán más adelante, entre las funciones de la Justicia Constitucional.

Por otro lado es necesario subrayar que la inconstitucionalidad directa no siempre puede distinguirse netamente de la inconstitucionalidad indirecta, porque entre estos dos tipos pueden insertarse ciertas normas mixtas o intermedias. Así sucede, por ejemplo, cuando la Constitución autoriza inmediatamente, directamente, a todas las autoridades administrativas o a algunas de ellas, a dictar reglamentos dentro de los límites de su competencia y a asegurar la ejecución de las leyes que deben aplicar. Estas autoridades obtienen su poder reglamentario inmediatamente de la propia Constitución. Pero aquello que deben ordenar, es decir, el contenido de sus reglamentos, está determinado por las leyes que se encuentran entre éstos y la Constitución. Los reglamentos complementarios se distinguen con toda claridad, en virtud del grado de proximidad a la Constitución, del otro tipo de reglamento a los cuales se ha hecho precedentemente alusión, esos que derogan las leyes o las reemplazan, que están inmediatamente subordinados a la Constitución y no pueden ser, por tanto ilegales, sino únicamente inconstitucionales.

Otro caso similar se presenta cuando la Constitución señala principios relativos al contenido de las leyes, verbigracia, en un catálogo de derechos fundamentales. Los actos administrativos hechos en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales, en un sentido distinto del que tiene todo acto administrativo ilegal. Así, por ejemplo, si la Constitución dispone que la expropiación no puede tener lugar sino mediante plena y completa indemnización y si, en un caso concreto, se procede a una expropiación sobre la base de una ley perfectamente constitucional —que señala también el principio de plena indemnización— pero en contradicción con sus disposiciones —esto es, sin indemnización—,

entonces el acto administrativo no es ilegal, pero es indirectamente inconstitucional en el sentido habitual, pues no va únicamente contra la ley y contra el principio constitucional general de la legalidad de la ejecución, sino, además, contra un principio especial expresamente señalado por la Constitución —a saber, que toda expropiación debe ser acompañada de una plena y entera indemnización— excediendo, así, el límite específico que la Constitución impone a la legislación. Con base en esto se comprende que contra los actos ilegales de esta naturaleza se pone en movimiento una institución que sirve a la garantía de la Constitución.

El principio constitucional de la legalidad de la ejecución no solo significa que todo acto de ejecución debe ser conforme a la ley sino también y esencialmente, que no puede haber actos de ejecución más que sobre la base de una ley, es decir, autorizado por una ley. Por consiguiente, si una autoridad estatal —tribunal o agente administrativo— realiza este acto no es, propiamente hablando, ilegal en ausencia de una ley que permita apreciar su legalidad, sino “sin ley”, y como tal, inmediatamente inconstitucional.

Poco importa que este acto “sin ley” no se refiera a ninguna ley o que la mención de una ley sea puramente ficticia, como sería el caso, por ejemplo, en que la administración expropiara un inmueble urbano invocando una ley que autoriza la expropiación de inmuebles rurales en virtud de una reforma agraria. Por muy claro que este caso se distinga del anteriormente examinado de una expropiación ilegal por no estar acompañada de indemnización, no hay que encubrir el hecho que, en general, el límite entre actos “sin ley” y por tanto inmediatamente inconstitucionales, y los actos ilegales, afectados de una inconstitucionalidad simplemente mediata, no es perfectamente nítido.

7. Al lado de las leyes, de ciertos reglamentos y actos individuales de ejecución que presentan los caracteres anteriormente indicados, es necesario considerar, como otra forma jurídica inmediatamente subordinada a la Constitución, los tratados internacionales. Las Constituciones contienen, en general, prescripciones sobre su conclusión, autorizando

al jefe del Estado a celebrarlos, acordando al Parlamento el derecho de aprobarlos, exigiendo para su validez interna su transformación en leyes, etc. Los principios constitucionales sobre el contenido de las leyes valen igualmente para los tratados internacionales, o al menos, podrían valer para ello, pues es concebible que el Derecho positivo los exceptuara de estas disposiciones.

Los tratados internacionales deben ser interpretados de modo que tengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes. Ellos pueden, así, ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual.

No obstante lo anterior, el lugar de un tratado internacional en el edificio del ordenamiento jurídico no se deja determinar perfectamente de manera unívoca. No se le puede interpretar como una norma inmediatamente subordinada a la Constitución y determinada por ella más que suponiendo que la Constitución es el nivel supremo del ordenamiento jurídico, es decir, interpretando esta relación desde el punto de vista de la primacía del Derecho interno.

Si uno se eleva por encima de este punto de vista y parte de la idea de la superioridad del Derecho Internacional sobre los diferentes órdenes estatales, esto es, si uno se coloca aceptando la primacía del ordenamiento jurídico internacional, entonces el tratado internacional aparece como un orden jurídico superior a los Estados contratantes, creado de conformidad a una norma del Derecho de Gentes, por un órgano propio de la comunidad internacional formado por los representantes de estos Estados. En cuanto a la determinación de los miembros de este órgano (jefes de Estado, ministros de relaciones exteriores, Parlamentos, etc.) el Derecho Internacional delega este poder en los diferentes órdenes estatales o en su Constitución.

Desde este punto de vista, el tratado tiene frente a la ley, e incluso frente a la Constitución, una cierta preeminencia, puesto que él puede

derogar una ley ordinaria o constitucional en tanto que lo contrario es imposible. Según las reglas del Derecho Internacional, un tratado no puede perder su fuerza obligatoria sino en virtud de otro tratado, o de otros hechos determinados por él, pero no por un acto unilateral de una de las partes contratantes, especialmente, una ley. Si una ley, incluso una ley constitucional, contradice un tratado, ella es irregular, esto es, contraria al Derecho Internacional; va inmediatamente contra el tratado, y mediatamente contra el principio *pacta sunt servanda*.

Naturalmente, otros actos estatales además de las leyes pueden ser contrarios al Derecho Internacional ya sea que violen, mediata o inmediatamente, el principio del respeto a las convenciones o a otras reglas del Derecho Internacional general. Si, por ejemplo, se admitiera la existencia de una norma de Derecho Internacional según la cual los extranjeros no podrían ser expropiados más que mediante plena y completa indemnización, entonces toda ley constitucional, toda ley ordinaria, todo acto administrativo estatal, toda sentencia que decidiera la expropiación sin indemnización a un extranjero, serían contrarios al Derecho Internacional. Debemos subrayar, por otro lado, que el Derecho Internacional no declara por sí mismo la nulidad de los actos estatales que le son contrarios. No se ha elaborado todavía un procedimiento mediante el cual estos actos irregulares pudieran ser anulados por un tribunal internacional. Así pues, estos actos se conservan válidos si es que no son anulados a través de un procedimiento estatal. El Derecho Internacional no tiene, en última instancia, más sanción que la guerra, sanción que no hace desaparecer el acto que es contrario a sus normas. Esto último no impide que el Derecho Internacional, si se supone su primacía, pueda constituir una medida de la regularidad de todas las normas estatales, comprendiendo a la más alta entre ellas, la Constitución.

### III. LAS GARANTÍAS DE LA REGULARIDAD

8. Habiendo suficientemente explicado la noción de Constitución y, por tanto, la naturaleza de la constitucionalidad y de la inconstitucio-

nalidad, se puede ahora abordar la cuestión de las garantías necesarias para la protección de la Constitución.

Estas garantías constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado con relación a la regularidad de los actos estatales en general. Las garantías son preventivas o represivas, personales u objetivas.

A) Las garantías preventivas tienden a prevenir la realización de actos irregulares. Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular.

Los dos elementos pueden, naturalmente, estar unidos en una sola y misma medida de garantía.

Entre las posibles garantías puramente preventivas debe ser considerada, ante todo, la organización en forma de tribunal de la autoridad que crea el Derecho, es decir, garantizando la independencia del órgano —por ejemplo, por medio de la inamovilidad—, independencia que consiste en que no se puede ser jurídicamente obligado, en el ejercicio de sus funciones, por ninguna norma individual (orden) de otro órgano y, en especial, de un órgano superior o perteneciente a otro grupo de autoridades. No está ligado, por consecuencia, más que a las normas generales, esencialmente a las leyes y a los reglamentos legales. El poder acordado al tribunal de controlar las leyes y los reglamentos es otra cuestión.

La idea todavía muy aceptada de que solo la regularidad de la jurisdicción puede ser garantizada de esta manera —organizada en forma de tribunal—, reposa en la errónea hipótesis que sostiene que entre la jurisdicción y la administración existe, desde el punto de vista jurídico, es decir, de la teoría o de la técnica jurídica, una diferencia de esencia. Ahora bien, precisamente desde el punto de vista de su relación con las normas de niveles superiores —relación decisiva para el postulado de la regularidad del ejercicio de la función— no se puede percibir ninguna

diferencia entre administración y jurisdicción, ni tampoco entre ejecución y legislación. La distinción entre jurisdicción y administración reside exclusivamente en la forma de organización de los tribunales. Prueba de esto es la institución de la jurisdicción administrativa, que consiste en que los actos administrativos, es decir, los actos que son normalmente llevados a cabo por autoridades administrativas, son realizados por tribunales, o en que la regularidad de los actos de las autoridades administrativas se encuentra encomendada a un tribunal, y tales actos pueden ser, en consecuencia, anulados en caso de que sean reconocidos como irregulares y, eventualmente, ser incluso reformados, es decir, remplazados por un acto regular.

La oposición tradicional entre jurisdicción y administración, el dualismo del aparato de autoridades estatales de ejecución, fundado sobre esta distinción, no puede explicarse más que históricamente, distinción que se encuentra llamada a desaparecer, si los síntomas no son erróneos, pues ya se manifiesta una tendencia a la unificación de este aparato. No es pues sino históricamente que puede explicarse el por qué se ve en la independencia de un órgano, en relación con los órdenes de otro una garantía en el ejercicio regular de sus funciones.

La organización en forma de tribunal del órgano de creación del Derecho es, no solo la garantía preventiva más característica de la regularidad de los actos sino, incluso, la primera del grupo de garantías que llamamos personales. Las otras son la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, así como la responsabilidad civil del órgano que ha realizado un acto irregular.

*B)* Las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, son la nulidad o anulabilidad del acto irregular.

La nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico y, en especial un acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular, es decir, no responde a las condiciones que prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario para retirarle su cualidad

usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estará en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad.

Tanto las autoridades públicas como los particulares, tienen el derecho de examinar, en todas las circunstancias, la regularidad del acto nulo, de declararlo irregular y tratarlo, en consecuencia, como inválido y no obligatorio. Es solo porque el Derecho positivo limita este poder de examinar todo acto que pretende tener carácter de acto jurídico y de decidir sobre su regularidad —reservándolo a condiciones precisas y a ciertas instancias determinadas—, que un acto alcanzado de un vicio jurídico cualquiera puede no ser considerado *a priori* como nulo sino solamente como anulable. A falta de semejante limitación, todo acto jurídico tocado de un vicio deberá ser considerado nulo, esto es, como si no fuera un acto jurídico.

De hecho, los derechos positivos contienen restricciones muy grandes al poder de tratar como nulo los actos irregulares, poder que, en principio, pertenece por derecho a todos. Habitualmente, los actos de los particulares y los actos de las autoridades son tratados de manera diferente. En general, se constata una cierta tendencia a tratar los actos de las autoridades públicas, aun los irregulares, como válidos y obligatorios hasta que otro acto de autoridad los haga desaparecer. La cuestión de la regularidad o de la irregularidad de los actos de las autoridades no debe ser decidido, sin más, por el particular o por el órgano estatal al que se dirigen dichos actos con la orden de ser obedecidos, sino por la autoridad misma que ha realizado el acto cuya regularidad es discutida o por otra autoridad cuya decisión es provocada mediante un determinado procedimiento.

Este principio aceptado, en una menor o mayor medida, por los diferentes Derechos y que puede calificarse como el principio de la autolegitimación (*Selbstlegitimation*) de los actos de las autoridades públicas, comporta ciertos límites. El Derecho positivo no puede siempre decidir que todo acto que se presenta como acto de una autoridad pública deba, sin distinción, ser considerado como tal hasta que sea

anulado por su irregularidad por un acto de otra autoridad. Sería evidentemente absurdo, por ejemplo, exigir un semejante procedimiento para la anulación de un acto establecido por un individuo que no tiene de ninguna manera la calidad de autoridad pública. Pero por otro lado, tampoco es posible considerar *a priori* como nulo todo acto realizado por una autoridad incompetente o compuesta en forma irregular o, todavía, mediante un procedimiento irregular.

El problema de la nulidad absoluta, tan difícil teórica y técnicamente, no interesa sin embargo, a la cuestión de las garantías de la Constitución sino en tanto que es necesario afirmar que la nulidad —que nunca puede ser excluida del Derecho positivo— es tomada en consideración para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y que, consiguientemente, la nulidad de estos actos es, también, en cierto sentido, una garantía de la Constitución.

Ni los particulares ni las autoridades públicas deben considerar como ley a todo acto que se intitule así. Entre ellos puede haber, indiscutiblemente, actos que no tienen de leyes más que la apariencia. Pero no puede definirse por una fórmula teórica general el límite que separa el acto nulo *a priori* que es una pseudo ley, de un acto legislativo viciado, pero válido, es decir, de una ley inconstitucional.

Solo el Derecho positivo podría encargarse de esta tarea. Sin embargo, generalmente no lo hace o, al menos, no conscientemente ni de manera precisa. Muy frecuentemente el Derecho positivo deja el cuidado de responder a esta cuestión a la autoridad llamada a decidir cuando un individuo —sea particular u órgano estatal— se niega a obedecer el acto considerado, invocando que se trata de una pseudo-ley. Pero con ello, el acto en cuestión ha salido de la esfera de la nulidad absoluta para entrar en la de la simple anulabilidad; puesto que en la decisión de la autoridad en que se estima que un acto —al que se ha desobedecido— no era un acto jurídico, no puede verse sino su anulación con cierto efecto retroactivo.

Lo mismo ocurre cuando el Derecho positivo establece un mínimo de condiciones que deben ser reunidas para que el acto jurídico no sea



nulo *a priori*; por ejemplo, cuando la Constitución decide que todo lo que se encuentra publicado bajo el título de ley en el Diario Oficial (*Bulletin des lois*) debe valer como ley cualquiera que puedan ser sus otras irregularidades, mientras no haya sido anulada por una instancia calificada para hacerlo. Pues es siempre, al fin de cuentas, una autoridad pública quien debe declarar de manera auténtica si las condiciones mínimas son o no llenadas, sin lo cual cada quien podría dispensarse de obedecer las leyes alegando simplemente que no son tales.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la situación en que se encuentra aquél a quien se dirige un acto con la pretensión de ser obedecido es, sin excepción, la siguiente: él puede, si considera el acto nulo, desobedecerlo, pero obrando siempre por su cuenta y riesgo; es decir, el destinatario corre el peligro de que, enjuiciado por desobediencia, la autoridad que conozca del caso no considere el acto como nulo o declare que cumple con las condiciones mínimas impuestas por el Derecho positivo para su validez, haciendo reserva de su anulabilidad ulterior.

En caso contrario, la decisión de la autoridad significa la casación del acto, decisión que opera con efecto retroactivo hasta el momento en que fue realizado el acto. Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un procedimiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es, en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se la niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme a su texto, se declara que el acto era nulo.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide sobre el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulabilidad, una anulación con efecto retroactivo.

La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas. La anulación contiene, a

decir verdad, diversos grados, en cuanto a su alcance así como en cuanto a su efecto en el tiempo.

Desde el primero de estos puntos de vista, la anulación puede —es una primera solución— limitarse a un caso concreto. Cuando se trata de un acto individual esto se sobreentiende, pero no sucede así cuando se trata de una norma general. La anulación de una norma general se mantiene limitada al caso concreto cuando las autoridades —tribunales o autoridades administrativas— que deberían aplicar la norma pueden o deben rehusar a aplicarla a un caso concreto cuando la consideran irregular, pudiendo resolver, en consecuencia como si la norma no estuviera en vigor; pero, por lo demás, esta norma se mantiene en vigor y debe ser aplicada en otros casos por otras autoridades, cuando éstas no tienen el poder de decidir sobre el particular o teniéndolo, la consideran regular.

La autoridad llamada a aplicar la norma general, que puede retirarle su validez para un caso concreto cuando ha reconocido su irregularidad, tiene el poder de anularla —puesto que hacer desaparecer la validez de una norma y anularla son una sola y misma cosa—, pero la anulación es simplemente parcial, limitada al caso concreto. Tal es la situación de los tribunales —no de las autoridades administrativas— frente a los reglamentos según numerosas Constituciones modernas. Pero frente a las leyes, por regla general, están lejos de poseer tan amplios poderes de control. Lo más frecuente es que los tribunales no puedan examinar la regularidad de las leyes, es decir, la constitucionalidad de las leyes en todos los aspectos, sino únicamente verificar la regularidad de la publicación de la ley, no pudiendo, por tanto, rehusar su aplicación en un caso concreto más que a consecuencia de una irregularidad cometida en su publicación.

Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada a ese caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad jurídica que conllevan y que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento o, incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo

contrario, prohibiéndose a las autoridades administrativas, cuando son llamadas a intervenir, a rehusar su aplicación. La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.

En cuanto a su alcance en el tiempo, la anulación puede limitarse al futuro o por el contrario extenderse igualmente al pasado, es decir, con o sin efecto retroactivo. Naturalmente que esta diferencia no tiene sentido más que para los actos que tienen consecuencias jurídicas duraderas, esto es, se refieren, pues, ante todo, a la anulación de normas generales. El ideal de la seguridad jurídica exige que en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que *pro futuro*, es decir, a partir de la anulación. Inclusive, es necesario pensar en la posibilidad de no permitir la entrada en vigor de la anulación sino hasta la expiración de un cierto plazo. Así como puede haber razones válidas para hacer preceder la entrada en vigor de una norma general —ley o reglamento, por ejemplo— de una *vacatio legis*; asimismo podría haberlas para no dejar sin vigencia una norma general anulada sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de la sentencia de anulación.

Sin embargo, ciertas circunstancias pueden hacer necesaria una anulación retroactiva. No hay que pensar únicamente en el caso extremo, precedentemente considerado, de una retroactividad ilimitada, en donde la anulación del acto equivale a su nulidad cuando el acto irregular debe ser reconocido —según la aplicación soberana de la autoridad competente para anularla o en virtud de la exigencia del Derecho positivo de un número de condiciones para su validez— como si fuera pura y simplemente un pseudo acto jurídico. Es necesario pensar en un efecto retroactivo excepcional, limitado a ciertos tipos de actos o a una cierta categoría de casos.

Para la organización técnica de la anulación de un acto, es igualmente de gran importancia saber si la anulación podrá ser declarada por el mismo órgano que ha realizado el acto o si la anulación será confiada a otro. Son, sobre todo, consideraciones de prestigio las que conducen a la adopción del primero de los procedimientos. Se quiere evitar que se menoscabe la autoridad del órgano que ha creado la norma irregular y que es considerado como órgano supremo, o que al menos actúa bajo el control y la responsabilidad de un órgano supremo —particularmente si se trata de una norma general— al autorizar a otro órgano a anular sus actos, colocándose así por encima de aquél, cuando es justamente aquél el que debía ser considerado como supremo.

No es solamente la “soberanía” del órgano que ha realizado el acto irregular sino, además, el dogma de la separación de poderes lo que se trae a discusión para evitar que la anulación de los actos de una autoridad sea hecha por otra autoridad. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de actos de autoridades administrativas supremas en que la instancia facultada a anularlos, en un caso dado, debiera, entonces, encontrarse fuera de la organización administrativa y tener, tanto por su función como por su organización, el carácter de autoridad jurisdiccional independiente, es decir, de tribunal.

Tomando en cuenta el carácter más que problemático de la distinción entre jurisdicción y administración, la invocación de la separación de poderes tiene en este caso tan poco valor como la de la “soberanía” del órgano. Los dos argumentos juegan, por otro lado, un papel particular en la cuestión de las garantías de la Constitución. Bajo el pretexto de que la soberanía del órgano que hace un acto irregular o de que la separación de poderes debe ser respetada, se abandona, en ocasiones, la anulación del acto irregular a la discreción de este mismo órgano, no concediendo a los interesados más que el derecho de hacer una demanda de anulación desprovista de fuerza obligatoria, simples “quejas”, o bien existe un procedimiento regular que debe conducir a la abrogación del acto irregular por su autor. Sin embargo la demanda que da comienzo al procedimiento no obliga a la autoridad más que a iniciarlo pero no a resolverlo de cierto modo; es decir, con la anulación

del acto impugnado. Esta anulación queda pues en el poder discrecional, aunque legalmente vinculado, del mismo órgano que ha realizado el acto irregular y al cual no controla ningún órgano superior. Por otro lado, sería necesario considerar un tercer sistema que constituya una transición del segundo tipo ya indicado: la cuestión de la regularidad del acto es decidida por otra autoridad, pero su anulación es reservada al órgano que la realiza. Este órgano, sin embargo puede estar obligado jurídicamente por la decisión del otro órgano a anular el acto reconocido irregular, y la ejecución de esta obligación puede, incluso, estar sujeta a un plazo. Pero aun esta variante no ofrece una garantía suficiente, por lo que es inútil desarrollarla al detalle.

Esta garantía no existe sino cuando la anulación del acto irregular es pronunciada inmediatamente por un órgano completamente diferente e independiente de aquél que ha realizado el acto irregular. Si se atiende a la división tradicional de las funciones estatales en legislación, jurisdicción y administración así como a la tradicional división del aparato estatal en tres grupos de órganos —un aparato legislativo, un aparato jurisdiccional y un aparato administrativo—, entonces se debe distinguir entre el caso en que la anulación de un acto irregular se mantiene al interior del mismo aparato de autoridades —por ejemplo, cuando los actos administrativos o las sentencias irregulares son anulados por un nuevo acto administrativo o por una nueva sentencia, es decir, por un acto de una autoridad que pertenece al mismo grupo de órganos, autoridad administrativa superior en un caso, autoridad judicial superior en el otro— y el caso en que la autoridad que anula pertenece a otro grupo de órganos. El recurso jerárquico pertenece al primer tipo; la justicia administrativa es un ejemplo del segundo. Es un rasgo característico de los sistemas jurídicos modernos que la regularidad de los actos jurisdiccionales se encuentre garantizada, casi sin excepción, por medios del primer tipo. En efecto, en la sola independencia de los tribunales se ve una garantía suficiente de la regularidad de sus actos.

La anulación del acto irregular plantea la cuestión de su reemplazo por un acto regular. Al respecto es necesario distinguir dos posibilidades técnicas: la autoridad competente puede tener también el poder de

sustituir el acto anulado por un acto regular, es decir, tiene el poder no solo de anular sino además el de reformar. Pero la confección del acto regular puede igualmente dejarse a la autoridad cuyo acto irregular ha sido anulado. Si la autoridad se encuentra ligada a la solución de Derecho que la instancia de anulación ha formulado en su fallo, por ejemplo, bajo la forma de motivos, su independencia sufre una restricción, lo que tratándose de la anulación de un juicio no es de pasar por alto para la apreciación de la independencia de los jueces como garantía específica de la regularidad de la ejecución.

#### IV. LAS GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Entre las medidas técnicas anteriormente indicadas, que tienen por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución. Sin embargo, esto no significa que no pueda pensarse en otros medios de asegurar la regularidad de los actos que le están subordinados.

Ciertamente que la garantía preventiva personal —la organización del órgano que actúa como tribunal— está, de antemano fuera de consideración. La legislación, de la que aquí se trata principalmente, no puede ser confiada a un tribunal; no tanto a causa de la diversidad de las funciones legislativa y jurisdiccional sino, realmente, en razón de que la organización del órgano legislativo está esencialmente dominada por otros puntos de vista distintos al de la constitucionalidad de su funcionamiento. Es la gran antítesis de la democracia y de la autocracia la que aquí decide.

Por el contrario, las garantías represivas —la responsabilidad constitucional y la responsabilidad civil de los órganos que realizan actos irregulares—, son perfectamente posibles. Ciertamente que en lo que toca a la legislación, no se trata de la responsabilidad del Parlamento como tal, o de sus miembros: el órgano colegiado no es —por diferentes razones— un sujeto apropiado de responsabilidad penal o civil.

Sin embargo, los individuos asociados a la legislación —jefe de Estado, ministros— pueden estar sujetos a responsabilidad por la inconstitucionalidad de las leyes, sobre todo cuando la Constitución dispone que éstos asumen por la promulgación o por su refrendo la responsabilidad de la constitucionalidad del procedimiento legislativo. De hecho, la institución de la responsabilidad ministerial, característica de las Constituciones modernas, sirve también para asegurar la constitucionalidad de las leyes; y se sobreentiende que esta responsabilidad personal del órgano puede ser empleada igualmente para garantizar la legalidad de los reglamentos y, también, en particular, de la regularidad de los actos individuales inmediatamente subordinados a la Constitución.

Sobre este último punto, se puede pensar también especialmente en la responsabilidad pecuniaria por los daños causados por los actos irregulares. Pero, como quiera que sea, la responsabilidad ministerial —la historia constitucional lo prueba— no es en sí misma un medio muy eficaz; igualmente, las otras garantías personales son también insuficientes puesto que no atacan la fuerza obligatoria del acto irregular y, en particular, la de la ley inconstitucional. Es, incluso, difícil tomando en cuenta este estado de cosas, que la Constitución se encuentre garantizada; ella no lo está verdaderamente sino cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible.

## 1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

9. No existe hipótesis de garantía de la regularidad en la que se pueda estar tentado de confiar la anulación de los actos irregulares al propio órgano que los ha realizado, que la de la garantía de la Constitución. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la constitucionalidad —declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de anularlo— es aquí impracticable, porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que

el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional—.

A este sistema se dirigen, habitualmente, ciertas objeciones. La primera es, naturalmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento. Pero —abstracción hecha de que no puede hablarse de la soberanía de un órgano estatal particular, pues la soberanía pertenece a todo el ordenamiento estatal— este argumento se desploma solo por el hecho de que debe reconocerse que la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución absolutamente, de la misma forma en que la jurisdicción y la administración lo están a la legislación, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, teórica como técnicamente, idéntica, por completo, al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración.

Si, contrariamente a estos puntos de vista, se continúa afirmando la incompatibilidad de la Justicia Constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente para disimular el deseo del poder político, expresado en el órgano legislativo, de no dejarse limitar —en contradicción patente con el Derecho positivo— por las normas de la Constitución. Pero, si por razones de oportunidad se aprueba esta tendencia, no existe argumento jurídico que la pueda autorizar.



No sucede así con la segunda objeción que se deriva del principio de separación de poderes. Ciertamente que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al “poder legislativo”, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga —por la independencia de sus miembros— la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales<sup>(2)</sup>.

Ahora bien, anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. Se podría, por tanto, interpretar la anulación de las leyes por un tribunal ya sea, como una distribución del Poder Legislativo entre dos órganos, o bien, como una invasión del Poder Legislativo. Ahora bien, en este caso, no se habla, generalmente, de una violación al principio de la separación de los poderes, como sucede cuando en las Constituciones de las monarquías constitucionales, la legislación se encuentra confiada, en principio, al Parlamento conjuntamente con el monarca, aunque en ciertas hipótesis excepcionales el monarca tiene, conjuntamente con sus ministros, el derecho de dictar ordenanzas que derogan a las leyes. Nos llevaría muy lejos examinar aquí los motivos políticos que dieron origen a toda esta doctrina de la separación de poderes, aunque ésta sea la única manera de hacer aparecer el verdadero sentido de este principio: la función de equilibrio de las fuerzas políticas en la monarquía constitucional.

---

(2) Se puede pasar por alto el hecho de que aún esta distinción no es una distinción de principios, pues el legislador —especialmente, el Parlamento— puede aprobar también normas individuales.

Si se quiere mantener este principio en la República democrática, de entre sus diferentes significaciones, solo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que, en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano —concentración que sería peligrosa para la democracia— sino además, para garantizar la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos. Pero, entonces, la institución de la Justicia Constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste.

La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la Jurisdicción Constitucional.

Habría lugar, cuando más, a examinar si el hecho de considerar la anulación de las leyes como una función legislativa no acarrearía ciertas consecuencias particulares, relativas a la composición y al nombramiento de esta instancia. Pero, en realidad, no ocurre así ya que todas las consideraciones políticas que dominan la cuestión de la formación del órgano legislativo, no son tomadas en cuenta, propiamente, cuando se trata de la anulación de las leyes.

Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en

cuanto al contenido de las leyes que debe dictar —y ello, únicamente, por principios o directivas generales—, la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la Jurisdicción Constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, y constituye principalmente aplicación del Derecho y, solamente en una débil medida, creación del Derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional. Son, pues, los mismos principios esenciales los que se toman en consideración tanto para su constitución como para la organización de los tribunales o los órganos ejecutivos.

A este respecto, no se puede proponer una solución uniforme para todas las Constituciones posibles. La organización de la Jurisdicción Constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas. He aquí, sin embargo algunas consideraciones de alcance y valor generales. El número de miembros no deberá ser muy elevado, y considerando que es sobre cuestiones de Derecho a que está llamada a pronunciarse, la Jurisdicción Constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución. Entre los modos de designación particularmente típicos, no se podría pregonar sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe de Estado o por el Gobierno. Posiblemente se les podría combinar, haciendo, por ejemplo, elegir los jueces al Parlamento a propuesta del Gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto, o inversamente.

Es de gran importancia otorgar, en la composición de la Jurisdicción Constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Se podría llegar a esto concediendo, por ejemplo, a las Facultades de Derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Se podría, asimismo, acordar al propio Tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El Tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes.

Es igualmente importante excluir de la Jurisdicción Constitucional a los miembros del Parlamento o del Gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que deben ser controlados. Es muy difícil, pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional toda influencia política. No se puede negar que los especialistas pueden —consciente o inconscientemente— dejarse determinar por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal, por ejemplo, haciendo proveer una parte de los puestos por el Parlamento por vía de elección, teniendo en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son entregados a especialistas, estos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas, puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos.

## 2. EL OBJETO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

10. I. Son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que forman el principal objeto de la Justicia Constitucional. Por leyes es necesario entender los actos así denominados de los órganos legislativos, esto es, en las democracias modernas, de los Parlamentos centrales o —tratándose de un Estado Federal— locales.

Deben ser sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional todos los actos que presenten forma de leyes, aun si solo contienen normas individuales, por ejemplo, el presupuesto, o todos los otros actos que la doctrina tradicional se inclina —por una razón u otra— a considerar, no obstante su forma de ley, como simples actos administrativos. El control de su regularidad no puede ser confiado a ninguna instancia más que a la Jurisdicción Constitucional. Pero, igualmente, la constitucionalidad de otros actos del Parlamento que tienen, de acuerdo con la Constitución carácter obligatorio, sin revestir necesariamente la

forma de leyes —no siendo exigida su publicación en el Diario Oficial (*Bulletin des Lois*)— como, por ejemplo, el reglamento del Parlamento o el voto del presupuesto (suponiendo naturalmente que no deba efectuarse en forma de ley) y otros actos parecidos deben poder ser verificados por la Jurisdicción Constitucional.

Igualmente, todos los actos que pretenden valer como leyes, pero que no lo son en razón de la falta de una condición esencial cualquiera —suponiendo naturalmente que no se encuentren afectados de nulidad absoluta, caso en que no podrían ser el objeto de un procedimiento de control— así como los actos que no pretenden ser leyes, pero que hubieran debido serlo según la Constitución y que —con el fin de sustraerlas al control de constitucionalidad— han sido inconstitucionalmente revestidas de una u otra forma: votadas por el Parlamento como simples resoluciones no publicables o publicadas como simples reglamentos.

En caso de que la Jurisdicción Constitucional no tuviera que controlar, por ejemplo, más que la constitucionalidad de las leyes, y que el Gobierno no pudiera obtener el voto de una ley, entonces regularía por vía de reglamento una materia que, de acuerdo con la Constitución, no puede serlo sino por vía legislativa. Así, este reglamento que tendría inconstitucionalmente rango de ley debería poder ser atacado ante la Jurisdicción Constitucional. Estos ejemplos no son imaginarios: se ha visto en Austria al Parlamento de un Estado miembro de la Federación tratar de regular una materia por vía de simple resolución no publicable porque sabía que una ley hubiera sido anulada por la Jurisdicción Constitucional. Si se quiere impedir que el control jurisdiccional no se desvíe, tales actos deben ser competencia de esta jurisdicción. Y este principio debe aplicarse por analogía a todos los otros objetos del control de la constitucionalidad.

11. II. La competencia de la Jurisdicción Constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes. Debe extenderse, primeramente, a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y cuya regularidad

consiste exclusivamente —ya se ha indicado— en su constitucionalidad. Entre estos reglamentos se encuentran, principalmente, los Reglamentos de Necesidad. El control de su constitucionalidad es bastante importante pues toda violación de la Constitución significa, a este respecto, una alteración a la línea que divide la esfera del Gobierno y la del Parlamento, tan importante políticamente. Mientras más estrictas son las condiciones en que la Constitución los autoriza, más grande es el peligro de una aplicación inconstitucional de estas disposiciones, y tanto más necesario un control jurisdiccional de su regularidad. La experiencia enseña, en efecto, que donde quiera que la Constitución autorice estos Reglamentos de Necesidad, su constitucionalidad es siempre, con o sin razón, apasionadamente discutida. Es muy importante que exista, para decidir los litigios, una instancia suprema cuya objetividad se encuentre fuera de discusión, sobre todo —porque las circunstancias lo exigen— si intervienen en ámbitos importantes.

El control de la constitucionalidad de los reglamentos derogatorios de leyes, por parte de la Jurisdicción Constitucional, no acarrea dificultades en la medida en que estos reglamentos tienen, en la jerarquía de los fenómenos jurídicos, el mismo rango que las leyes y son, en ocasiones, llamados leyes o reglamentos con fuerza de ley. Pero podría atribuirse, igualmente, a la Jurisdicción Constitucional el control de la inconstitucionalidad de los simples reglamentos complementarios. Ciertamente, estos reglamentos no son —ya lo hemos dicho— actos inmediatamente subordinados a la Constitución; por tanto, su irregularidad consiste inmediatamente en su ilegalidad y solo de manera mediata en su inconstitucionalidad. Sí, no obstante lo anterior, proponemos extender a ellos la competencia de la Jurisdicción Constitucional, no es en consideración a la relatividad —precedentemente señalada— de la oposición entre constitucionalidad directa e inconstitucionalidad indirecta, sino tomando en cuenta, más que nada, la frontera natural entre los actos jurídicos generales y los actos jurídicos individuales.

En efecto, el punto esencial en la determinación de la competencia de la Justicia Constitucional consiste en delimitarla de manera ade-

cuada, sobre todo, en relación con la justicia administrativa que existe en la mayor parte de los Estados. Desde un punto de vista puramente teórico, se podría fundar la separación de estas dos competencias en la noción de garantía de la Constitución atribuyendo a la Jurisdicción Constitucional el conocimiento de la regularidad de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Se incluirían entonces en su competencia, indubitadamente, asuntos que entran, actualmente, en muchos Estados, en la competencia de los tribunales administrativos, por ejemplo, los litigios relativos a la regularidad de los actos administrativos individuales inmediatamente subordinados a la Constitución. Por otra parte, su competencia no se extendería al control de ciertos actos jurídicos que en la actualidad no pertenecen, en general, a la justicia administrativa, principalmente los reglamentos.

Ahora bien, es la Jurisdicción Constitucional, ciertamente, la instancia más calificada para declarar la anulación de los reglamentos ilegales. Y no solamente porque su competencia no concurre con la competencia actualmente reconocida —en general— a los tribunales administrativos, limitada en principio, a la anulación de los actos administrativos individuales, sino, en particular, porque entre el control de la constitucionalidad de las leyes y el control de la legalidad de los reglamentos existe una íntima afinidad por el hecho de su carácter general.

Dos puntos de vista concurren, pues, en la determinación de la competencia de la Jurisdicción Constitucional: de una parte, la noción pura de garantía de la Constitución, que conduciría a incorporar en ella el control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y solo ellos. Por otro lado, la oposición entre actos generales y actos individuales, que incorporaría al control de la Jurisdicción Constitucional las leyes y los reglamentos. Es necesario, haciendo a un lado todo prejuicio doctrinal, combinar estos dos principios según las necesidades de la Constitución así considerada.

12. III. Si se incluyen los reglamentos en el ámbito de la Justicia Constitucional, se pueden encontrar ciertas dificultades relativas a su delimitación exacta, en razón de que existen ciertas categorías de nor-

mas generales que no se dejan distinguir fácilmente de los reglamentos, principalmente aquellas normas generales que son creadas en la esfera de la autonomía municipal, sea por vía de resolución de los concejos municipales, sea por el municipio, o incluso, aquellas que están contenidas en actos jurídicos que no devienen obligatorios sino mediante la aprobación de una autoridad pública (por ejemplo, tarifas de compañías de ferrocarriles, estatutos de sociedades por acciones, convenciones colectivas de trabajo, etc.)

Entre las reglas generales de Derecho que emanan de una autoridad exclusivamente administrativa, esto es, el reglamento *stricto sensu*, y los actos jurídicos generales de Derecho privado, son posibles una gran cantidad de grados intermedios. Toda línea divisoria entre ellos será, pues, siempre, más o menos arbitraria. Bajo esta reserva, se puede recomendar que se someta al control de la Jurisdicción Constitucional solo las normas generales que emanen exclusivamente de autoridades públicas, trátase de autoridades centrales o locales, de autoridades estatales en sentido estricto, o autoridades provinciales o municipales. Ya que el municipio —él también— no es sino un miembro del Estado y sus órganos, órganos estatales descentralizados.

13. IV. Como lo habíamos indicado precedentemente, los tratados internacionales deben ser también considerados —desde el punto de vista de la primacía del ordenamiento estatal— como actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se considera que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la Jurisdicción Constitucional. Jurídicamente, nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales. Se podría invocar en favor de esta extensión de la competencia de la Justicia Constitucional argumentos no desdeñables. Siendo una fuente de Derecho equivalente a la ley, el tratado internacional podría derogar las leyes; es pues, del más alto interés político que el tratado internacional esté conforme con la Constitución y respete, particularmente, aquellas reglas que determinan



el contenido de las leyes y de los tratados. Ninguna regla de Derecho Internacional se opone a este control de los tratados.

Si, como debe admitirse, el Derecho Internacional autoriza a los Estados a determinar en su Constitución a los órganos que pueden concluir válidamente tratados, es decir, celebrarlos de modo que obliguen a las partes contratantes, no es contrario al Derecho Internacional crear una institución que garantice la aplicación de las normas que él autoriza. No podría invocarse la regla según la cual los tratados no pueden ser abrogados unilateralmente por uno de los Estados contratantes, pues esta regla supone, evidentemente, que el tratado haya sido celebrado válidamente. Un Estado que quiere celebrar un tratado con otro Estado debe informarse de su Constitución. El Estado contratante no debe depender más que de sí mismo, tanto cuando trata con un órgano incompetente de otro Estado, así como cuando el tratado celebrado está en contradicción, en cualquier punto, con la Constitución de su co-contratante, resultando el tratado nulo o anulable. Pero aun si se admitiera, por un lado, que el Derecho Internacional determina inmediatamente en la persona del jefe del Estado al órgano estatal competente para la celebración de tratados y, además, la existencia de una regla del Derecho Internacional según la cual los Estados no estuvieran obligados a aceptar un control de la regularidad de los tratados que celebren con los Estados extranjeros ni su anulación total o parcial por una autoridad de esos Estados, las disposiciones contrarias de la Constitución no serían por ella menos válidas. La anulación del tratado constituiría simplemente, desde el punto de vista del Derecho Internacional, una violación que podría sancionarse con la guerra.

Es una cuestión diferente —política y no jurídica— saber si el interés que tienen los Estados para celebrar tratados permite exponerlos al riesgo de una anulación por parte de la Jurisdicción Constitucional. Si se hace el balance de los intereses de política interior que hablan en favor de la extensión de la Justicia Constitucional a los tratados internacionales, y de los intereses de política exterior que hablan en sentido contrario, es posible que estos últimos puedan prevalecer. Desde

el punto de vista de los intereses de la comunidad internacional sería deseable, indiscutiblemente, atribuir el control de la regularidad de los tratados internacionales, así como el conocimiento de los litigios que puede acarrear su aplicación, a una instancia internacional excluyendo toda jurisdicción estatal, por unilateral. Pero esto es una cuestión ajena al objeto de este estudio y es una solución que el desarrollo técnico del Derecho Internacional actual no permite considerar como posible.

14. V. ¿En qué medida pues, puede comprenderse en la Justicia Constitucional el control de los actos jurídicos individuales? La cuestión no se aplica a los actos de los tribunales. En efecto, el solo hecho de que un acto jurídico es realizado por un tribunal es una garantía suficiente de su regularidad. Que esta regularidad consista inmediatamente o mediatamente en una constitucionalidad no es motivo suficiente para sustraer estos actos de las jurisdicciones de Derecho común y atribuir su conocimiento a un Tribunal Constitucional especial.

Tampoco los actos individuales realizados por las autoridades administrativas deben estar, si se encuentran inmediatamente subordinados a la Constitución, sometidos al control del Tribunal Constitucional, sino, en principio, al de los tribunales administrativos. Esto, ante todo, por el interés de una delimitación clara de sus respectivas competencias a fin de evitar conflictos de atribuciones y dobles competencias que pueden fácilmente presentarse, en razón del carácter relativo de la oposición entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta. Se dejaría entontes, a la Jurisdicción Constitucional, únicamente el control de los actos jurídicos individuales que son realizados por el Parlamento, ya sea que revistan la forma de ley o la de un tratado internacional, pero es en tanto que leyes o reglamentos que estos actos entran bajo su competencia.

Se podría, sin embargo, extender la competencia de la Jurisdicción Constitucional a los actos individuales, aunque no estén revestidos de la forma de las leyes o la de los tratados que no estuvieran inmediatamente subordinados a la Constitución, siempre y cuando estos actos tengan el carácter de obligatorios, porque sin esto toda posibilidad de

controlar su regularidad desaparecería. Sin duda no se podría tratar sino de un número muy limitado de actos. Se podría, naturalmente, dar a la Jurisdicción Constitucional, por razones de prestigio o por otras razones, el control de ciertos actos individuales del jefe de Estado o del Gobierno —suponiendo que se desea, de manera general, someterlos a un control jurídico—. En fin, señalamos que puede ser oportuno, llegado el caso, hacer del Tribunal Constitucional una Alta Corte de Justicia encargada de juzgar a los ministros sometidos a responsabilidad, un tribunal central de conflictos, o un tribunal investido de otras facultades, con el objeto de evitarse las jurisdicciones especiales. En efecto, es preferible, de una manera general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de decir el Derecho.

15. VI. Parece obvio que el Tribunal Constitucional no puede conocer sino las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma general —en este sentido, solo las normas generales pueden ser tomadas en cuenta— abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aun en vigor. Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada —se supone que no ha sido el Tribunal Constitucional el que la ha anulado—, es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba. Pero esto supone una sentencia del Tribunal Constitucional.

La anulación de una norma inconstitucional por la Jurisdicción Constitucional —nos seguimos refiriendo principalmente a las normas generales— no es rigurosamente necesaria más que si esta ley es más reciente que la Constitución. Si se trata de una ley anterior a la Constitución y en contradicción con ella, ésta la deroga en virtud del principio de la *lex posterior*; parece pues superfluo, e incluso, ló-

gicamente imposible anularla. Ello significa que los tribunales y las autoridades administrativas deberán —salvo limitación de este poder por el Derecho positivo— verificar la existencia de una contradicción entre la Constitución y la ley anterior y decidir de conformidad a los resultados de este examen. La situación, en particular la de las autoridades administrativas, difiere enteramente en este punto a la que le es habitual en relación con las leyes.

Esto tiene una importancia muy particular en un período de revisiones constitucionales, sobre todo si estas revisiones son tan fundamentales como las que han tenido lugar en numerosos Estados a consecuencia de la Gran Guerra. La mayor parte de las Constituciones de los Estados nuevos han “recibido”, por ejemplo, el antiguo Derecho material —Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo— que estaba en vigor en su territorio, siempre que no estén en contradicción con su nueva Constitución. Ahora bien, estas leyes, siendo en general muy antiguas y hechas bajo el imperio de muy diferentes Constituciones, se encontraban frecuentemente en contradicción con las disposiciones de la Constitución —naturalmente, no en lo relativo al modo de elaboración de las leyes, sino, en gran medida, en relación con su contenido—.

Si la Constitución dispone, por ejemplo, que no puede darse ningún privilegio sobre la base del sexo, y se interpreta esta disposición como válida únicamente para las leyes posteriores, pero no para las leyes anteriores o para las leyes “recibidas” por la Constitución, y si se debe admitir que la Constitución deroga inmediatamente a las leyes anteriores, sin necesidad de leyes especiales de revisión, la cuestión de la incompatibilidad de estas leyes antiguas con la Constitución puede ser jurídicamente muy difícil de resolver y, políticamente, muy importante. Puede parecer malo abandonar la decisión de estos problemas a las múltiples autoridades encargadas de la aplicación de las leyes, cuyas opiniones sobre el particular serían, posiblemente, muy vacilantes.

Vale, pues, preguntarse si no cabría retirar a estas autoridades el examen de la compatibilidad con la Constitución de las leyes ante-

riores que la Constitución no ha abrogado expresamente, y confiarlo al Tribunal Constitucional central, lo que equivaldría a retirarle a la Constitución nueva la fuerza derogatoria frente a las leyes anteriores que ella no ha anulado expresamente, sustituyéndola por el poder de anulación del Tribunal Constitucional.

### 3. EL CRITERIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

¿Cuál será el criterio que aplicará la Jurisdicción Constitucional en el ejercicio de su control? ¿Qué reglas deberá seguir como base de sus decisiones? La respuesta a esta cuestión depende, en gran parte, del objeto del control. Es evidente que para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución, es su constitucionalidad, y para los actos que no le están más que mediatamente subordinados, es su legalidad la que debe ser controlada, o más generalmente, es la conformidad de un acto a las normas de grado superior lo que debe ser verificado. Es igualmente evidente que el control debe comprender el procedimiento según el cual ha sido elaborado el acto, así como su contenido, si las normas de grado superior contienen disposiciones sobre el particular.

Dos puntos deben, sin embargo, ser examinados con mayor atención.

16. En primer lugar, ¿pueden ser utilizadas las normas del Derecho Internacional como criterio del control? Puede suceder que uno de los actos cuya regularidad se encuentra sometido al control esté en contradicción, no con una ley o con la Constitución, sino con un tratado internacional o con una regla del Derecho Internacional general. Una ley ordinaria que contradiga a un tratado internacional anterior es igualmente irregular con respecto a la Constitución, pues, autorizando a ciertos órganos a celebrar tratados internacionales, la Constitución hace de los tratados un modo de formación de la voluntad estatal, excluyéndolos así —de conformidad a la noción de tratado que ha hecho

suya— de la abrogación o de la modificación por una ley ordinaria. Una ley contraria a un tratado es por consiguiente —cuando menos de manera indirecta— inconstitucional. Pero para poder afirmar que aún una ley constitucional (*Verfassungsgesetz*) violatoria de un tratado es irregular, es necesario situarse en un punto de vista superior al de la Constitución, esto es, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico internacional, pues solo este punto de vista hace aparecer al tratado internacional como un orden parcial superior al de los Estados contratantes y por ello se da la posibilidad de que los actos estatales, en particular, las leyes, reglamentos, etc., sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, violen no solamente las reglas particulares de un tratado internacional y, por tanto, indirectamente el principio del respeto a los tratados, sino además otros principios del Derecho Internacional general.

¿Debe permitirse al Tribunal Constitucional anular los actos estatales, sometidos a su control, por contrariar el Derecho Internacional?

En contra de la anulación de las leyes ordinarias —o de los actos equivalentes o subordinados a estas leyes— contrarias a los tratados, no se puede hacer ninguna objeción seria. En efecto, esta competencia se encontraría, absolutamente, en el dominio de la Constitución, que es también —no hay que olvidarlo— el ámbito de la Justicia Constitucional. Tampoco puede hacerse ninguna objeción seria en contra de la anulación de las leyes y de los actos equivalentes o inferiores a la ley por violación a una norma de Derecho Internacional general, suponiendo que la Constitución reconozca expresamente estas normas generales, es decir, que las integre en el orden estatal, bajo la denominación de normas “generalmente reconocidas” del Derecho Internacional, como lo han hecho ciertas Constituciones recientes. En efecto, en este caso es voluntad de la Constitución que esas normas sean también respetadas por el legislador.

Así pues, tenemos que asimilar por completo las leyes contrarias al Derecho Internacional a las leyes inconstitucionales. La solución es la misma, ya sea que esas normas hayan sido “recibidas” por la Cons-

titución con el rango de leyes constitucionales o no. Pues, en uno y en otro caso, su “recepción” significa que estas leyes no pueden ser excluidas por una ley ordinaria. Esta “recepción” solemne debe traducir la voluntad de asegurar el respeto al Derecho Internacional y es a la solución contraria a la que se llegaría si, no obstante esta “recepción”, toda ley ordinaria pudiera violar el Derecho Internacional sin que en ello se vea, desde el punto de vista de la Constitución que la contiene, una irregularidad.

Pero sucede de modo diferente cuando la Constitución no contiene este reconocimiento al Derecho Internacional general, o si la contiene, cuando se trata de leyes constitucionales contrarias al Derecho Internacional, sea Derecho internacional general, sea, incluso, convencional. Puesto que para la Jurisdicción Constitucional, en cuanto órgano estatal, la validez de las normas internacionales que él debe aplicar para el control de los actos estatales depende de su recepción por parte de la Constitución, es decir, es la Constitución quien las pone en vigor para el dominio interno del Estado, la propia Constitución que ha creado el Tribunal Constitucional y que podría, en cualquier momento, suprimirlo.

Por muy deseable que fuera ver que todas las Constituciones recibieran —siguiendo el ejemplo de las Constituciones alemana y austríaca— las reglas del Derecho Internacional general, de manera que permitan su aplicación por un Tribunal Constitucional estatal, es necesario, no obstante, reconocer que a falta de este reconocimiento, nada autorizaría jurídicamente al Tribunal Constitucional a declarar una ley contraria al Derecho Internacional. Pero si eso sucediese, la competencia del Tribunal Constitucional se detiene ante una ley de revisión de la Constitución. Ciertamente que, de hecho, es posible que una Jurisdicción Constitucional aplique las reglas del Derecho Internacional aún en estas dos hipótesis. Pero en este caso, la Jurisdicción Constitucional ejercería una función que ya no encontraría su justificación jurídica en el cuadro del ordenamiento estatal. Una ley constitucional no puede atribuir esta competencia al Tribunal Constitucional. Un Tribunal Constitucional que anulara una ley constitucional o incluso,

a pesar de la no recepción de las reglas del Derecho Internacional, una ley ordinaria, por violación a las reglas del Derecho Internacional, no podría jurídicamente seguir siendo considerado como un órgano del Estado cuya Constitución lo ha creado, sino como el órgano de una comunidad jurídica superior a este Estado. Y además solo por sus intenciones, porque la Constitución de la comunidad jurídica internacional no contiene ninguna norma que faculte a un órgano estatal a aplicar las normas del Derecho Internacional general.

17. Si la aplicación de las normas del Derecho Internacional por el Tribunal Constitucional se encuentra sometida a las limitaciones que se acaban de indicar, la aplicación de normas distintas a las normas jurídicas —las normas “supra-positivas”— debe ser considerada radicalmente excluida. Se afirma, en ocasiones, que existen por encima de la Constitución de todo Estado ciertas reglas de Derecho Natural que deberían ser respetadas, también, por las autoridades estatales encargadas de la aplicación del Derecho. Si se trata de principios incorporados en la Constitución o en cualquier otro grado del ordenamiento jurídico y que se deducen del contenido del Derecho positivo por vía de abstracción, sería algo bastante inofensivo formularlos como reglas de Derecho independiente. Sin embargo, estos principios solo pueden ser aplicados con las normas jurídicas en las cuales son incorporados y solamente en ellas. Pero, si se trata de principios que no han sido traducidos en normas de Derecho positivo, sino que debieran serlo solo porque son justos —si bien los protagonistas de estos principios lo tienen ya, de manera más o menos clara, como Derecho—, entonces se trata simplemente de postulados que no son jurídicamente obligatorios, que no expresan, en realidad, sino los intereses de ciertos grupos, dirigidos a ciertos órganos encargados de la creación del Derecho y no únicamente al legislador, cuyo poder para realizarlos es casi ilimitado, sino, también a los órganos subordinados que no tienen este poder más que en medida tan reducida que su función comporta una mayor parte de aplicación del Derecho. Sin embargo, la jurisdicción y la administración lo tienen en la misma medida cuando conservan un poder discrecional, es decir, cuando tienen que escoger entre varias interpretaciones igualmente posibles.



Precisamente, en el hecho de que la consideración o la realización de estos principios —a los cuales no se ha podido hasta ahora, a pesar de todos los esfuerzos intentados en este sentido, dar una determinación muy unívoca— no tienen y no pueden tener, en el proceso de creación del Derecho, por las razones antes indicadas, el carácter de una aplicación del Derecho en sentido técnico, se encuentra la respuesta a la cuestión de saber si estos principios pueden ser aplicados por una Jurisdicción Constitucional.

Y no es sino mera apariencia cuando sucede de otro modo, cuando, como ocurre a veces, la misma Constitución se refiere a estos principios invocando los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., sin precisar, absolutamente lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo ordenamiento jurídico se esfuerza por ataviarse, la apelación a la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc., significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es dejado por la Constitución y la ley.

Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etc., difieren de tal manera según el punto de vista de los interesados, que si el Derecho positivo no consagra alguna de entre ellas, toda regla de Derecho puede ser justificada por una de las tantas concepciones posibles. Pero en todo caso la apelación de los valores en cuestión no significa, y no puede significar, que cuando el Derecho positivo sea contrario a su concepción personal de libertad, de igualdad, etc., pudiera dispensarse a los órganos de creación del Derecho su aplicación. Las fórmulas en cuestión, no tienen, de manera general, una gran significación. Ellas no agregan nada al estado real del Derecho.

Es precisamente en el dominio de la Justicia Constitucional en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Se podría interpretar que las disposiciones de la Constitución invitan al legislador a conformarse a la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la

libertad, a la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que solo sería así cuando la Constitución fijara una pauta precisa, es decir cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera. Sin embargo, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las declaraciones de derechos individuales, se borrará fácilmente, y no es, por tanto, imposible que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el poder del Tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este Tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población y, por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia, o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegiado de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político, como lo sería el Tribunal Constitucional. Para evitar un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que políticamente, es completamente contraindicado— del Parlamento a una instancia que le es extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible.

#### 4. EL RESULTADO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

18. a) De nuestras anteriores explicaciones se deduce que si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del Tribunal Constitucional sea direc-

tamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales —este es precisamente el caso principal— fuerza anulatoria.

b) Teniendo en cuenta la extrema importancia que posee la anulación de una norma general, y en particular de una ley, podría preguntarse si no sería conveniente autorizar al Tribunal Constitucional a no anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento, sino cuando este vicio es particularmente importante, esencial. En tal caso, la apreciación de este carácter es mejor dejarlo a la entera libertad del Tribunal, porque no es bueno que la Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales.

c) Es también conveniente examinar si no sería bueno, en interés de la seguridad jurídica, que la anulación, en particular de las normas generales y principalmente de las leyes y tratados internacionales, no procediera sino dentro de un plazo fijado por la Constitución, por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular, ya que sería extremadamente lamentable tener que anular una ley, o aún peor, un tratado por inconstitucionalidad, después de que ha estado en vigor durante largos años sin haber sido cuestionados.

d) En todo caso sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero este interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto —al momento en que la anulación se produce— de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales, si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados —en virtud de que la norma general es anulada *pro futuro*, esto es, para los hechos posteriores a la anulación— de acuerdo con la norma anulada. A continuación, mostramos que esta retroactividad limitada es, incluso, necesaria en una cierta organización del procedimiento de control de la constitucionalidad.

Si una norma general es anulada sin efecto retroactivo, o al menos, con el efecto retroactivo limitado que se acaba de indicar y si, por tanto, las consecuencias jurídicas que ha producido antes de su anulación subsisten, al menos aquellas que se manifiestan en su aplicación por las autoridades, no se altera en nada los efectos tenidos a su entrada en vigor en relación con las normas que regulaban hasta entonces el mismo objeto, es decir, en relación con la abrogación de las normas que le eran contrarias según el principio de *lex posterior derogat priori*. Esto significa, por ejemplo, que la anulación de una ley por el Tribunal Constitucional no acarrea, absolutamente, el restablecimiento de la situación jurídica existente antes de la entrada en vigor de la ley anulada: la anulación no hace revivir la antigua ley referida al mismo objeto y que la ley anulada abrogó. De la anulación resulta, por así decirlo, una esfera vacía de derecho. Una materia que hasta entonces se encontraba regulada, deja de serlo, las obligaciones jurídicas desaparecen, la libertad jurídica les sucede.

En ocasiones, esta situación puede producir muy lamentables consecuencias. Sobre todo, si la ley no ha sido anulada en razón de su contenido, sino solo en razón de un vicio en la forma producido durante su elaboración, y en particular, si la confección de una ley que regula el mismo objeto requiere de un tiempo bastante considerable. Para remediar este inconveniente es bueno prever la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término contado a partir de su publicación.

Se puede, al respecto, pensar en otro medio: facultar al Tribunal Constitucional a establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor. Sería entonces prudente dejar al propio Tribunal el cuidado de decidir en qué caso se puede hacer uso de este poder de restablecimiento de la anterior situación jurídica. Sería lamentable que la Constitución hiciera de la reaparición de este estado una regla general imperativa en el caso de la anulación de normas generales.

Se debería, quizás, hacer la excepción en el caso de que se anulara una ley que consistiera únicamente en la abrogación de una ley hasta entonces en vigor; puesto que el solo efecto posible sería la desaparición de la única consecuencia que ha tenido la ley —la abrogación de la ley anterior—, es decir, la entrada en vigor de esta última.

Por otro lado, una disposición general como la que se acaba de apuntar no podría ser tomada en consideración sino suponiendo que la Constitución limitara la anulación de las normas generales a un cierto plazo a partir de su entrada en vigor, de manera de impedir la vuelta a la vigencia de normas jurídicas demasiado antiguas e incompatibles con las nuevas condiciones. El poder así conferido al Tribunal Constitucional de poner positivamente en vigor las normas, acentuaría mucho el carácter legislativo de su función, además de que solo comprendería a las normas que hubieran sido puestas en vigor, anteriormente, por el legislador regular.

e) El dispositivo de la sentencia del Tribunal Constitucional será diferente según se trate de un acto jurídico todavía en vigor —especialmente una norma general— al momento en que se dicta el fallo como es el caso normal, o se trate de una norma que ya haya sido abrogada para entonces, pero que debe todavía ser aplicada a hechos anteriores. En el segundo caso, la resolución del Tribunal Constitucional no tiene que anular, como lo hemos indicado con anterioridad, más que un resto de validez; pero no deja de ser una sentencia constitutiva y de anulación. La fórmula de la anulación podría entonces ser, en lugar de “la ley es anulada”, “la ley era inconstitucional”. En consecuencia, se tiene que evitar la aplicación de una ley declarada inconstitucional aun a los hechos anteriores a la sentencia.

El dispositivo será idéntico sin importar que la norma general examinada por el Tribunal Constitucional sea posterior o anterior a la Constitución con la cual se encuentra en contradicción. En uno o en otro caso, la sentencia pronunciará la anulación de la norma inconstitucional.

f) Es necesario señalar, en fin, que la anulación no debe aplicarse necesariamente a la ley en su totalidad, o al reglamento en su totalidad, sino que puede también limitarse a algunas de sus disposiciones, suponiendo naturalmente, que las otras se mantengan, sin embargo, aplicables o que no vean su sentido modificado de una manera inesperada. Corresponderá al Tribunal Constitucional apreciar libremente si se quiere anular la ley o el reglamento en su totalidad o solo de algunas de sus disposiciones.

## 5. EL PROCEDIMIENTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

19. ¿Cuáles deben ser los principios esenciales del procedimiento del control de constitucionalidad?

a) La cuestión de la legitimación para iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial: de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión de garante de la Constitución. La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una *actio popularis*: así, el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial de las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular. De esta manera, el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No se puede, sin embargo, recomendar esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insoportable congestionamiento de procesos.

Entre varias soluciones posibles, se pueden indicar las siguientes: autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que debiendo aplicar una norma tengan dudas sobre su regularidad, a interrumpir el procedimiento en el caso concreto y a interponer ante el Tribunal Constitucional una demanda razonada para el examen y anulación eventual de la norma. Se podría, también, otorgar este poder exclusivamente

a ciertas autoridades superiores o supremas —magistrados y Cortes Supremas— o incluso, restringidas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea —tomando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción— perfectamente justificable.

Si el Tribunal Constitucional anulara la norma atacada —y solo en este caso— la autoridad demandante no debería aplicarla al caso concreto que dio origen a su demanda, sino decidir como si la norma —que es, de manera general, anulada *pro futuro*— no hubiera estado en vigor cuando el caso se produjo. Este efecto retroactivo de la anulación es una necesidad técnica, porque sin él, las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho no tendrían interés inmediato ni suficientemente fuerte para provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Si esta intervención se produce exclusiva, o principalmente, a pedido de las autoridades judiciales y administrativas, es necesario estimularlas a interponer estas demandas atribuyendo a la anulación, en estos casos, un efecto retroactivo limitado.

Sería muy oportuno acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional, a una *actio popularis*, permitiendo a las partes de un proceso judicial o administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas —resoluciones judiciales o actos administrativos— en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional: ya que supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, el pedido de anulación.

En los Estados federales, el derecho de interposición del recurso de inconstitucionalidad debe ser acordado a los gobiernos de los Estados-miembros contra los actos jurídicos de la Federación, y al Gobierno Federal contra los actos de los Estados-miembros. El control de la

constitucionalidad en estos casos se refiere principalmente a la aplicación de disposiciones de fondo, característico de las Constituciones de Estados federales, en que se delimita la competencia respectiva de la Federación y de los Estados-miembros.

Una institución completamente novedosa, pero que merece la más seria consideración, sería la de un defensor de la Constitución ante el Tribunal Constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el procedimiento penal, iniciaría de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares. Es evidente que el titular de semejante función deberá estar revestido de todas las garantías de independencia imaginables, tanto frente al Gobierno como frente al Parlamento.

En lo que concierne particularmente al recurso contra las leyes, sería extremadamente importante otorgar a una minoría calificada del Parlamento el derecho a interponerlo. Y tanto más importante, cuanto que la Justicia Constitucional, como lo habremos de mostrar más adelante, debe necesariamente servir, en las democracias parlamentarias, a la protección de las minorías.

Cabe la posibilidad, en fin, de hacer que el Tribunal Constitucional inicie de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tiene sus dudas. Esto puede ocurrir no únicamente cuando, por ejemplo, llamado a examinar la legalidad de un reglamento, el Tribunal se encuentra con la inconstitucionalidad de la ley con la cual el reglamento está en contradicción, sino también, en particular, cuando el Tribunal es llamado a decidir sobre la regularidad de ciertos actos jurídicos individuales de los cuales solo su legalidad es inmediatamente puesta en cuestión, no siéndolo su constitucionalidad más que mediatamente. Entonces, el Tribunal —como lo harían las autoridades calificadas para interponer recursos ante él—, interrumpirá el procedimiento relativo al caso concreto y procederá, esta vez de oficio, al examen de la norma que él habría debido aplicar al caso. Si la anula, el Tribunal deberá, como lo harían las autoridades demandantes en un caso análogo, resolver el litigio pendiente como si la norma anulada no hubiese sido nunca aplicada.



En el caso en que es llamado a decidir también de la regularidad de actos individuales y en particular de actos de autoridades administrativas, el Tribunal Constitucional debe, naturalmente, ser instado por la acción de las personas cuyos intereses jurídicamente protegidos han sido lesionados por el acto irregular. Si es posible que los particulares sometan el acto jurídico individual al conocimiento del Tribunal Constitucional, por irregularidad de la norma general, en ejecución de la cual el acto individual ha sido regularmente realizado, entonces los particulares tienen, en mayor medida que en el caso de interposición de recursos en ocasión de un proceso judicial o administrativo, la posibilidad de someter, indirectamente, normas generales al conocimiento del propio Tribunal Constitucional.

20. *b)* En el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se recomienda que, de una manera general, se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de puro Derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar —o, que deben presentar— al Tribunal. Los asuntos que conoce el Tribunal Constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que solo una audiencia pública garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del colegiado de jueces no debería ser también en audiencia pública.

Deberán tener acceso al procedimiento de control: la autoridad cuyo acto es atacado, para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el particular interesado en el litigio pendiente ante el Tribunal o ante la autoridad administrativa que dio lugar al procedimiento de control, o el particular que tenga derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento del Tribunal Constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en Derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatorio el patrocinio de abogado, en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio.

21. c) La sentencia del Tribunal Constitucional, cuando encuentre fundada la demanda, deberá declarar la anulación del acto atacado, de manera que aparezca como la consecuencia del mismo fallo.

Para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, el acto de anulación, esto es, la sentencia del Tribunal, debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada. Aunque no puede excluirse *a priori* la idea de proporcionar al Tribunal un órgano informativo propio, un Boletín Oficial (*Bulletin officiel*), para la publicación independiente de sus sentencias de anulación, sería conveniente, en todo caso, publicar la anulación de las leyes y de los reglamentos en el mismo órgano informativo en que han sido publicados, y confiarlo a la misma autoridad. La sentencia del Tribunal deberá, pues, contener, igualmente, la obligación de publicación precisando la autoridad llamada a proceder a tal efecto.

La anulación no entraría en vigor sino hasta su publicación. Sería conveniente que el Tribunal Constitucional pudiera decidir, como lo hemos dicho, que la anulación, especialmente de leyes y tratados internacionales, no surta efecto sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de su publicación, aunque no sea más que para dar al Parlamento la ocasión de reemplazar la ley inconstitucional por una ley conforme con la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada quede sin reglamentación durante un tiempo relativamente largo.

Si la ley ha sido atacada por un tribunal o una autoridad administrativa, en ocasión de su aplicación a un caso concreto, la cuestión del efecto retroactivo podrá dar lugar a una dificultad. Si la ley anulada no deja de estar en vigor sino hasta cierto tiempo después de la publicación de su anulación y si, por tanto, las autoridades deben continuar aplicándola, entonces no puede dispensarse a la autoridad demandante su aplicación al caso concreto que ha provocado la demanda, situación que disminuye su interés en someter las leyes inconstitucionales al Tribunal Constitucional. Esto constituye un argumento suplementario en favor de la atribución concedida al Tribunal Constitucional de poder reestablecer, anulando inmediatamente la ley, el estado jurídico anterior

a la entrada en vigor de la ley anulada. Esta modalidad permite, ciertamente, darle a la sentencia de anulación el efecto retroactivo deseable en el caso concreto que ha dado origen a la demanda, proporcionándole al órgano legislativo el tiempo necesario para preparar una ley nueva que responda a las exigencias de la Constitución.

## V. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

22. Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria. Toda ley, todo reglamento, e incluso, todo acto jurídico general realizado por los particulares tiene una fuerza jurídica superior a la de esa Constitución —a la cual estos actos se encuentran, sin embargo, subordinados y de la que todos ellos deriva su validez—. El Derecho positivo vela, no obstante, para que todo acto que esté en contradicción con una norma superior pueda ser anulado, salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución.

Este débil grado de fuerza obligatoria real está en desacuerdo radical con la aparente firmeza, que llega hasta la rigidez, que se confiere a la Constitución cuando se somete su revisión a un procedimiento agravado. Ahora bien, ¿para qué tantas precauciones si las normas de la Constitución, bien que prácticamente inmodificables, se encuentran, en realidad, casi desprovistas de fuerza obligatoria?

Ciertamente que una Constitución que no prevé un Tribunal Constitucional, o institución análoga, para la anulación de los actos inconstitucionales, no se encuentra desprovista totalmente de sentido

jurídico. Su violación puede tener una cierta sanción cuando existe al menos la institución de la responsabilidad ministerial, sanción que es dirigida a ciertos órganos asociados en la confección de los actos inconstitucionales, suponiendo que son culpables. Pero, abstracción hecha de esta garantía que —como ya se ha señalado— no es muy eficaz porque deja subsistir la ley inconstitucional, no se puede admitir en este caso que la Constitución indique un procedimiento legislativo único, ni que fije realmente los principios en cuanto al contenido de las leyes. La Constitución, sin duda, dice en su texto que las leyes deberán ser elaboradas de tal o cual manera y que no deben tener tal o cual contenido; pero admitiendo que las leyes inconstitucionales serán también válidas, sucede, en realidad, que las leyes pueden ser hechas de otra manera, y su contenido sobrepasar los límites asignados; ya que las leyes inconstitucionales —ellas también— no pueden ser válidas más que en virtud de una regla de la Constitución; esto es, ellas deben ser, también, en uno u otro modo, constitucionales, puesto que son válidas. Pero eso significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado en la Constitución, y las pautas señaladas ahí no son, a pesar de las apariencias, disposiciones obligatorias sino solamente facultativas.

Que las Constituciones a las cuales les falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no sean, de hecho, interpretadas de esta forma, es, precisamente el extraño efecto de este método al cual hemos hecho frecuente alusión, y que disimula el contenido verdadero del Derecho por motivos políticos —que no corresponden propiamente a los intereses políticos de los que la Constitución es expresión—.

Una Constitución cuyas disposiciones relativas a la legislación pueden ser violadas sin que de ello resulte la anulación de las leyes inconstitucionales tiene, frente a los grados inferiores del ordenamiento estatal, el mismo carácter obligatorio que tiene el Derecho Internacional frente al Derecho interno. En efecto, cualquier acto estatal contrario al Derecho Internacional no es por ello menos válido. La única consecuencia de esta violación es que el Estado lesionado puede, en última

instancia, hacer la guerra al Estado infractor; la violación entraña una sanción puramente penal.

Igualmente, una Constitución que ignora la Justicia Constitucional tiene como única reacción contra su violación la sanción penal que ofrece la institución de la responsabilidad ministerial. Es esta fuerza obligatoria mínima del Derecho Internacional lo que conduce a cantidad de autores, por error sin duda, a negarle, de manera general, el carácter de Derecho. Son motivos completamente semejantes los que se oponen al fortalecimiento técnico del Derecho Internacional mediante la institución de un tribunal internacional dotado de poderes de anulación y los que se oponen al incremento de la fuerza obligatoria de la Constitución mediante la organización de un Tribunal Constitucional.

Todo lo anterior debe tenerse presente para poder apreciar la importancia de la organización de la Justicia Constitucional.

23. Al lado de esta significación general, común a todas las Constituciones, la Justicia Constitucional tiene también una importancia especial, que varía según los rasgos característicos de la Constitución considerada. Esta importancia es de primer orden para la República democrática, cuyas instituciones de control son una condición de su existencia. Contra los ataques diversos, en parte justificados, que son actualmente dirigidos contra la República democrática, esta forma de Estado no puede defenderse mejor que organizando todas las garantías posibles de la regularidad de las funciones estatales. Mientras más se democratizan, más fortalecido debe ser el control. La Justicia Constitucional tiene que ser, también, apreciada desde este punto de vista.

Asegurando la confección constitucional de las leyes y, en especial, su constitucionalidad material, la Justicia Constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. El dominio de la mayoría no se hace soportable sino cuando es ejercido de manera regular. La forma constitucional especial, que consiste habitualmente en que la revisión de la Constitución depende de una mayoría calificada, significa que ciertas cuestiones fundamentales no

pueden ser resueltas más que de acuerdo con la minoría: la mayoría simple no tiene —al menos en ciertas materias— el derecho de imponer su voluntad a la minoría. Solamente una ley inconstitucional, si es que es votada por mayoría simple, podría entonces invadir, en contra de la voluntad de la minoría, la esfera de sus intereses constitucionalmente garantizados.

Toda minoría —de clase, nacional o religiosa— cuyos intereses son protegidos de alguna manera por la Constitución, tiene un interés enorme en la constitucionalidad de las leyes. Esto es cierto en particular si suponemos un cambio de mayoría en que se deja a la antigua mayoría, convertida ahora en minoría, una fuerza suficiente para impedir la reunión de las condiciones necesarias para una revisión legal de la Constitución. Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la Justicia Constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea. La simple amenaza de interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría que no es menos riesgosa para la paz social, que la de la minoría.

24. Pero es ciertamente en el Estado federal en donde la Justicia Constitucional adquiere la más grande importancia. No es excesivo afirmar que la idea política del Estado federal no se encuentra plenamente realizada más que con la institución de un Tribunal Constitucional.

La esencia del Estado federal consiste —si es que no se ve en él un problema de metafísica del Estado sino, de acuerdo a una concepción enteramente realista, un tipo de organización técnica del Estado que consiste en un reparto de funciones tanto legislativas como ejecutivas entre los órganos centrales competentes para el Estado— o su territorio en su totalidad (Federación, Imperio, Estado), y una pluralidad de órganos locales cuya competencia se limita a una subdivisión del Estado,

a una parte de su territorio (Estados-miembros, provincias, cantones, etc.); los representantes de estos elementos del Estado designados de manera mediata —por los Parlamentos o gobiernos locales— o inmediata —por la población de la circunscripción— participan en la legislación y eventualmente, también en la ejecución central. El Estado federal es, dicho de otro modo, un caso especial de descentralización.

La regulación de esta descentralización toma entonces el contenido esencial de la Constitución general del Estado, la que determina, principalmente, cuáles materias serán reguladas por las leyes centrales, y cuáles por las leyes locales; asimismo, las materias que entrarán en la competencia ejecutiva de la Federación y las que pertenecerán a la esfera ejecutiva de los Estados-miembros. El reparto de competencias es el núcleo político de la idea federal. Esto significa, desde el punto de vista técnico, que la constituciones de los Estados federales no solo regulan el procedimiento legislativo e imponen ciertos principios sobre el contenido de las leyes, como sucede en los Estados unitarios, sino que fijan, además, las materias respectivamente asignadas a la legislación federal y a la legislación local.

Toda violación de esta línea divisoria que establece la Constitución es una violación de la ley fundamental del Estado federal. La protección de este límite constitucional de las competencias entre la Federación y los Estados-miembros es una cuestión políticamente vital en el Estado federal, donde los conflictos de competencia dan lugar a luchas apasionadas. En el Estado federal, más que en ningún otro lado, se hace sentir la necesidad de una institución objetiva que resuelva estas luchas de modo pacífico; es menester un tribunal ante el cual estos litigios pueden ser sometidos como problemas jurídicos y resueltos como tales; en suma, es necesario un Tribunal Constitucional; ya que toda invasión de la competencia de la Federación por un Estado-miembro, así como toda invasión a la competencia de los Estados-miembros por parte de la Federación, es una violación de la Constitución federal que hace de la Federación y de los Estados-miembros una unidad total.

No se debe confundir esta Constitución total, en la cual la distribución de competencias forma su parte esencial, con la Constitución particular de la Federación, que le está subordinada, y que al igual que las Constituciones de los Estados-miembros, es solo la Constitución de una parte, de un elemento del Estado, aunque sea único el órgano llamado a modificar la Constitución total del Estado y la de la Federación.

Si se trata de actos jurisdiccionales o administrativos contrarios a las reglas de competencia, las vías de los recursos judiciales o administrativos de los Estados-miembros o de la Federación ofrecen la posibilidad de anularlos por ilegalidad. No hay necesidad de examinar aquí si esta garantía es suficiente para impedir de manera eficaz que los actos administrativos de la Federación invadan la competencia de los Estados-miembros, e inversamente, en particular, en caso de no existir un tribunal administrativo supremo común a la Federación y a los Estados-miembros, que, en la medida en que es llamado a controlar la conformidad de éstos a las reglas de competencia, es decir su constitucionalidad, realiza ya una función —al menos indirectamente— de Tribunal Constitucional.

Se puede observar sin embargo, tomando en cuenta la oposición de intereses característico del Estado federal entre la Federación y los Estados-miembros y la necesidad particularmente fuerte de una instancia decisiva, y por así decir, arbitral, que funcione como órgano de la comunidad formada por colectividades jurídicas coordinadas: la Federación y los Estados-miembros, que la cuestión de la competencia que deba acordarse a un Tribunal Constitucional no se presenta exactamente del mismo modo que en un Estado unitario centralizado. Y así, se podría perfectamente pensar en confiar a un Tribunal Constitucional Federal el control de actos administrativos individuales, pero exclusivamente en cuanto a su conformidad con las reglas constitucionales de competencia. Sería necesario, naturalmente, que el Tribunal Constitucional, que tendría que juzgar las leyes y los reglamentos de la Federación de los Estados-miembros, ofreciera, por su composición paritaria, garantías de objetividad suficiente y se presentara, no como



un órgano exclusivo de la Federación o de los Estados-miembros; sino como el órgano de la colectividad que los engloba, es decir, de la Constitución general del Estado federal, de la que el Tribunal estaría encargado de asegurar el respeto.

Es una de las paradojas de la teoría del Estado Federal presentar el principio de que el “Derecho federal prevalece sobre el Derecho local” (*Reichsrecht bricht Landrecht*) como si respondiera a la esencia del Estado federal, disimulando, solo por ello, la necesidad de una Jurisdicción Constitucional para el Estado federal. Es fácil demostrar que nada es tan contrario a la idea del Estado federal como este principio, que hace depender la existencia política y jurídica de los Estados-miembros de la buena voluntad de la Federación, a la que se permite invadir inconstitucionalmente, por medio de leyes ordinarias o, incluso, por medio de simples reglamentos, su competencia, arrogándose así, en contradicción con la Constitución general del Estado Federal, las competencias de los Estados-miembros.

El respeto verdadero de la idea federal, que ha encontrado expresión en la Constitución general del Estado, exige que el Derecho de la Federación invada lo menos posible el Derecho local, como a la inversa, y que tanto el Derecho local como el federal sean, en sus relaciones recíprocas, considerados en un plano de igualdad de acuerdo con la Constitución general del Estado, que delimita sus competencias respectivas. Un acto jurídico de la Federación que, excediendo el límite que le fija la Constitución general, invada el ámbito constitucionalmente garantizado de los Estados-miembros, no debe tener más valor jurídico que el acto de un Estado-miembro que violara la competencia de la Federación. Este principio es el único que responde a la esencia del Estado federal, y no puede ser mejor realizado que por un Tribunal Constitucional.

La competencia natural —puesto que resulta de la idea federalista— es que el Tribunal Constitucional debe conocer, en fin, de todas las violaciones a las obligaciones de las cuales pueda hacerse culpables no solo a los Estados-miembros sino, también, a la Federación por el

hecho de que sus órganos violen la Constitución general del Estado en el ejercicio de sus funciones. Lo que se califica de ordinario de ejecución federal (*Bundes-Exekution*) y que constituye un problema tan difícil para la teoría y la práctica del Estado federal, no debería presentarse —ya sea bajo la forma primitiva de una responsabilidad colectiva y restitutoria (*Erfolgshaftung*) o bajo la forma, técnicamente más perfeccionada, de una responsabilidad individual y por omisión (*Schuldhaftung*) del órgano responsable— sino como la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional en el que se establece la inconstitucionalidad de la conducta de la Federación o de un Estado-miembro.

25. La misión que se asigna a una Jurisdicción Constitucional en el cuadro de un Estado federal, hace resaltar de manera particularmente clara la afinidad que existe entre la Justicia Constitucional y una justicia internacional destinada a la protección del Derecho Internacional, aunque no fuera sino por la proximidad de grados del ordenamiento jurídico que se trata de garantizar. Y, como esta jurisdicción tiene como meta hacer inútil la guerra entre los pueblos, entonces ella se afirma —en última instancia— como una garantía de paz política en el Estado.

# El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana

---

HANS KELSEN

## NOTA PRELIMINAR

La primera vez que Hans Kelsen se enfrentó sistemáticamente al problema teórico del control jurisdiccional de la Constitución fue en su famosa ponencia sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución” que presentó primero en Viena, y luego en París, en el Instituto Internacional de Derecho Público, en octubre de 1928. La versión francesa debida a su discípulo Charles Eisenmann es la que se publicó en 1928 y luego en 1929, a partir de las cuales tuvo amplia difusión y de la que han partido todas las versiones existentes a otros idiomas, incluyendo el castellano.

Sin embargo, la agitada vida de Kelsen lo llevó pronto a salir de Austria y a iniciar un amplio periplo europeo que terminó, por así decirlo, cuando llegó a los Estados Unidos en 1940 y en donde vivió hasta su muerte acaecida en 1973. En dicho país, pasó temporadas en diversos centros universitarios para finalmente dedicarse a la docencia

permanente en la Universidad de California, en su campus de Berkeley. Fue entonces que tuvo que asumir en forma directa la existencia y el funcionamiento de otra familia jurídica, el *common law*, distinta a la romanista de la que él provenía y en la cual se había formado. Y si bien es cierto que tenía conocimiento de ella, el trato cotidiano en el país lo hizo estudiar más detenidamente el sistema y sobre todo como calzaba o no con sus estudios previos, hechos sobre bases distintas. Fruto de ese replanteo teórico es su gran obra *Teoría general del Derecho y del Estado*, publicada en inglés en 1945, bajo el auspicio de la Universidad de Harvard y traducida con posterioridad a varios idiomas (la excelente traducción castellana debida a Eduardo García Máynez eliminó, lamentablemente, un importante anexo y un útil repertorio bibliográfico que figuran en la edición original).

Pero Kelsen, estando como profesor visitante en el Wesley College, aprovechó la oportunidad para estudiar el control constitucional tal como funciona en los Estados Unidos, bajo el nombre genérico de “judicial review” y compararlo con el sistema austríaco, que en esa época era el único referente sobre el modelo concentrado, no obstante que había sido eliminado en aquel momento y solo renacería con fuerza tras la Segunda Guerra Mundial.

El breve texto que Kelsen preparó en aquel entonces fue publicado en inglés en 1942, y de ahí se han hecho también las traducciones existentes, pues no se conocen los originales ni tampoco otro idioma en el cual lo hubiera escrito o aprobado. El texto es breve, sencillo y además muy claro sobre lo que piensa el autor, que termina inclinando su opinión sobre la superioridad, por lo menos teórica, del modelo concentrado que él contribuyó a crear y del que fue su teórico más solvente.

La primera vez que este breve ensayo se publicó en castellano, fue en 1993, y apareció en Lima como traducción mía. Y luego se reprodujo en diversos lugares. En esta oportunidad, he revisado nuevamente toda la traducción realizada entonces y le he introducido numerosas variantes y mejoras, que creo que afinan el texto sustancialmente, si bien Kelsen,

fue aquí muy claro y sin muchos rebuscamientos. A Luis Elguera debo agradecer sus valiosas sugerencias para mejor precisar ciertos pasajes.

Los datos bibliográficos son los siguientes:

- a) El texto original se publicó en *The Journal of Politics*, vol. 4, mayo de 1942, núm. 2, pp. 183-200. El título es el siguiente: “*Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*”. A continuación, se agrega el nombre del autor, seguido de la frase: *Wellsley College*, en donde Kelsen se encontraba en aquel momento.
- b) La versión en italiano fue publicada con el siguiente título: “*Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*”. El ensayo se encuentra incluido en el volumen siguiente: Hans Kelsen, *La Giustizia Costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 1981. Traducción de Carmelo Geraci y Prólogo de Antonio La Pergola (pp. 301-313).
- c) La traducción al francés es la siguiente: “*Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine*”. Traducción de Louis Favoreu. Publicado en la *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990 (pp. 17-30).
- d) La traducción al portugués es la siguiente: “*O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)*”, en Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003. Traducción de Eduardo Brandão (pp. 299-319).

La primera traducción al castellano tiene la siguiente ficha:

“El control de constitucionalidad de las leyes. Análisis comparado de las constituciones austríaca y norteamericana”. Publicada en “*Ius et Veritas*”, Lima, núm. 6, junio de 1993, pp. 81-90. Traducción de Domingo García Belaunde.

Este mismo texto fue reproducido en las publicaciones siguientes:

- a) “Dereito”, editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, vol. IV, núm 1, 1995, pp. 213-231, con Nota Introdutoria de Francisco Fernández Segado.
- b) “El Derecho”, Buenos Aires, lunes 14 de febrero de 1994, pp. 1-5, con Nota de Presentación de Germán J. Bidart Campos.
- c) “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, México, núm. 12, Julio-Diciembre de 2009.

La versión que ahora se publica ha sido nuevamente revisada.

Lima, diciembre de 2011.

**Domingo García Belaunde**

## I

La Constitución austríaca que aquí se analiza, es la del 1º de octubre de 1920, tal como estaba en vigor hasta el 1º de enero de 1930. En aquel día, el texto de la Constitución fue oficialmente publicado por decisión del Canciller austríaco en el *Bundesgesetzblatt für die Republik österreich* (la Gaceta Oficial en donde se publican obligatoriamente las leyes). Todas las reformas posteriores no serán consideradas aquí, porque fueron promulgadas bajo un régimen semifascista y tenían la tendencia de restringir el control democrático de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución austríaca vigente en 1920-30, estableció garantías para asegurar la constitucionalidad, no solo de las leyes, sino también de los reglamentos. Estos últimos eran normas jurídicas generales sancionadas por los órganos administrativos y no por el Parlamento, o sea, el órgano legislativo. En Austria, como en otros países de la Europa continental, estos reglamentos desempeñaron un papel más importante que en los Estados Unidos. Había dos clases de reglamentos: los basados en las leyes, cuya función era ejecutar las leyes, permitiendo su aplicación; y reglamentos que, como las leyes, eran sancionados directamente “sobre la base de la Constitución”, vale decir, expedidos en lugar de las leyes. La importancia de los reglamentos se debe a la singular posición que ocupan las autoridades administrativas en los sistemas jurídicos de la Europa continental. Allá éstas tienen, en su capacidad de órganos aplicadores de leyes, el mismo rango que los tribunales. El acto administrativo tiene en principio el mismo efecto jurídico que una decisión judicial. Además, las autoridades administrativas, especialmente las más altas como el jefe de Estado y los ministros, tienen el poder para expedir normas jurídicas generales, y estas normas, los reglamentos administrativos, tienen el mismo efecto legal que las leyes. Por lo tanto, las autoridades administrativas no solo son órganos que aplican las leyes, sino que también crean Derecho y tienen una competencia que tiene el mismo carácter que la de los órganos legislativos.

Los reglamentos expedidos “directamente sobre la base de la Constitución” pueden ser inconstitucionales del mismo modo que las leyes. Los reglamentos expedidos “sobre la base de las leyes” serán ilegales si es que no concuerdan con la ley. Desde que la Constitución prevé que los reglamentos expedidos sobre la base de las leyes tienen que guardar concordancia con éstas, la promulgación de un reglamento ilegal será una violación de la Constitución. La ilegalidad de reglamentos promulgados sobre la base de leyes, será de una inconstitucionalidad indirecta.

En tal sistema jurídico, el control de constitucionalidad de los reglamentos es aún más importante que el que se aplica a las leyes, pues el peligro de que los órganos administrativos excedan los límites de su poder de crear normas jurídicas generales, es mucho mayor que el peligro de una ley inconstitucional.

Tan pronto como los órganos administrativos de los Estados Unidos, en el curso de su actual evolución política y económica, hayan logrado una posición jurídica similar a los órganos administrativos de la Europa continental, el problema de la constitucionalidad de los reglamentos desempeñará un papel mucho más importante en este país, de lo que ha sido hasta ahora.

## II

La constitucionalidad de las leyes (tomando este término en su más amplio sentido e incluyendo también la promulgación de reglamentos) puede ser garantizada de dos maneras diferentes: responsabilidad personal del órgano que ha promulgado una norma inconstitucional y la no aplicación de la norma inconstitucional. La Constitución austríaca ha tomado en cuenta las dos. Solo la segunda es de interés aquí. La no aplicación de la norma inconstitucional podría ser efectuada autorizando a los órganos que aplican las leyes para que verifiquen la constitucionalidad de la norma que tendrían que aplicar en un caso concreto, rehusando su aplicación si encontraran que dicha norma es inconstitucional. Esta es en principio la situación jurídica en los Estados Unidos. El hecho de que el órgano que aplica las leyes, declare



que una norma general es inconstitucional y no la aplique en un caso dado, significa que este órgano está autorizado para invalidar la norma general en un caso concreto; pero solo para el caso concreto pues la norma como tal —la ley, el reglamento— conserva su validez y puede, por tanto, ser aplicada en otros casos. La desventaja de esta solución consiste en el hecho de que los distintos órganos que aplican las leyes, pueden tener diferentes opiniones respecto a la constitucionalidad de una ley<sup>(1)</sup> y que, por tanto, un órgano puede aplicar la ley porque la considera constitucional, mientras que otro puede negarse a aplicarla basándose en su alegada inconstitucionalidad. La ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley es constitucional —por ejemplo, si es que la Constitución es violada o no— es un gran peligro para la autoridad de la Constitución.

Antes de que la Constitución de 1920 entrara en vigencia, los tribunales austríacos tenían la facultad de verificar la constitucionalidad de las leyes solo en lo referente a la correcta publicación de éstas. El poder de los tribunales para apreciar la legalidad y la constitucionalidad de los reglamentos, sin embargo, no estaba restringido. El control constitucional de las leyes era, por lo tanto, posible solo dentro de límites muy estrechos. Ensanchar esta institución fue una de las metas de la reforma constitucional de 1920. No se consideró aconsejable conceder a cada tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro arriba mencionado, de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales, era demasiado grande; porque en Austria, al igual que en otros países de Europa continental, las autoridades administrativas no tenían poder para verificar la constitucionalidad de las leyes y por lo tanto estaban obligadas a aplicar una ley aun si una corte, por ejemplo, la Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*) hubiera declarado una ley como inconstitucional. Se debe agregar que en Austria, como en muchos otros países europeo-continentales, había otros tribunales además de los ordinarios, especialmente administrativos, que ocasionalmente tenían

---

(1) La palabra “ley” será usada en adelante en un sentido amplio, incluyendo también los reglamentos, salvo que se efectúe una expresa distinción entre ambos.

que aplicar las mismas leyes que los tribunales ordinarios. Por tanto, no estaba descartada una contradicción entre tribunales administrativos y tribunales ordinarios. El hecho más importante, sin embargo, es que en Austria las decisiones de la corte ordinaria más alta, la llamada *Oberster Gerichtshof*, en relación a la constitucionalidad de una ley o un reglamento no tenían fuerza obligatoria sobre los tribunales o jueces de inferior jerarquía. Estos últimos no estaban prohibidos de aplicar una ley que la *Oberster Gerichtshof* hubiera previamente declarado inconstitucional y que se hubiera, por tanto, negado a aplicarla en un caso concreto. La misma *Oberster Gerichtshof* no estaba obligada por la regla del *stare decisis*. En consecuencia, la misma ley que la Corte había declarado inconstitucional en un caso dado, podría ser declarada constitucional por la misma Corte y ser aplicada en otro caso distinto. Por estas razones, una centralización del control constitucional de las leyes era altamente deseable en salvaguardia de la autoridad de la Constitución.

La Constitución austríaca de 1920 en sus artículos 137-148, estableció esta centralización, reservando el control constitucional de las leyes a una corte especial, el llamado Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Al mismo tiempo, la Constitución confirió a este Tribunal el poder de anular la ley que hubiera encontrado inconstitucional. No siempre era necesario anular la ley completa, si la decisión inconstitucional podía ser separada del resto del articulado de la ley. En esta hipótesis, el Tribunal podía anular solo esta provisión. La decisión del Tribunal invalidando la ley o una parte de ella, lo era no solo para el caso concreto, sino en general para todos los casos futuros. Tan pronto como la resolución judicial entraba en vigencia, la ley anulada dejaba de existir. La resolución judicial del Tribunal de anular era efectiva en principio solo *ex nunc*; no tenía —con una excepción de la cual hablaré más adelante— fuerza retroactiva. Esta fuerza retroactiva difícilmente podría ser justificada, no solo por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador constitucional y este también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuanto estuviese sometido en este

aspecto al control judicial. Mientras el Tribunal no declare inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en su acto legislativo, tiene que ser respetada.

La regla por la cual la decisión del Tribunal Constitucional que anula una ley no tiene fuerza retroactiva, tenía sin embargo, una excepción. La ley anulada por el Tribunal no debía aplicarse a aquello que motivó el control constitucional y la subsiguiente anulación de la ley. Como este caso ocurrió antes de la anulación, ésta tenía con respecto a este caso, un efecto retroactivo. La sentencia de anulación se torna efectiva el día de su publicación, a menos que el Tribunal provea una prórroga. Esta prórroga no podía exceder de un año (art. 140, pár. 3) y permitía al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva y constitucional, antes que la anulación sea efectiva. Si el caso que dio ocasión al control constitucional de la ley fuera decidido antes de que la anulación entrara en vigencia, la ley anulada tendría que ser aplicada a este caso. Entonces, la anulación no tendría efecto retroactivo con respecto a este caso tampoco.

La decisión del Tribunal Constitucional por la cual una ley era anulada, tenía el mismo carácter que una ley que abroga otra ley. Era un acto de legislación negativa. Puesto que la Constitución confería al Tribunal Constitucional una función legislativa, esto es, una función que en principio estaba reservada al Parlamento, la Constitución austríaca de 1920 preveía que los miembros del Tribunal Constitucional fueran elegidos por el Parlamento, a diferencia de los otros jueces, que eran nombrados por la Administración. El Parlamento austríaco estaba, de conformidad con el carácter federal de la Constitución, compuesto por la Cámara de Diputados (*Nationalrat*) y por el Senado (*Bundesrat*). En ese sentido, el Presidente, el Vice-Presidente y la mitad de los jueces del Tribunal eran elegidos por la Cámara Baja, mientras que la otra mitad lo era por el Senado (art. 147). Esta forma de constituir el Tribunal, fue aceptada para que este fuera lo más independiente posible de la Administración. Esta independencia era necesaria porque el Tribunal tenía el control sobre los distintos actos de la Administración, especialmente

el control judicial de los reglamentos expedidos por el jefe de Estado, el Primer Ministro y los demás Ministros, y el poder de expedir estas normas era de la mayor importancia política. Por un mal uso de este poder, la Administración podría fácilmente suprimir el Parlamento y así eliminar la base democrática del Estado<sup>(2)</sup>.

La reforma de la Constitución austríaca en 1929, no fue en lo sustancial dirigida contra el Tribunal Constitucional porque hubiera un conflicto entre este último y la Administración. La modificación no alteró la jurisdicción del Tribunal, sino que dispuso que sus miembros ya no fueran elegidos por el Parlamento, sino nombrados por la Administración (pár. 65 de la Ley Federal de 7 de diciembre de 1929, BGB 1 N° 392).

El antiguo Tribunal fue, de hecho, disuelto y reemplazado por uno nuevo cuyos miembros casi en su mayoría, eran partidarios del Gobierno. Este fue el comienzo de una evolución política que inevitablemente tenía que llevarlos al fascismo y que fue responsable de que la anexión de Austria por los nazis no encontrase ninguna resistencia.

### III

Aunque los tribunales en los Estados Unidos solo tienen el poder para negarse a aplicar una ley que ellos declaran inconstitucional en un caso concreto, el peligro de una práctica contradictoria por los órganos que aplican las leyes, no es aquí tan grande como lo fue en Austria antes de que se estableciera el Tribunal Constitucional. En primer lugar, puesto que en este país (Estados Unidos) no hay órganos administrativos que sean independientes de los tribunales, la fuerza

---

(2) La utilización abusiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al Gobierno a promulgar reglamentos, fue el camino a través del cual el carácter democrático de la República fue destruido en Alemania, y preparó el ascenso del nacional-socialismo al poder. Es de notar que la semifascista Constitución austríaca de 1934 fue sancionada por un reglamento del Gobierno (Vdg. v. 24. abril, 1934, B.I. 239).

vinculante de un acto administrativo (especialmente, una orden, un decreto, etc.) depende en última instancia de la decisión de un tribunal al cual el individuo involucrado en el acto administrativo puede apelar. Además, no hay tribunales administrativos distintos de los ordinarios. En tercer lugar, las decisiones de la Corte Suprema son obligatorias para todos los demás tribunales.

En la medida que los tribunales norteamericanos se consideran atados a las sentencias de la Corte Suprema, una decisión de esta Corte negándose a aplicar una ley en un caso concreto por ser inconstitucional, tiene prácticamente el mismo efecto que la anulación general de la ley. Pero la regla del *stare decisis* no es un principio absoluto. No está claro hasta qué punto se la reconoce como válida. Sobre todo se asume que no es válida en el caso de una interpretación de la Constitución. “*Las cuestiones constitucionales siempre están abiertas a la investigación*”<sup>(3)</sup>. Por tanto, es posible que la Corte Suprema declare constitucional a una misma ley en un caso e inconstitucional en otro caso y viceversa. Lo mismo es cierto en cuanto concierne a otros tribunales. Y, de hecho, tales situaciones han ocurrido<sup>(4)</sup>. No se excluye tampoco la posibilidad de que un tribunal inferior, particularmente una corte de un Estado, decida la cuestión de la constitucionalidad de una ley sin tener en cuenta un caso llevado ante la Corte Suprema y que la Corte Suprema en otro caso, analizando la misma ley, adopte una decisión distinta. Entonces el principio de *res iudicata* hace imposible al otro tribunal adaptar su decisión anterior a la de la Corte Suprema.

Es también objeto de controversia si la ley que la Corte Suprema ha declarado inconstitucional tiene que ser considerada nula *ab initio*. Tal interpretación de la decisión de la Corte Suprema significaría que esta decisión anula la ley en general y con fuerza retroactiva, de manera tal que todos los efectos que la ley tuvo antes, son abolidos. Dentro

(3) *O.V. y S.K.R.R. v. Morgan County*, 53, Mo. 156 (1873).

(4) Por ejemplo: *Denney v. State*, 144 Ind. 503, 42 N.E. 929 (1896); *McCullum v. McCounoughy*, 141 Iowa 172, 119 N.W. 539 (1909).

de un sistema de Derecho positivo no hay nulidad absoluta. No es posible caracterizar como nulo *a priori* (nulo *ab initio*) un acto que se presenta a sí mismo como un acto jurídico. Solo es posible la anulación de un acto; el acto no es nulo, es solo anulable. Porque afirmar que un acto es nulo no es posible sin otra decisión: responder la pregunta de quién es competente para establecer la nulidad del acto. Desde que el ordenamiento jurídico —para evitar la anarquía— da facultades a ciertas autoridades para decidir si un acto es nulo, esta declaración siempre tiene un carácter constitutivo, no declarativo. El acto es “nulo” solamente si la autoridad competente lo declara nulo. Esta declaración es una anulación, una invalidación. Antes de esta declaración el acto no es nulo, porque ser “nulo” significa que jurídicamente no existe. Y un acto debe existir legalmente, para que pueda ser objeto de juicio por la autoridad. La anulación puede ser retroactiva; y el ordenamiento jurídico puede autorizar a cada persona para declarar la nulidad del acto, vale decir, anular el acto con fuerza retroactiva. Pero, normalmente solo ciertos órganos de la comunidad jurídica están autorizados para establecer la “nulidad” de actos que se presentan a sí mismos como actos jurídicos.

En la práctica, resulta imposible considerar una ley promulgada por un legislador constitucional como absolutamente nula o “nula *ab initio*”. Solo los tribunales tienen el poder de decidir la cuestión de si una ley es inconstitucional. Si otra persona se niega a obedecer una ley promulgada por el legislador porque cree que la ley es inconstitucional, está actuando bajo el riesgo de que el tribunal competente considere su conducta ilegal, si los jueces consideran que la ley es constitucional. Desde un punto de vista legal, solo la opinión de los jueces es la decisiva. Por lo tanto, la ley debe ser considerada válida mientras no sea declarada inconstitucional por un tribunal competente. Tal declaración tiene, por lo tanto, siempre un carácter constitutivo, no declarativo. Pero el acto por el cual un tribunal declara inconstitucional una ley, puede, de acuerdo con la Constitución abolir la ley con fuerza retroactiva. En este caso, la decisión judicial tiene, como lo hemos señalado antes, el carácter de un acto legislativo. Los actos legislativos con fuerza retroactiva son, sin embargo, difícilmente compatibles con la prohibición

de la Constitución norteamericana, de acuerdo a la cual ninguna ley *ex post facto* será aprobada. Pero esta interpretación que excluye la teoría “nula *ab initio*” no es generalmente aceptada.

Sin embargo, las personas que consideran una ley inconstitucional, e inician un proceso judicial con el propósito de lograr una decisión judicial que declare inconstitucional esa ley, muy a menudo rehúsan obedecer la ley antes de que la sentencia sea dictada. Hacen esto confiados en que la sentencia tendrá efecto retroactivo. Incluso el Gobierno reconoce esta actitud que es sumamente cuestionable desde un punto de vista jurídico; el Gobierno mismo toma en cuenta el eventual efecto retroactivo de una decisión judicial que declare inconstitucional una ley. Este fue, por ejemplo, el caso de un proceso que comprometía la constitucionalidad de la *Public Utility Holding Company Act* de 1935, cuya constitucionalidad fue cuestionada en un gran número de procesos judiciales. Las disposiciones de la ley fueron de hecho ignoradas por las partes interesadas desde el primer momento en que la ley entró en vigencia, mucho antes de que la cuestión constitucional fuera decidida por los tribunales. ¿Cuál fue la actitud del Gobierno durante este tiempo? El 9 de octubre de 1935, la Comisión de Valores y Cambios “promulgó su Regla 4 bajo el Holding Company Act, para que las empresas tenedoras de acciones puedan registrarse bajo la ley y a la vez reservar todos sus derechos constitucionales o legales y además que si esta reserva fuera considerada no válida, los registrados puedan escoger que su registro fuera considerado nulo. El 21 de noviembre de 1935, el Ministro de Justicia (Attorney General) dio la orden a sus procuradores en todo el territorio, para que no intentasen poner en vigencia las provisiones penales de la ley hasta que su constitucionalidad fuera asegurada. El mismo día, el Director General de Correos notificó a todos los directores de correos que las compañías holding del Sector Público que no se registraran, tendrían sin embargo, el derecho de continuar usando los servicios de correos hasta que la Corte Suprema hubiera finalmente determinado la validez de la ley”<sup>(5)</sup>.

(5) Chester T. Lane, *The Litigation involving the Constitutionality of the Public Utility Holding Company Act of 1935*. Ponencia leída en la Reunión Anual de la Asociación Norteamericana de Ciencia Política (*American Political Science Association*), diciembre 30, 1941.

Estas medidas fueron justificadas por la intención del Gobierno “de reducir al mínimo el gravamen del efecto retroactivo de una posible decisión final a favor de la constitucionalidad de la ley”<sup>(6)</sup>. Se aplica un efecto retroactivo incluso a una decisión judicial que declara que una ley es constitucional. Esto significa que la opinión de cualquier persona concerniente a la constitucionalidad de una ley sancionada por el legislador, puede tener algún efecto legal sobre la validez de esta ley, si el particular cuestiona la constitucionalidad de esta ley en un proceso, y aun si tiene como resultado que la ley sea declarada constitucional. Es muy difícil definir con exactitud el efecto legal que tiene el hecho de que un particular cuestione la constitucionalidad de una ley en un juicio, en especial, el efecto legal sobre su validez durante el tiempo previo a la sentencia. La sola demanda judicial no invalida ni confirma la validez de la ley. Lo único que podemos decir es que cualquier litigio en el cual se cuestiona la constitucionalidad de una ley, crea un período de duda e incertidumbre concerniente a la validez de la ley y a sus efectos jurídicos. Esto es, desde el punto de vista de la técnica jurídica, nada satisfactorio.

Al no existir en la Constitución una provisión clara, todas las cuestiones concernientes al efecto de una ley inconstitucional pueden ser respondidas de formas contradictorias. Evitar esta incertidumbre fue una de las razones que llevaron a la centralización del control jurisdiccional de la ley en Austria e investir en el Tribunal Constitucional la competencia para abolir la ley inconstitucional en general, y no solo para un caso concreto. La práctica actual en los Estados Unidos tiene el mismo objetivo, pero lo persigue por medios jurídicamente imperfectos.

La diferencia más grande entre la Constitución norteamericana y la austríaca radica en el procedimiento por el cual una ley es declarada inconstitucional por el órgano competente. De acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos, el control constitucional solo es posible en el curso

---

<sup>(6)</sup> *Ibid.*



de un proceso, cuya meta principal no es necesariamente la declaración de la inconstitucionalidad o de la constitucionalidad de una ley.

Esta cuestión solo puede presentarse incidentalmente, cuando una parte sostiene que la aplicación de una ley en un caso concreto es una violación ilegal de sus intereses, porque la ley es inconstitucional. Por lo tanto, en principio solamente la violación del interés de un particular pone en movimiento el procedimiento del control constitucional. El interés en la constitucionalidad de la legislación es, sin embargo, un interés público que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas. Es el interés público el que merece la protección de un proceso específico, en conformidad con su carácter especial. Las desventajas que resultan por la falta de tal proceso son ampliamente reconocidas en la literatura jurídica norteamericana<sup>(7)</sup>. La Ley del 24 de agosto de 1937 “*para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa a la Corte Suprema Federal y la regulación de la expedición de injunctions*”<sup>(\*)</sup> en algunos casos referentes a la constitucionalidad de leyes del Congreso, y para otros propósitos” también reconoce el interés público en el control jurisdiccional de las leyes; pero solo alcanza a las leyes federales. Esta Ley concede al Gobierno federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares y convertirse en una de las partes para la presentación de pruebas y para argumentar sobre la cuestión constitucional, cada vez que la constitucionalidad de cualquier ley del Congreso que afecte el interés público, sea traída a discusión. La ley concede al Gobierno el derecho de recurrir ante la Corte Suprema de una sentencia por la cual una ley federal es declarada inconstitucional y busca acelerar las decisiones finales de la Corte Suprema en tales casos. Finalmente, la Ley de 1937 busca impedir la concesión de *injunctions* por un solo juez para detener la aplicación de una ley del Congreso sobre la base

(7) Cf. Oliver P. Field, *The Effect of an Unconstitutional Statute* (Minneapolis, 1935).

(\*) Ordenes o mandatos judiciales similares a las medidas cautelares de los sistemas romanistas. (N. del T.)

de que su inconstitucionalidad ha sido alegada<sup>(8)</sup>. Pero todo esto está previsto por la Ley de 1937 solamente para defender la validez de las leyes sancionadas por el Congreso, para hacer más difícil una decisión judicial por la cual una ley federal es declarada inconstitucional, pero no para promover la anulación de leyes inconstitucionales.

A la desventaja de que el control de constitucionalidad pueda operar solo incidentalmente, lo que quiere decir, en el curso de un proceso que sirve principalmente para otros propósitos, hay otra desventaja que está conectada con el carácter federal de los Estados Unidos. El Gobierno federal puede iniciar un proceso legal contra un Estado en el curso del cual la constitucionalidad de una ley de ese Estado puede ser disputada. Pero los Estados, aunque pueden ser enjuiciados por el Gobierno federal, no pueden enjuiciar a este último. Un Estado que desea que una ley federal sea declarada inconstitucional, puede lograr esto solamente por un rodeo legal, quiere decir, por una acción contra un funcionario federal; y además el interés del Estado como parte demandante debe ser más que un simple interés político o constitucional, por ejemplo, el Estado debe ser propietario o tener un interés en asuntos que son *res communes*, etc.

Fue especialmente la experiencia constitucional de los Estados Unidos, la que influenció en la forma como se ha regulado esta cuestión en la Constitución austríaca. De acuerdo a esta Constitución se abrieron dos caminos que conducen a un control constitucional; uno indirecto y otro directo. Primero, una parte privada podía sostener en el curso de un procedimiento administrativo que uno de sus derechos concedidos por la Constitución había sido violado por un acto administrativo, porque este acto a su vez estaba basado en una ley inconstitucional. La demanda podía ser presentada ante el Tribunal Constitucional, pero solo después de que el caso hubiera seguido todas las etapas del proceso administrativo hasta agotarlo. El Tribunal decidía la cuestión de

---

(8) Alexander Holtzoff, *The Judiciary Act of 1937*. Ponencia leída en la Reunión Anual de la Asociación Norteamericana de Ciencia Política (*American Political Science Association*), diciembre 30, 1941.

la inconstitucionalidad de la ley solo incidentalmente. Pero el Tribunal instituía este proceso por propia decisión y solo si tenía dudas sobre la constitucionalidad de la ley. Los particulares solo pueden sugerir el control de constitucionalidad; no tienen el derecho de exigirlo.

En los procesos ante los tribunales, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes fue tratada de un modo diferente al de los reglamentos. La inconstitucionalidad de los reglamentos podía ser alegada por una de las partes en cualquier proceso judicial, pero el control constitucional se llevaba a cabo solamente si el tribunal tenía dudas respecto a la aplicabilidad de la norma reglamentaria. El tribunal tenía que discontinuar este proceso en este supuesto y dirigirse al Tribunal Constitucional para la anulación del reglamento. El proceso ante el Tribunal Constitucional estaba dedicado únicamente a esta cuestión.

La inconstitucionalidad de las leyes podía ser demandada solamente ante el *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) o ante la *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa), porque solamente estas cortes podían interrumpir un proceso y recurrir al Tribunal Constitucional para la anulación de la ley, si es que dudaban de su constitucionalidad. La Corte Suprema y la Corte Administrativa procedían *ex officio*. Ellas no estaban obligadas a acceder a las respectivas peticiones de las partes.

Desde que el Tribunal Constitucional también tenía asuntos que decidir distintos a la constitucionalidad de leyes y reglamentos, este Tribunal también podía discontinuar el trámite procesal en tales asuntos, si es que tuviese dudas respecto de la constitucionalidad de la ley o del reglamento que tenían que ser aplicados a dichos casos. La interrupción del proceso procedía a fin de habilitar al Tribunal en un proceso especial para verificar la constitucionalidad de la ley o el reglamento respectivo.

En todos estos casos en los cuales el control constitucional era obtenido en forma indirecta, los tribunales habilitaban ese procedimiento *ex officio*. Las partes podían solamente llamar la atención de los jueces sobre el problema de la constitucionalidad de las leyes o de los reglamentos. No tenían derecho a exigir tal proceso. Era exclusivamente

el interés público protegido por los tribunales y no el interés privado de las partes, lo que era decisivo desde el punto de vista del proceso.

Si el Tribunal Constitucional declaraba que la ley sometida a su revisión era inconstitucional, la Corte que planteó la solicitud para la revisión o el Tribunal Constitucional mismo, no podían aplicar la ley en el caso que diera motivo para la anulación de esta ley. En este ejemplo, la anulación tenía fuerza retroactiva, como ya lo hemos señalado. Esta fuerza retroactiva, excepcionalmente otorgada al proceso de anulación, era una necesidad técnica, porque sin ella, las autoridades encargadas de la aplicación de la ley (es decir, los jueces de la Corte Suprema y de la Corte Administrativa, respectivamente) no hubieran tenido un inmediato y en consecuencia, suficiente y convincente interés en provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Las autoridades que hacen la solicitud al Tribunal Constitucional para el control constitucional de una ley, tenían que saber que su solicitud, si es que lograba anular la ley, tenía un efecto inmediato sobre su propia decisión en el caso concreto en el cual ellos interrumpieron el proceso para obtener la anulación.

El camino directo que llevaba al control constitucional de las leyes era el siguiente: La Constitución autorizaba al Gobierno Federal para pedir al Tribunal Constitucional la anulación de una ley estatal o reglamento decretado por una autoridad administrativa de un Estado; y los gobiernos de los Estados estaban asimismo autorizados a hacer tal demanda para la anulación de una ley federal o de un reglamento sancionado por una autoridad administrativa de la Federación. Esta solución del problema se debía al carácter federal de la República austríaca. Por razones políticas fue necesario reconocer que la Administración federal y las administraciones de los Estados tenían la misma igualdad con respecto al control constitucional de las leyes. De acuerdo con la Constitución austríaca, las leyes federales no podían entrar en vigencia, excepto con la colaboración de la Administración federal, y con la promulgación de la ley por el Presidente, pero sin la interferencia de la Administración de los Estados. Del mismo modo, las leyes de los Estados no podían entrar en vigencia sin la colaboración

de la Administración del respectivo Estado, pero podían hacerlo sin la interferencia de la Administración federal. Por tanto, era superfluo concederle a la Administración federal el derecho de cuestionar la constitucionalidad de las leyes federales y a las administraciones de los Estados la posibilidad de plantear la constitucionalidad de las leyes de los Estados. La Administración federal tenía que negarse a promulgar cualquier proyecto de ley votado por el Parlamento federal si es que ella consideraba este proyecto de ley como inconstitucional. El hecho de que una ley federal entrara en vigencia significaba que la Administración federal aceptaba la responsabilidad total por la constitucionalidad de la ley. Lo mismo era cierto para las leyes de los Estados con respecto a la Administración de los Estados. Por lo tanto, era posible conceder a la Administración federal la iniciativa de plantear el control constitucional solo de la legislación de los Estados y a la Administración estatal la iniciativa de plantear el control constitucional, pero solo de la legislación de la Federación.

#### IV

Cuando la Constitución de 1920 se elaboraba, otros dos métodos para poner en movimiento el control de constitucionalidad de las leyes fueron discutidos. El primero fue concederle a cada ciudadano el derecho de hacer una petición directa al Tribunal Constitucional, que así quedaba obligado a examinar la validez de la ley. Era una especie de *actio popularis* en cuestiones constitucionales. La segunda posibilidad era la de crear en el Tribunal Constitucional la oficina de un Procurador General a cargo de la protección de la Constitución. Su función hubiera sido la de examinar todas las leyes federales y estatales y someter a la consideración del Tribunal Constitucional aquéllas de dudosa constitucionalidad. Ninguno de estos dos métodos fue aceptado. Con respecto a la protección de las minorías, una tercera posibilidad se puede mencionar: a saber, la propuesta de conceder a una minoría el derecho de plantear la constitucionalidad de la ley adoptada por la mayoría, mediante una demanda presentada al Tribunal Constitucional.

Finalmente, quisiera mencionar dos dispositivos de la Constitución austríaca que posiblemente pueden ser de interés para los juristas norteamericanos. Cuando una ley es anulada en los Estados Unidos, surge la cuestión respecto a la situación legal creada por dicha anulación con relación al asunto que estaba regulado por la ley anulada. Debemos distinguir dos posibilidades: la primera es que la ley anulada ha regulado una materia que en el momento que la ley entró en vigencia, no estaba todavía legalmente regulada. Por ejemplo: una ley que prohíbe la producción y venta de ciertos equipos de radio ha sido anulada. Antes que esta ley entrara en vigencia, la producción y venta de equipos de radio no estaba reglamentada por ninguna norma. Las personas estaban completamente libres en este aspecto. La segunda posibilidad es que la ley anulada haya reemplazado a una ley anterior, o a una norma del *common law* que regulaba el mismo asunto. Por ejemplo, una ley por la cual la producción y venta de equipos de radio estaba prohibida, pero sancionada con penas muy leves. En el primer caso, la anulación de la ley tiene el efecto de restablecer el estado legal que existió antes de que la ley fuera abrogada. Pero esto no es así en el segundo caso. Aquí la situación legal que existió antes de la aprobación de la ley anulada, por ejemplo, la ley anterior regulando la producción y venta de ciertos equipos de radio, no es automáticamente restituida. La ley anterior, o la previa norma del *common law*, han sido derogadas por la última norma, que a su vez fue anulada. Pero esta ley no es, como hemos señalado, nula *ab initio* sino solo invalidada por una decisión de la Corte Suprema. Por medio de la anulación de la última ley que prohibía la producción y venta de ciertos equipos de radio, la producción y venta de estos equipos de radio queda exenta de toda reglamentación.

Este efecto de la anulación puede ser muy poco deseable y puede ir más allá del interés en la defensa de la Constitución. En los casos donde una ley que ha sido anulada por ser inconstitucional, ha reemplazado a una ley anterior o una norma del *common law* que regulan el mismo asunto, es mejor dejar que la primera ley o la previa norma del *common law* anteriormente válidas, sean restablecidas antes que tener un *status* legal que deja el asunto libre de toda regulación. El restablecimiento

de la primera ley o de la anterior norma del *common law* no es posible sin una disposición expresa de la Constitución que atribuya este efecto a los fallos de nulidad del Tribunal. Para evitar semejantes situaciones, la Constitución austríaca contenía el siguiente dispositivo: “*Si por una decisión del Tribunal Constitucional una ley o una parte de ella ha sido anulada sobre la base de su inconstitucionalidad, las normas jurídicas derogadas por la ley mencionada entran en vigencia simultáneamente con la decisión del Tribunal Constitucional, a menos que éste estipule lo contrario*”.

En esta forma, una decisión del Tribunal Constitucional por la cual no solo una ley fue anulada sino también una norma anterior fue restaurada, no era solo un acto negativo de legislación, sino uno positivo.

En la medida que concierne a la práctica norteamericana, quisiera llamar la atención de los juristas sobre la siguiente dificultad: si la teoría “*nula ab initio*” no es aceptada —y muchos abogados norteamericanos acreditados no la aceptan<sup>(9)</sup>— entonces es imposible mantener la opinión de que una decisión judicial por la cual una ley es declarada inconstitucional, tiene el efecto automático de revalidar una ley anterior. Si un tribunal norteamericano declara que la ley es inconstitucional y se niega a aplicarla en un caso concreto, el tribunal no tiene ninguna posibilidad legal de aplicar la ley anterior a ese caso. Solo si la ley que fue declarada inconstitucional por el tribunal fuera *nula ab initio* (y esto significa que la ley ha sido anulada con fuerza retroactiva) la ley anterior o la preexistente norma válida del *common law*, serían aplicables.

Pero la ley declarada inconstitucional con efecto retroactivo, no podría derogar la ley anterior, o mejor dicho, el efecto derogatorio de la

---

<sup>(9)</sup> Por ejemplo, el Presidente de la Corte Suprema (*Chief Justice*) Hughes en *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371 (1940). La mejor formulación del problema puede encontrarse en: *Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick. 87 (Mass., 1834), en la pág. 96: “Puede sin embargo, ponerse en duda que un acto formal de legislación, en estricta propiedad, sea declarado nulo; parece ser más consistente con la naturaleza del asunto y con los principios aplicables a casos análogos, tratarlos como anulables”.

ley declarada inconstitucional ha quedado anulado. Pero la teoría “nula *ab initio*” es —como hemos señalado— incompatible con el artículo I, sección 9, párrafo 3 de la Constitución (norteamericana).

El otro dispositivo de la Constitución austríaca que puede interesar a los juristas norteamericanos, autorizaba al Tribunal Constitucional a dar una opinión consultiva sobre las solicitudes que efectuasen el Gobierno federal o los gobiernos de los Estados. Este recurso, sin embargo, estaba limitado a la cuestión de si es que un cierto acto legislativo o de administración caía bajo la jurisdicción de la Federación o de los Estados miembros. Si era una cuestión de competencia legislativa, la petición hecha al Tribunal Constitucional tenía que contener el proyecto de ley que estaba siendo estudiado por el Legislativo. Si era una cuestión de competencia reglamentaria del Ejecutivo, el pedido al Tribunal Constitucional debía contener:

- a) El texto del proyecto de reglamento propuesto y el nombre de la autoridad que la expediría, o;
- b) En el caso de tratarse de otros actos de la Administración, la determinación de los hechos con respecto a los cuales, el acto en cuestión sería expedido<sup>(10)</sup>.

En los Estados Unidos los abogados siempre se han opuesto a conferir a los tribunales el poder de dar opiniones consultivas<sup>(11)</sup>. Otorgar esta competencia a los tribunales es considerada incompatible con el principio de la separación de poderes. Pero, este es un argumento contra toda la institución del control de la constitucionalidad de las leyes, que es una función legislativa y no meramente judicial.

<sup>(10)</sup> Art. 138, pár. 2 de la Constitución, pár. 53-56 de la Ley de 18 de diciembre de 1925, BGBl, n. 454.

<sup>(11)</sup> Cf. Felix Frankfurter, *Advisory Opinions*, en “*Encyclopedia of the Social Sciences*”, vol. 1, pp. 475-478. (New York, 1927).



# Debate en el Instituto Internacional de Derecho Público (París, 1928)

---

HANS KELSEN

## NOTA PRELIMINAR

Se reproducen aquí las actas de las dos sesiones llevadas a cabo en la sede del Instituto Internacional de Derecho Público en París, a las que asistió Kelsen a presentar y debatir su ponencia, que es la que precisamente se incorpora en este texto. Una tercera participación suya para debatir una ponencia de Jèze el día 22 de octubre en donde intervino dos veces no se incluye aquí, pues no tiene relación directa con el tema que nos ocupa.

Estas dos sesiones del 20 de octubre de 1928 (mañana y tarde) fueron publicadas en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* (Les Presses Universitaires de France, Paris, 1929, pp. 187-201). El mismo número del *Annuaire* publica la famosa ponencia de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, objeto precisamente de debate en el Instituto.

De estas dos sesiones, ha sido traducida únicamente la segunda y además en forma incompleta: la primera vez lo fue en el libro compilativo de Hans Kelsen, *La Giustizia Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981; la segunda en el libro igualmente compilativo de Kelsen titulado: *Jurisdição Constitucional*, Edit. Martin Fontes, São Paulo, 2003. No existe, de lo que sabemos, traducción al castellano.

Los textos de las actas me fueron proporcionados gentilmente por Alfonso Herrera García, con paciencia y pericia. La traducción del francés al castellano corrió a cargo de mi colega Luis García-Corrochano Moyano, con dedicación y esmero. A ambos mi sincero reconocimiento.

Lima, mayo de 2015.

**Domingo García Belaunde**

## INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO

### Sesión de 1928<sup>(1)</sup>

La sesión del Instituto Internacional de Derecho Público es abierta el 20 de octubre de 1928 a las 10:15 horas, en la Sala de Fiestas de la Facultad de Derecho (de la Universidad) de París, bajo la presidencia del profesor Gaston Jèze, Presidente del Instituto.

#### I) SESIÓN DEL SÁBADO 20 DE OCTUBRE, POR LA MAÑANA

La primera sesión se dedica exclusivamente a los asuntos administrativos. Conforme a los Estatutos, asisten solo los miembros del Consejo Directivo y los miembros titulares. Presentes: Señores Álvarez, Barthélemy, Duguit, Fleiner, Gascón y Marín, G. Jèze, Kelsen, Laun, Mirkine-Guetzévitch, barón Nolde, Politis, Romieu y Thoma.

El Presidente abre la sesión y da la palabra al Sr. Mirkine-Guetzévitch, Secretario general, que lee las excusas de los miembros impedidos de asistir a la sesión, así como el acta de la sesión del Consejo Directivo celebrado la víspera, 19 de octubre.

Respecto de la reelección del Consejo Directivo, el Presidente propone a la Asamblea del Instituto que, sin modificar los Estatutos y a título de simple práctica, el Consejo Directivo sea mantenido en funciones durante tres años. Esta proposición es aprobada.

Se procede enseguida a la elección de siete nuevos miembros asociados y de un miembro titular. Son elegidos por unanimidad de los miembros que votan personalmente o por correspondencia, como

---

(1) Las actas fueron redactadas por el Jefe del Servicio del secretariado del Instituto, Sr. Ch. Eisenmann, encargado de curso en la Facultad de Derecho de Caen, con la colaboración de la Sra. Jacqueline Ch. Rousseau, doctora en Derecho, de los Sres. René Capitant y Paul de Lapradelle, doctores en Derecho, y de los señores Léo Goldenberg y el barón Emmanuel Nolde.

miembros asociados, y a propuesta del Consejo Directivo: Los Sres. Burckhardt, profesor de la Universidad de Berna; González Calderón, profesor de la Universidad de Buenos Aires; Herrnritt, profesor de la Universidad de Viena; Pitamic, profesor de la Universidad de Liubliana; Scelle, profesor de la Universidad de Dijon; Stainoff, profesor de la Universidad de Sofía; Weyr, profesor de la Universidad de Brno.

Y es elegido miembro titular por unanimidad de los miembros que votan personalmente o por correspondencia, como miembro titular, a propuesta del Consejo Directivo, el Sr. L. Rolland, profesor de la Facultad de Derecho de París, Tesorero del Instituto.

El presidente hizo llegar al Sr. Rolland, a nombre del Instituto, la expresión de su más sincero pesar por la enfermedad que lo tiene alejado de los trabajos del Instituto.

El Sr. Mirkine-Guetzévitch da lectura a su informe sobre la actividad del Instituto desde su fundación:

1°. Conforme a los deseos expresados por la Asamblea en su primera sesión, el Secretario general ha comenzado a recopilar los textos constitucionales de los diferentes países por medio de los miembros del Instituto.

2°. El Secretario general expone que ha sido encargado por el Consejo Directivo de estudiar la posibilidad para el Instituto de publicar anualmente, con la colaboración de todos sus miembros, un *Anuario* que contenga todas las reformas constitucionales, las principales leyes que interesen al Derecho público, y las decisiones más importantes de la jurisprudencia constitucional y administrativa; las gestiones que ha emprendido permiten esperar el éxito del proyecto.

3°. El Secretario general indica que la mayoría de los miembros han enviado las reseñas solicitadas sobre su actividad científica, sus trabajos, cursos, conferencias, publicaciones, etc.

4°. Debe conocerse que el Instituto ha encontrado un apoyo particularmente importante de la prensa, tanto cotidiana como jurídica.

5°. Desde la fundación del Instituto, se tiene relaciones frecuentes de correspondencia con las diversas organizaciones nacionales e internacionales, especialmente con la Sección jurídica de la Sociedad de Naciones, con el Instituto de Cooperación Intelectual y con diversas Universidades y Facultades.

6°. Los particulares se dirigen usualmente al Instituto para obtener información, sea sobre cuestiones teóricas, sea sobre la bibliografía de Derecho Público; el Secretario general hace todo lo posible para satisfacer esos pedidos.

El Sr. Gaston Jèze insiste en el valor documental y científico único que tendrá el *Anuario* del Instituto y sobre la necesidad de que todos los miembros comuniquen al Secretario general los documentos que sean útiles a esa publicación.

El Tesorero se encontró, en razón de su estado de salud, en la imposibilidad de dar una cuenta definitiva; el Presidente propuso aprobar provisoriamente la cuenta aproximada presentada al Consejo Directivo del 19 de octubre. Se aprobó la proposición.

El Secretario general presenta un informe que, conforme a la decisión tomada en la sesión precedente, elaboró con la colaboración de los Sres. barón Nolde y Politis, sobre el Reglamento interno del Instituto. Luego de algunas enmiendas y bajo la reserva indicada por el Presidente de que las disposiciones del proyecto deben ser reagrupadas por el objeto, los diferentes artículos del Reglamento y luego el Reglamento en su conjunto son puestos al voto y aprobados.

La Asamblea examina enseguida la cuestión de la fijación de la fecha y del orden del día de la próxima sesión del Instituto en 1929. La Asamblea decide tener su próxima sesión la última semana de junio de 1929, y encargar al Consejo Directivo fijar la fecha exacta de instalación. El orden del día comprende la discusión de las ponencias siguientes:

*La Regla de Derecho y el Derecho Objetivo.* Ponente: Sr. L. Duguit.

*Valor teórico y práctico del principio de separación de poderes y su aplicación en el Derecho Público de los Estados modernos.* Ponente: Sr. Redlich.

*El alcance de las reglas de Derecho Constitucional sobre la celebración y ratificación de los tratados internacionales.* Ponentes: Sres. Politis y Schucking.

*La crisis de los gobiernos representativos y parlamentarios en las democracias modernas.* Ponentes: Sres. Barthélemy y Lawrence Lowell.

*La cuestión de referéndum y de la iniciativa popular.* Ponentes: Sres. Fleiner, Garner, Kelsen y Thoma.

*El papel político de las Comisiones parlamentarias.* Ponentes: Sres. Barthélemy, Kauffman, Merkl y Rolland.

Sobre la proposición del Sr. Álvarez, la Asamblea decide poner en la orden del día el estudio crítico de las *Declaraciones de Derechos del Hombre*, y sobre la proposición del Sr. Jèze, que las diferentes libertades individuales sean estudiadas sucesivamente, comenzando por *la Propiedad*. Ponentes: Sres. Álvarez, Fleiner, Gascón y Marín y Mirkine-Guetzévitch.

La sesión se levanta a las 11:30 horas.

## **II) SESIÓN PLENARIA DEL SÁBADO 20 DE OCTUBRE DE 1928, POR LA TARDE**

La sesión se abre a las 14:15 horas, por el Sr. Gaston Jèze, Presidente del Instituto.

Presentes: Señores Álvarez, Barthélemy, Bonnard, Duguit, Duez, Fleiner, Gascón y Marín, Gronski, Jèze, Kelsen, Laferrière, Laun, Mestre, Mirkine-Guetzévitch, barón Nolde, Romieu y Thoma.

El Sr. Jèze dio la bienvenida a los miembros presentes y agradeció en especial a los miembros extranjeros venidos de diferentes países.

El Sr. Mirkine-Guetzévitch dio lectura al acta de la sesión administrativa de la mañana.

El Sr. Jèze insistió nuevamente en el tema del Anuario del Instituto y la necesidad de que todos los miembros colaboren activamente en él.

Discusión de la ponencia del Sr. Kelsen sobre “*La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)*”<sup>(2)</sup>.

El Sr. Kelsen resume su ponencia.

El Presidente expresa su agradecimiento al expositor y declara abierta la discusión sobre la ponencia.

El Sr. Duguit solicita que antes de iniciar la discusión de los diferentes modos de posible organización de la Justicia Constitucional, se discuta la cuestión de la clasificación jerárquica (*Stufenbau*) de las reglas de Derecho. Al respecto, declara que no puede adherirse a los puntos de vista del ponente. No se puede comparar, clasificar y jerarquizar más que cosas de la misma naturaleza ni juntar unas con las otras. Ahora bien, la teoría defendida por Kelsen reúne en una misma jerarquía dos cosas muy diferentes: de una parte las reglas (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) y de otra parte, los actos jurídicos (actos administrativos, actos jurisdiccionales), que no son reglas. Para hacerlo invoca la idea de que cada grado de reglas de Derecho constituye la ejecución de las reglas de grados superiores; pero esa es una idea inexacta de las reglas propiamente dichas: el reglamento, por ejemplo, no ejecuta la ley, la completa; es inexacta en las relaciones de las reglas y de los actos jurídicos que es necesario aislar *a fortiori*.

El Sr. Kelsen respondió —sobre el primer punto— que la única diferencia entre las reglas y los actos jurídicos consiste en que las reglas son generales mientras que los actos jurídicos son especiales, pero que

---

(2) El texto de Kelsen se publica en este *Annuaire* a pp. 52-143, y es la misma versión publicada el año anterior en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928. (D.G.B.)

ellos tienen un carácter común que permite agruparlos en una misma jerarquía: su carácter de normas. Los actos administrativos o jurisdiccionales no son reglas de Derecho, pero son —como las reglas de Derecho— normas jurídicas: la regla es una norma general, el acto jurídico es una norma especial o individual. La norma se define en efecto muy simplemente: un imperativo, un *Sollen*; entonces, un imperativo puede ser individual, especial, como también general. El Derecho existe en forma general y en forma individual. En cuanto a la segunda objeción del Sr. Duguit, el Sr. Kelsen responde que todo acto de ejecución o de aplicación (dos términos equivalentes) comprende, al lado de los elementos que ya están contenidos en la norma que él ejecuta o aplica, los elementos nuevos que le son propios y que se agregan a los elementos anteriores del ordenamiento jurídico. Decir que un acto es un acto de ejecución o de aplicación de una cierta norma, es decir únicamente que él la ha concretado o que la ha individualizado; aplicar, ejecutar una norma, no es simplemente reproducirla, es agregar alguna cosa que ella no contenía. En eso consiste todo el proceso de creación del Derecho, que va de la elaboración de la Constitución hasta la ejecución material, fin del sistema de Derecho, hecho material y no norma, —gracias a la cual el Derecho, al entrar en contacto con la realidad material, se inserta en ella—. Si el acto administrativo, por ejemplo, no es una norma y ejecución de normas, no podemos ver en él un fenómeno jurídico; pues el Derecho es en su esencia norma. Finalmente, el Sr. Kelsen observa que la teoría según la cual el acto administrativo no sería un acto de ejecución de la ley ha estado a menudo inspirada por segundas intenciones políticas, a saber, la idea de hacer aparecer a la Administración como no estando ligada por las normas jurídicas generales, por las leyes.

El Sr. Duguit mantiene su punto de vista: la cuestión de la terminología le importa poco; pero persiste en pensar que las reglas (normas generales) y los actos jurídicos (normas individuales) son cosas diferentes, que no se podría jerarquizar; que el reglamento que organiza un servicio público que en principio la ley ha creado no ejecuta dicha ley; que no puede entenderse por ejecución más que la realización de un acto material prescrito por la ley. Declara finalmente no ver cómo,



calificando un acto administrativo de *norma*, se protege mejor al administrado contra la arbitrariedad de la administración.

El Sr. Jèze propone cerrar esta discusión preliminar, que sin embargo es necesaria, y regresar al problema mismo, que es objeto de la ponencia. La cuestión que domina el debate es la siguiente: ¿La garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial, o por el contrario a todos los tribunales? ¿La cuestión se presenta de la misma manera en los Estados unitarios que en los Estados federales?

El Sr. Barthélemy insiste sobre el interés eminentemente actual del problema: en casi todos los países se constata que un poder tiende a desbordar y obstruir a los otros, sea el Legislativo sobre el Ejecutivo, o viceversa. Se pronuncia a favor del control de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales ordinarios: la institución de un tribunal especial no ha sido ni será jamás en Francia más que un engaño. Y en los Estados unitarios, no se ve por qué establecer un tribunal de ese tipo; con el otro sistema, no existe tal dificultad.

El Sr. Gascón y Marín no está de acuerdo con el Sr. Barthélemy. España conoce, en teoría, el sistema que él preconiza; en la práctica, no ha dado buenos resultados, pues los jueces no hacen uso de sus poderes. Además, ese sistema abre la puerta a las contradicciones de las sentencias, mientras una Jurisdicción Constitucional única permite evitar ese grave inconveniente.

El Sr. Barthélemy declara que no es opuesto a la institución de un Tribunal Constitucional especial, pero ve en él solo un procedimiento insuficiente. Se pueden combinar ambos sistemas admitiendo, por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios.

El Sr. Fleiner expuso las soluciones del Derecho suizo en la materia. Todo ciudadano que se considera vulnerado en sus derechos individuales puede, según la Constitución de 1874, formular ante la Sección de Derecho Público del Tribunal Federal, el “recurso de derecho público”. Si el recurso se ha presentado dentro de los sesenta días, el Tribunal Federal puede anular la ley sobre la misma base que la

decisión administrativa o jurisdiccional ha sido tomada, a condición de que se trate de una ley cantonal; transcurrido ese plazo, no puede anular más que la decisión misma. Las leyes federales no están sometidas a ese control de constitucionalidad; pero una demanda de reforma de la Constitución Federal con el objeto de otorgar ese poder de control al Tribunal Federal, se encuentra actualmente en curso.

El Sr. Duguit se declara partidario del sistema de excepción de inconstitucionalidad puesto en práctica ante y por los tribunales ordinarios; él condena el sistema de la acción de nulidad por inconstitucionalidad; por tanto la institución de una Jurisdicción Constitucional especial será inoperante o muy peligrosa porque se transformará en una tercera —o primera— asamblea política.

A solicitud del Sr. Jèze, el Sr. Kelsen expone los resultados que ha dado en Austria el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1920 y las conclusiones que se pueden sacar de esa experiencia actualmente única. Hasta ahora el funcionamiento de este Tribunal —que puede anular tanto las leyes federales como las leyes de los estados— no ha provocado críticas serias. Sin duda, la intromisión de la política en el transcurso de los procesos es un peligro innegable del sistema que se debe considerar. Pero ¿el ejercicio del control por los tribunales ordinarios está a salvo de ese peligro? ¿No tienen los jueces una orientación y prejuicios políticos? ¿No lo prueba el ejemplo de la Corte Suprema de los Estados Unidos? El problema esencial es el de la composición de la Jurisdicción Constitucional; en Austria, los jueces del Tribunal son elegidos por el Parlamento, pero solamente seis de ellos, sobre veinte, pueden ser elegidos entre los miembros de las Asambleas legislativas, los otros catorce son generalmente juristas profesionales, elegidos especialmente entre los profesores de Derecho público. Entonces son los miembros no parlamentarios la mayoría y toman las decisiones; los miembros parlamentarios de los partidos opositores constituyen el equilibrio. La Constitución austríaca ha dado su lugar a la política, le ha acordado un lugar oficial en la composición del Tribunal, lo que tiene la ventaja de permitir a sus miembros no parlamentarios no tener

en cuenta los intereses políticos en juego, pues naturalmente son los miembros parlamentarios quienes los toman en consideración. Hasta aquí el sistema ha dado resultados muy satisfactorios. Sin embargo, ahora los partidos políticos comienzan a hacer esfuerzos por instalar en los lugares donde los parlamentarios son excluidos, partidarios oficiales u oficiosos: ese es un grave peligro. El ponente señala que en su opinión, la objeción capital a que se presta el sistema de la excepción de inconstitucionalidad es la incertidumbre y la inseguridad del Derecho al que se arribe, pues la Corte de Casación que en cierta medida cumpliría esa función de regulador de la jurisprudencia constitucional podría, por motivos políticos, dar soluciones sucesivas contradictorias. Resulta funesto para los ciudadanos que una ley sea declarada tan pronto constitucional como inconstitucional, y la cuestión de la constitucionalidad interesa no solamente a los partidos [políticos] sino a todos los ciudadanos. Admitir la incertidumbre sobre ese punto es consentir la ruina de la Constitución. Por lo tanto, la diferencia técnica si no política entre los dos sistemas es poco considerable, ella versa simplemente sobre la centralización, sobre la concentración de los contenciosos, y en segundo lugar, sobre el alcance del juzgamiento emitido, pues en el sistema de excepción de inconstitucionalidad hay anulación de la ley, pero anulación parcial, limitada al caso. El sistema del Tribunal Constitucional especial consiste simplemente en centralizar y dar un alcance general al control de la constitucionalidad.

El Sr. Thoma expuso el estado de las tendencias del Derecho alemán sobre ese punto. Hasta ahora, el control de la constitucionalidad solo se ejerce en Alemania sobre las leyes provinciales (de los Estados) (*Landesgesetze*), más precisamente sobre su conformidad con las leyes del Imperio (*Reichsgesetze*) es el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) de Leipzig el que ha recibido la competencia para ejercer ese control; sus decisiones son publicadas en el Diario Oficial (*Bulletin des Lois*) y tienen fuerza de ley. Ellas [las decisiones] hasta el presente no han suscitado críticas. En cierta medida, ante el silencio de la Constitución, el Tribunal del Imperio ha afirmado, por sentencia de 29 de noviembre de 1925, que tiene competencia para examinar la constitucionalidad

de las leyes del Imperio. Por la misma época el Gobierno presentó un proyecto de ley, que pronto será retomado por el Gobierno actual, y que tenderá a prohibir el control a los tribunales del Imperio para concentrarlo en las manos del *Staatsgerichtshof*, [Tribunal del Estado] tribunal no permanente compuesto por una mitad de jueces jurisdiccionales y otra mitad de jueces administrativos. Esta composición de la Jurisdicción Constitucional —exclusión de los parlamentarios, participación de magistrados y también de profesores— representa un progreso sobre la organización austríaca, cuyo principio debe ser aprobado.

El Sr. Barthélemy indica que en su opinión, si una Jurisdicción Constitucional única es indispensable en los Estados federales, esa solución no es adecuada para los Estados unitarios.

El Sr. Jèze sugiere que se podría considerar organizar el control de la constitucionalidad al interior de las mismas asambleas legislativas, es decir, una garantía política de la Constitución, permitiendo a una minoría demandar un voto por mayoría calificada sobre la cuestión de saber si una u otra ley debe ser votada por mayoría calificada. Pues se debe desconfiar del espíritu conservador de los jueces y también de los juristas, que son por tendencia natural tradicionales e inclinados a inmovilizar la interpretación de los textos: es peligroso confiarles la misión de decir el Derecho en materia política.

El Sr. Jèze declara cerrada la discusión y no cree necesario formular resoluciones sobre una cuestión donde las opiniones se encuentran tan divididas.

La sesión se levanta a las 17:15 horas<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> El *Annuaire* incluye también el acta de la sesión del Instituto de 22 de octubre de 1928, (pp. 202-211) dedicado a la lectura y discusión del texto de G. Jèze sobre “La signification juridique des libertés publiques”. En dicha sesión participa Kelsen e interviene en dos oportunidades. (D.G.B.)

## Un libro de Charles Eisenmann sobre la Corte Constitucional Austríaca <sup>(\*)</sup>

---

HANS KELSEN

### NOTA PRELIMINAR

El presente texto de Hans Kelsen es prácticamente desconocido. Fue preparado por su autor como Prólogo a la tesis doctoral de Charles Eisenmann, publicada a fines de los años veinte, en París, y como fruto de una estancia de estudio en la Viena del célebre jurista austríaco, y cuyo título es *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, L.G. D.J. Paris, 1928. Esta obra, sin embargo, se agotó pronto y solo podía ser hallada en bibliotecas, hasta que recientemente ha sido reeditada (Ed. Economica, Paris, 1986) con Prólogo de G. Vedel y Epílogo de L. Favoreu. El texto de Kelsen no figura, hasta donde sepamos, en ninguna de las bibliografías de Kelsen a la mano, y él mismo omite toda referencia a ella. Tan solo ha sido conocida en los estrechos círculos del juspublicismo occidental (en especial europeo) y por eso solo pudimos revisarla accidentalmente,

---

(\*) Publicado en "Ius et Praxis", editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, núm. 14, 1989.

hace algunos años, con motivo de nuestra primera visita a París en abril de 1976. Sin embargo, y hasta donde alcanza nuestra información, no ha sido publicado en ningún otro idioma y tampoco ha sido traducido al castellano. Ni siquiera el volumen antológico de Kelsen sobre estos temas, publicado por la Editorial Giuffrè y con Prefacio de Antonio La Pergola, da cuenta de él.

Y es que, en realidad, el texto no dice gran cosa y omite cualquier pronunciamiento sobre lo que la tesis de Eisenmann expone; en parte por ser él mismo objeto de análisis a través del Tribunal austríaco, que decisivamente contribuyó a crear y luego a funcionar como uno de sus miembros. Pensamos que la idea de Kelsen no fue decir algo sobre el tema en cuestión —que por lo demás, era objeto de otros de sus trabajos— sino presentar al novel autor a la comunidad jurídica europea. No obstante esto, mi buen amigo el Dr. José F. Palomino Manchego, ha insistido mucho en la idea de publicarlo y, por gestión suya, el Dr. Percy Castillo Benites ha realizado una fiel traducción del original francés al castellano, que es lo que ahora publicamos. Como podrá apreciar el lector, se trata de un texto algo denso, con párrafos muy largos, y con excesiva perífrasis, explicable porque Kelsen probablemente redactó el texto directamente en francés, idioma que dominaba, pero que no era el propio. Por este motivo es que he revisado personalmente esta traducción, y le he hecho algunas adaptaciones y precisiones para hacerlo más entendible al lector medio. Si bien su valor intrínseco no es mucho, se publica aquí por tratarse de un texto desconocido en nuestro idioma, por venir de quien viene y por la importancia que tuvo en su momento para difundir una institución y el trabajo de un joven jurista.

**Domingo García Belaunde**

El jurisconsulto que desea abarcar en una visión de conjunto la literatura jurídica de nuestro tiempo, experimenta primeramente una cierta satisfacción al observar el constante desarrollo y la gran especialización existente. Pero, en seguida, este sentimiento da lugar a una duda: esta masa inmensa de libros y de estudios que, en todos los idiomas cultos del mundo, es lanzada a la circulación a un ritmo que es casi el de una progresión ¿no es esta, en la actualidad, demasiado considerable como para poder cumplir su verdadero rol? Al estudioso que se dedica exclusivamente a la investigación es preciso reconocerle el gran esfuerzo que le demanda estar al día de los trabajos más recientes, aun dentro de su propia especialidad. Con mayor razón, al que ejerce el Derecho: para él la dificultad de no perder distancia de una producción tan rápida, es aún más grande; y existe el peligro de que amilanado por la superabundancia de las publicaciones científicas, renuncie simplemente a buscar las enseñanzas de la ciencia. Sobre todo, si dentro del pequeño número de obras, que el limitado tiempo del cual dispone le permite estudiar, no encuentra el esclarecimiento de sus ideas y de sus opiniones al cual aspira, entre la oleada confusa de los fenómenos jurídicos que cada día atraen su atención.

Ciertamente, hay interrogantes de teoría jurídica que no interesan en absoluto al que ejerce, al menos directamente. Así, aquellas que han tratado las hipótesis sin las cuales todo Derecho Positivo es inconcebible; y, en consecuencia, la Ciencia del Derecho es imposible; o también las relaciones de la Ciencia Jurídica con las otras Ciencias Morales, o el paralelismo de los problemas de la teoría jurídica con aquellas de las otras disciplinas y, finalmente, las cuestiones de método comunes a las ciencias. Pero, estos problemas no constituyen el objeto propio de la Ciencia del Derecho. Cualquiera que sea la importancia del punto de vista de una teoría general de la ciencia y, en consecuencia, para el carácter de ciencia del estudio del Derecho, ellos persisten sin embargo, sobre los confines del dominio propio de la Jurisprudencia. Esta no es, en efecto, una “Ciencia por la Ciencia”. Por el conocimiento del Derecho, ella busca servir a la práctica, a la creación del Derecho,

tanto en el ámbito legislativo como en el ejecutivo; en el Parlamento, en la administración y en la administración de justicia.

Pero, es igualmente necesario —dada la superabundancia de la producción científica— que el teórico se dé perfecta cuenta de lo que el práctico tiene derecho a esperar de él y que haga comprender a este último sobre qué puntos de doctrina, una Doctrina de Derecho positivo franca y leal, no sabría darle respuesta. Que la Ciencia del Derecho deba servir a la práctica no significa —contrariamente a lo que se admite frecuentemente, de manera expresa o tácita— que ella deba abdicar de su carácter de Ciencia y transformarse en Política, es decir, en un principio de voluntad y de acción. Aun, una Ciencia Jurídica que desea servir a la práctica no puede tener jamás otro ideal que la verdad, único ideal del conocimiento, y no la justicia, ideal de la voluntad y de la acción.

Aquel que se propone conocer el Derecho, y que está por este hecho sometido a los valores de la Lógica, no puede indicar los fines a aquellos —legislador, administrador o Juez— que crean el Derecho y que, a este título, son sometidos a los valores de la moral. Él no puede fijarles el contenido que deben darle a las normas jurídicas generales o individuales que ellos son llamados a dictar; todo lo que puede es determinar los medios específicamente jurídicos utilizables para los fines perseguidos por los creadores del Derecho; poner a su disposición las formas que ellos podrán emplear de inmediato. Es, precisamente porque ella debe servir a la práctica, que es preciso que la Ciencia Jurídica observe los límites que las separan, y no usurpe una función que aquella está en condición de cumplir: la Ciencia del Derecho no puede ni debe —ni directa, ni indirectamente— crear el Derecho; debe limitarse a conocer el Derecho que crean los legisladores, los administradores y los jueces. Esta renuncia, sin duda dolorosa para el abogado, porque contraría al interés comprensible de su estado, es una premisa fundamental del Positivismo Jurídico, que en oposición consciente a cualquier doctrina del Derecho Natural, declarada o secreta, rechaza resueltamente el dogma de que la doctrina es fuente de Derecho.



Destruir esta ilusión es ya un gran servicio que la Ciencia del Derecho presta a la práctica. Cuántas veces ha sucedido que el legislador, confiando en la “ciencia”, guardó silencio, y así, sin quererlo, dejó las manos libres a la arbitrariedad de los órganos encargados de aplicar la ley. ¡Cuántas veces él ha dejado de formular expresamente una regla de Derecho únicamente porque creía que la doctrina bastaría para garantizarla, aun cuando su abstención, en realidad, generaba una lucha encarnizada entre teorías contrarias y conflictos constantes entre las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho; y, como consecuencia, una gran inseguridad jurídica, mal peor que la peor de las reglas de Derecho! Dándose cuenta de los límites que le asigna la naturaleza de sus conocimientos, la Ciencia del Derecho lleva a la práctica a tomar conciencia de sus deberes más esenciales.

Pero, para satisfacerlos, todavía es preciso a aquella una ayuda positiva de la ciencia. Si esta última no puede crear Derecho, ella debe, al menos, agrupar los materiales jurídicos creados por la práctica en un sistema lógico y coherente de nociones. En la elaboración de esta materia producida por la legislación y por la aplicación de las leyes; en esta organización de la diversidad de los actos jurídicos en un sistema jurídico completo, hay también —en el sentido de la teoría del conocimiento, pero sólo en este sentido— una creación del Derecho, del Derecho en tanto es producto del conocimiento jurídico. De esta misión de racionalizar los materiales que le son dados en el curso del proceso de legislación y de ejecución, del proceso de creación del Derecho, la Ciencia Jurídica no puede, evidentemente, sentirse satisfecha siempre y totalmente. Porque, aunque sean ellos mismos el resultado de actos humanos actuando según la razón, estos materiales deben, hasta un cierto punto, ser refractarios a la racionalización por un proceso de conocimiento como lo es toda materia; y, en particular, aquella sobre la cual trabajan las Ciencias de la Naturaleza. No obstante, si la jurisprudencia debe ser una ciencia, esta obra cumple su misión primordial. Como el legislador y los órganos de ejecución de las leyes no pueden sacar de la nada el mundo jurídico, sino que tienden a la elaboración de una realidad jurídica ya existente, les es preciso poder representar

el Derecho como un sistema lógico, como un orden orgánico; percibir hasta qué punto exacto de este sistema, de este orden, tendrán lugar y funcionarán las normas que ellos tienen que dictar; conocer las conexiones recíprocas de las normas jurídicas, sus repercusiones mutuas, y, en particular, la estructura interna del sistema, a la edificación del cual ellos aportarán los materiales. A estos conocimientos, es la Ciencia del Derecho quien los provee de la práctica. Aquella, siendo ella misma una función intelectual, la voluntad de los creadores del Derecho, expresando en palabras y en proposiciones, los conceptos, las nociones jurídicas son los instrumentos indispensables de la práctica. La calidad de la obra que elaboren estos creadores dependerá, en gran medida, de la calidad de estos instrumentos.

El profesional del Derecho es un técnico social. Pero, una de las condiciones capitales de la Técnica Jurídica es la posesión de nociones jurídicas puras de todo elemento extraño, que den una visión clara y de conjunto de los materiales jurídicos y una idea completa de sus conexiones funcionales esenciales. Es la misión de la Ciencia Jurídica poner estas nociones a disposición de la práctica. Ella debe, entonces, aplicar toda su energía a la construcción de un sistema de nociones, lo más precisas posibles, y, por así decir, en sentido figurado, que encajen perfectamente las unas dentro de las otras, como los ladrillos de un edificio. Muchas de las dificultades que detienen al legislador, a la jurisprudencia, a los particulares que demandan justicia o que realizan actos jurídicos, podrían ser evitadas, si no nos faltara todavía —en gran parte, porque la teoría jurídica no respeta el límite que la separa de la práctica, busca sustituirse a ella, confunde el rol del conocimiento del Derecho con aquel de creación del Derecho— un sistema de nociones jurídicas satisfactorio, lógicamente coherente y único, si la práctica no fuera abandonada a ella misma por la teoría.

El problema al cual M. Charles Eisenmann ha consagrado su estudio —la Justicia Constitucional— no tiene solamente una extrema importancia política y legislativa, sino que atrae hoy en día sobre ella la atención de gran número de democracias. Él pone también de

relieve particularmente claro los lazos que unen la teoría y la práctica jurídicas. No creo exagerar afirmando que una solución satisfactoria de este problema, eminentemente práctico, no es posible sino sobre la base de una Teoría del Derecho Positivo purificado por la crítica y liberado de todos los prejuicios del Derecho Natural.

Charles Eisenmann, me parece, ha desplegado toda su capacidad desde el principio de su tarea, y debe sentirse muy satisfecho con lo logrado. No es, para un debutante, una empresa común el desdeñar la gran ruta regia de las doctrinas tradicionales, y el buscar abrirse una vía nueva a través de la selva de problemas y, precisamente, en el punto donde ella es más tupida. Pero, la inquietud que habría podido concebir un amigo más experimentado se disipa al reconocer que la audacia de la juventud está aquí protegida por el seguro instinto de un jurista nato y la alta conciencia que se nutre de un profundo amor a la verdad.

En este excelente trabajo, que presento animado por una fundada esperanza en el futuro de este joven jurista, veo no solamente el inicio pleno de promesas de una carrera científica, sino, también, una manifestación singularmente feliz de la grandeza de las fuerzas espirituales que bullen en la juventud intelectual de Francia.

Viena, mayo de 1928.



**SEGUNDA PARTE**

**ESTUDIOS**





# Sieyès, Jellinek, Kelsen y los Tribunales Constitucionales (\*)

---

EDGAR CARPIO MARCOS (\*\*)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El *Jurie Constitutionnaire* de Sieyès. 3. Jellinek y la propuesta de crear un Tribunal Constitucional en el Imperio Austro-Húngaro. 4. Kelsen y su rol en la creación del Tribunal Constitucional austríaco. 5. Epílogo.

## 1. INTRODUCCIÓN

La creación de los tribunales constitucionales se ha asociado al nombre de Hans Kelsen. A él se ha atribuido la paternidad de su incorporación en la Constitución austríaca de 1920. Y este es un rumor que el propio Kelsen nunca desmintió. Antes bien, a lo largo de su vida, por sí mismo o a través de sus discípulos, se encargó de

---

(\*) Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación N° 10791-2015-CEDC/USMP, sobre los “Orígenes de los tribunales constitucionales”. El autor quiere agradecer a los profesores Omar Sar Suárez y Óscar Pazo Pineda, del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la USMP, sus comentarios y críticas a versiones preliminares de este trabajo. Y a Carlos Mendoza Cruz su colaboración con la traducción de textos que de otro modo no hubiera podido consultar.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres.

alimentar<sup>(1)</sup>. En una entrevista radial que se le realizara hacia 1958 llegó a afirmar que el Tribunal Constitucional representaba su “obra más personal”<sup>(2)</sup>. Debido a ello, y a la vasta influencia que tuvieron sus trabajos pioneros en la explicación del modelo europeo de Jurisdicción Constitucional<sup>(3)</sup>, es común que a este se le denomine también como “kelseniano”<sup>(4)</sup>.

No obstante, estudios relativamente recientes han puesto en evidencia cierta exageración en la paternidad autoatribuida por el autor de la *Reine Rechtslehre*, al revelarse el rol que realmente habría tenido en el diseño del modelo austríaco de Jurisdicción Constitucional. Del esclarecimiento de estos menesteres no ha quedado a salvo el propio Tribunal Constitucional austríaco, al que el salpicón también ha puesto en entredicho la afirmación que en su momento realizara Adolf Merkl, según la cual el *Verfassungsgerichtshof* sería la

---

(1) Adolf Merkl, “Hans Kelsen als Verfassungspolitiker”, *Juristische Blätter*, 60, 1931, pág. 385, citado por Giorgio Bongiovanni, “Rechtsstaat and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen’s contribution”, en Pietro Costa y Danilo Zolo, *The rule of law: History, theory and criticism*, Springer, 2007, pág. 293. Walter Frisch Philipp, “La forma en que se plasmó la ‘Teoría pura del Derecho’ de Hans Kelsen en la Jurisdicción Constitucional austríaca, creada por él”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Panamericana, N° 2, México, 1970, pág. 126. Últimamente, Alec Stone Sweet, “Constitutional Courts”, en Michel Rosenfeld y Andras Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, pág. 817.

(2) Cf. Giorgio Bongiovanni, “Rechtsstaat and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen’s contribution”, en Pietro Costa y Danilo Zolo, *The rule of law: History, theory and criticism*, citado, pág. 310 y sgtes.

(3) Hans Kelsen, “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’etranger*, 1928, pág. 197 y sgtes. En menor medida, pero igualmente significativo, es su trabajo “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920”, en Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pág. 3 y sgtes.

(4) A. Giovannelli, “Alcune considerazioni sul modelo della Verfassungsgerichtesbarkeit kelseniana nel contesto dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”, en AA.VV. *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, tomo I, Padova, 1985, págs. 381-382.



“institución más original establecida por la Constitución Federal de 1º de octubre de 1920”<sup>(5)</sup>.

Así, pues, en este trabajo se da cuenta de la secuencia histórica que desencadenó en la institucionalización del primer Tribunal Constitucional, analizándose dos de sus más importantes antecedentes: la propuesta de Sieyès sobre la necesidad de incluir un *Jury* o *Jurie Constitutionnaire* en la Constitución francesa de 1795; y la formulada por Georg Jellinek, poco menos de cien años después (en 1885), acerca de la necesidad de crear un Tribunal Constitucional en el Imperio Austro-Húngaro.

## 2. EL *JURIE CONSTITUTIONNAIRE* DE SIEYÈS

Un hiato temporal de más de cien años separa a Europa de los Estados Unidos de Norteamérica en la institucionalización del control de constitucionalidad de las leyes. A diferencia de lo que sucedió en el país del norte, donde la aparición de la *judicial review* se consideró consustancial a la idea de una Constitución normativa, en el otro lado del Atlántico, un control en clave jurisdiccional solo se alcanzó bien entrado el siglo XX, con la creación del primer Tribunal Constitucional en la Constitución austríaca de 1920.

Diversas fueron las razones que propiciaron una aparición tan tardía. En primer lugar, la ilusión, casi sin límites, en la voluntad general, que terminó con la sacralización de la ley<sup>(6)</sup>; en segundo lugar, la profunda desconfianza en los jueces, derivada de sus desvaríos durante el *Ancien Régime*; y, en fin, la diferente concepción de la doctrina de la separación de poderes. La conjunción de estos factores desencadenó el rechazo de cualquier forma de control jurisdiccional sobre la ley parlamentaria y, al mismo tiempo, el establecimiento de las bases en las que se asentarían las relaciones entre el juez y la ley.

<sup>(5)</sup> Adolf Merkl, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich”, en *Verwaltungsarchiv*, 1933, pág. 219.

<sup>(6)</sup> Louis Favoreu, “Modele americain et modele europeen de justice constitutionnelle”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, V, 1989, pág. 53.

La primera y tal vez la más importante de esas relaciones fue establecer que, en adelante, la impartición de justicia se realizaría aplicándose leyes cuyo carácter abstracto y general solo el legislador estaba en capacidad de asegurar. El artículo VI de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, lo expresaría así: “La Ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar...”.

Un mandato tan radical aspiraba a terminar una práctica milenaria que consistía en autorizar (o consentir) que los jueces puedan dictar normas que les facilitaran el desempeño de su función. Así obraron los pretores romanos mediante edictos<sup>(7)</sup>, y esta era una práctica que hasta antes de julio de 1789 también realizaban los *parlements* franceses, esto es, los tribunales de justicia de las provincias del reino, los cuales, mediante *arrets des reglement*, establecían las reglas que ellos mismos deberían observar durante el año judicial y que, por supuesto, eran los primeros en no respetar. Juzgar, pues, aplicando la ley que solo el Parla-

---

(7) Recuerda Teodoro Mommsen [*Compendio del Derecho Público Romano*, Editorial Impulso, Buenos Aires, 1942, págs. 333-334], que el Pretor Romano tenía la competencia de “determinar más detalladamente los preceptos de dichas leyes, y cuando éstas guardaren silencio, de dar disposiciones propias, de donde podía resultar una ampliación del precepto jurídico, y aún una alteración del mismo llevada a cabo por el pretor (...). En los tiempos posteriores de la República tenían los magistrados con jurisdicción, esto es, los pretores tanto de Roma como en las provincias, y los ediles curules, de dar a conocer al público, cuando comenzaban el desempeño de sus cargos, el conjunto de normas con arreglo a las cuales pensaban administrar justicia (*edictum annum*): normas que de derecho apenas obligaban al magistrado que las daba, y mucho menos a sus sucesores, y que, sin embargo, fueron gradualmente determinando, de hecho, una organización particular y especializada del procedimiento civil”. Precisamente por ello, y hasta antes de que se estableciera el Imperio, el Pretor fue considerado un *minister legis* o *lex animata*, dado que no solo se limitaba a interpretar, sino también a ejercer una función supletoria y correctiva de la legislación romana, cuando así lo exigía la utilidad pública. [Cf. Luigi Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè editore, Milano, 1996, págs. 142-145].

mento podía aprobar, comportaba prohibir que los jueces legislaran. Y así se estableció en el artículo 357 de la Constitución francesa de 1791, al disponerse que “Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo...”, un mandato que quedaría perennizado por el artículo 5 del Código de Napoleón, de 1804, al establecerse de modo mucho más claro y enérgico que “Queda prohibido a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometieran”.

A la obligación de juzgar aplicando leyes abstractas y generales, sobrevino un segundo mandato. Tampoco los jueces podrían interpretar la expresión de la voluntad general, la ley. Hacia mediados de 1790, la posibilidad de que la voluntad de los representantes del pueblo pueda ser manipulada por los jueces en el proceso de su comprensión fue puesta en evidencia en distintos pasajes del debate legislativo:

“Los tribunales —expresaría Robespierre— se establecen con la finalidad de decidir las discusiones entre ciudadanos; allí donde finaliza el poder judicial, comienza la autoridad del tribunal de casación. Es sobre el interés general, sobre el mantenimiento de la ley y la autoridad legislativa, sobre lo que debe pronunciarse el tribunal de casación. Dado que el poder legislativo no establece más que la ley general, cuya fuerza depende de su exacta observancia, si los magistrados pudiesen sustituirla por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro del principio de la legislación. ¿Este poder de vigilancia —se preguntaba— deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este poder de vigilancia —concluía Robespierre— es, por tanto, una dependencia del poder legislativo. En efecto, según los principios auténticamente

reconocidos, es al legislador a quien corresponde la interpretación de la ley que él mismo ha hecho”<sup>(8)</sup>.

El remedio contra la amenaza de que mediante la interpretación los jueces puedan burlar el mandato de la ley fue institucionalizar el *rèfere legislatif*, mediante la Ley de organización judicial de 16-29 de agosto de 1790<sup>(9)</sup>. Se llamó así porque exigía al Juez “referir” (remitir) a este órgano del poder legislativo la consulta sobre los alcances de la ley, en los casos de duda, a fin de que determine la *voluntad* del legislador. Y si bien inicialmente fue de carácter facultativo (para los casos en los que los jueces albergaran dudas sobre los alcances de la ley), pocos meses después se creó el *rèfere legislatif* obligatorio, mediante la Ley de 27 de noviembre de 1º de diciembre de 1790. De esta forma se institucionalizaba también un modelo de judicatura, cuyos caracteres generales se remontan a Montesquieu, consistente en hacer de los jueces la “boca que pronuncia las palabras de la ley”, “seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>(10)</sup>.

El tercer pilar de esta nueva relación entre el juez y la ley fue prohibir que estos declararan la nulidad de los actos legislativos. Un poder semejante en manos de los jueces no fue desconocido durante el Antiguo Régimen. Recuerda Mauro Cappelletti que cuando menos desde inicios del siglo XVII no fue extraño que algunos *parlements*, en sus diferencias con la Corona, afirmaran su poder y deber de juzgar si los edictos y las leyes eran o no contrarias a las leyes fundamentales del reino [“d’exami-

(8) Citado por Roberto Blanco, “Francia o la Constitución hecha ley”, en *Fundamentos*, N° 6, 2010, pág. 102. Unos lustros antes, Cesare Beccaria diría: “el espíritu de la tiranía va de la mano con el gusto por la lectura”. “No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar espíritu de la ley”. (*De los delitos y las penas*, Imprenta de Albán, Madrid, 1822, págs. 15-16).

(9) Paolo Alvazzi del Frate, “Divieto di ‘interpretatio’ e ‘rèfere legislatif’ nei ‘cahiers do doleance’ del 1789”, en *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2004, tomo 1, pág. 101 y sgtes.

(10) Charles Secondat, Barron de Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pág. 110.

ner dans les édits et autres lois qui nous sont apportés s'il n'y a rien de contraire... aux lois fondamentales du royaume”]<sup>(11)</sup>.

Esta costumbre, evidentemente, colisionaba con la idea revolucionaria de que la ley representaba la “*première négation collective du pouvoir personnel*”, pues su carácter abstracto y general era la única manera de anteponer la razón al poder, la ley impersonal al poder personal<sup>(12)</sup>. Así lo dispondría una Ley, del 16-24 de agosto de 1790, en una fórmula que luego repitieron con algunos retoques las constituciones de 1791, 1793 y 1795. El artículo 10 de dicha Ley dispondría que “los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionadas por el Rey, bajo pena de prevaricación”<sup>(13)</sup>.

El afán de que la impartición de justicia no quedara a merced del capricho y la subjetividad del juzgador —que es lo que cuestionaban los revolucionarios franceses que había acontecido durante el *Ancien Régimen*— se tradujo, así, en hacer del juez un “esclavo de la ley”<sup>(14)</sup>: a la prohibición de dictar leyes, pues, se sumó la inhabilitación de interpretarlas y, por último, la proscripción de juzgar su corrección<sup>(15)</sup>.

---

(11) Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill company, Indianapolis City-New York, 1971, págs. 32-34. Del mismo autor, “Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi”, en Giuseppe Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi editore, Firenze, 1966, pág. 20.

(12) Mario A. Cattaneo, “Separazione dei poteri e certezza del Diritto nella Rivoluzione Francese”, en AA.VV. *Diritto e Stato nella Filosofia della Rivoluzione Francese*, Giuffrè editore, Milano, 1992, pág. 9, con cita de M. Leroy.

(13) Cf. Roberto Blanco Valdés, “Francia, o la Constitución hecha ley”, en *Fundamentos*, N° 6, 2010, págs. 105-106.

(14) La expresión es de Arthur Kaufmann, que es citado a su vez por Enrique Bacigalupo, “La rigurosa aplicación de la ley”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, Madrid, 1995, pág. 853.

(15) Cf. Léon Duguit, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, CEC, Madrid, 1996, págs. 101-110.

Ahora bien, si estos son los términos en los que se plantea la relación juez-ley en los primeros años de la Revolución Francesa, esto no impidió que el debate relacionado con la defensa de la Constitución se presentara ocasionalmente. Este apareció con la necesidad de poner fin a la fuerza instauradora del Poder Constituyente y no tanto de inferir, a partir de la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, el distinto nivel jerárquico entre Constitución y ley.

De hecho, los sucesos acaecidos con posterioridad a agosto de 1789, la rápida sucesión de constituciones que Francia empezaría a experimentar, pero sobretodo la dramática experiencia del *Régimen del Terror*, no tardaron en generar que se elaboraran diversas propuestas orientadas a poner punto final a la Revolución. Después de todo, revolución y estabilización no son fenómenos que se excluyan. La ruptura de la lógica de los antecedentes trae consigo la instauración de un nuevo paradigma, y el triunfo de este la necesidad de asegurarse contra los proyectos reaccionarios que la asedian. Toda revolución triunfante, más tarde o más temprano, lleva consigo los gérmenes de su propia estabilidad. Y este anhelo no fue extraño al constitucionalismo francés<sup>(16)</sup>, un producto de diversas ideas que alcanzaron su consolidación a finales del siglo XVIII<sup>(17)</sup>.

Habiéndose convertido tempranamente la ley en el ícono de la Revolución, la articulación de los primeros mecanismos de defensa giró alrededor suyo. El *réfere legislatif*, pero también el contencioso administrativo, constituyen técnicas que —si formalmente tenían la función de impedir que la ley fuese burlada por los jueces o los órganos de la administración, respectivamente—, en el plano político, representaban los medios con los cuales los revolucionarios pretendían asegurar la omnipotencia de la ley y lo que ella representaba.

---

<sup>(16)</sup> Cf. Pier Paolo Portinaro, “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, en Gustavo Zagrebelsky et al. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pág. 20, con referencia a la necesidad de poner fin a un “poder constituyente permanente”.

<sup>(17)</sup> Cf. Augusto Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma, 1996, págs. 3-41.

De hecho, la identificación del ícono del nuevo orden y, por tanto, la edificación de sus instrumentos de defensa, no fue consecuencia de un proceso lineal y pacífico. Hacia los primeros meses de la Revolución, todo indicaba que el emblema del nuevo orden no sería la ley, sino la Constitución:

“(…) habiéndose extendido esta violenta conmoción por todo el reino —recordaba Antoine Barnave poco antes morir en la guillotina— el antiguo edificio se derrumbó en todas sus partes antes de que la Asamblea Nacional hubiese colocado la primera piedra del nuevo. En aquella situación de los hombres y de las cosas se determinó el carácter de la Constitución y el término que se habría de dar a aquella especie de caos”<sup>(18)</sup>.

Esto explica las razones por las que uno de los proyectos más antiguos orientados a preservar lo que debería constituir el emblema del nuevo régimen, no girara en torno a la ley, sino alrededor de la Constitución. Este data de 1789 y constituye el “poder moderador”, promovido por el Abate Brun de la Combe, en sus *Doutes sur les principes de M l'Abbè Sieyès concernant la Constitution nationale*<sup>(19)</sup>.

En este panfleto, cuyo título enuncia el afán de su autor por polemizar directamente con Sieyès, el Abate Brun de la Combe rechaza la tesis de que el poder constituyente sea un poder absoluto, tal como lo insinuó el Abate de Freijus en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?* En su opinión, la Constitución no es el resultado de una creación arbitraria de aquella fuerza de insurrección permanente, como se definió al Poder Constituyente, sino un conjunto de órganos en el que cada uno de ellos tenía sus tareas y asignado un rol determinado.

<sup>(18)</sup> Antoine Barnave, “De la Revolución y de la Constitución”, en Senac de Meilhan y Antoine Barnave, *Dos interpretaciones de la Revolución Francesa*, CEC, Madrid, 1990, pág. 176.

<sup>(19)</sup> Abate Brun de la Combe, *Reponse laconique. Aux observations sommaires de M. L'Abbè Sieyès, sur les Biens ecclésiastiques, & Doutes sur les principes concernant la Constitution*, 1790, págs. 3-48 [del segundo texto]. Cf. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 49.

Pensaba Brun de la Combe que para el caso en que la distribución de funciones no sea observada por el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial, dos de las principales amenazas con los que lidiaron los revolucionarios hacia 1789, debía crearse un poder moderador, al que denominó “Sènat François” [art. 1], cuya principal competencia debería ser la de “prevenir o reprimir todos los abusos de autoridad”. En particular, controlar los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, si bien rechazaba que entre estos se comprenda a los actos del Rey o del Poder Legislativo.

Dos años después, en pleno proceso de deliberación de lo que después vendría a ser la primera Constitución francesa, la Comisión de Constitución —creada por la Asamblea Nacional—, de la mano del diputado Isaac Renè Guy Le Chapelier, retomaría el asunto de los medios de defensa de la Constitución, si bien tratando de resolver problemas relacionados con la reforma constitucional. Así, el artículo 1º de la Sección Segunda de su proyecto, de 29 de agosto de 1791, destacaría que es competencia de la Asamblea Nacional “examinar si los poderes constituidos, cuya división es la base fundamental de toda Constitución y fue el único objeto de la Asamblea Nacional de 1789, guardan recíprocamente los límites que fueron prescritos para ellos, y para restaurarlo si uno u otro de los poderes constituidos los cruzaron”<sup>(20)</sup>.

Esta propuesta no fue acogida y, en su lugar, la Constitución de 1791 diluyó la responsabilidad del control entre todos, al disponer en uno de sus últimos artículos que “La Asamblea Nacional Constituyente la deja (a la Constitución) en depósito a la fidelidad del Cuerpo Legislativo, del Rey y de los Jueces, a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, a la afeción de los ciudadanos jóvenes, y al coraje de todos los franceses” [art. 211].

Algunos meses después, tras sustituirse a la Asamblea Nacional por la Convención, se aprobó la ley del 19 de octubre de 1792, me-

---

<sup>(20)</sup> Cf. el proyecto en Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, citado, págs. 173-174.



diante la cual se invitó a “todos los amigos de la libertad y la igualdad” a presentar sus propuestas para dotar de una “buena Constitución a la República francesa”. Luego, mediante la ley del 16 de febrero de 1793, se decretó que todos los proyectos que se presenten serían publicados a cargo del Estado<sup>(21)</sup>, lo que ciertamente fue el detonante para que las iniciativas se multiplicaran, pues se presentaron cerca de 300 proyectos.

Muchas de estas propuestas dejaron de lado la indeterminación de los responsables del control, como se había resuelto el problema en las constituciones de 1791 y 1793, y en su lugar se propuso una serie de mecanismos de defensa de la Constitución, como el veto real, la opinión pública, el bicameralismo, la naturaleza republicana de la representación política y un largo etcétera de cuestiones, sin olvidar —pese a la *antiquophilie* revolucionaria de la época— las propuestas orientadas a incorporar “magistraturas republicanas”, esto es, diversas formas de control y garantía inspiradas en instituciones de la antigüedad, como los éforos espartanos, el tribunado, la censura o el consejo de censores<sup>(22)</sup>.

(21) Cf. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, citado, pág. 50.

(22) Para el iusnaturalismo —uno de los movimientos filosóficos de los que se alimenta el constitucionalismo— la existencia de una magistratura que se encargue de controlar la sumisión del Príncipe a Dios y a la ley no fue desconocida. A principios del siglo XVII, Johannes Althusius rescató la importancia de los éforos en tal cometido: “Los éforos son aquellos a los que por consentimiento del pueblo consociado en un cuerpo político se les confió lo supremo de la república o universal consociación, como representantes de la misma (...); usan la potestad y derecho de aquella para constituir el magistrado supremo, ayudándole con su acción y consejo en los asuntos del cuerpo consociado, reprimiéndole y obstruyéndole en su arbitrariedad en las causas inicuas y perniciosas para la república, manteniendo al mismo dentro de los límites de su oficio...”. [Cf. Althusius, *La Política, metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), CEC, Madrid, 1990, pág. 204]. Cf. en general sobre estas magistraturas republicanas propuestas en los primeros años de la Revolución Francesa, Luca Scuccimarra, “Sorvegliare e punire. Rivoluzione francese e istituzioni di controllo”, en *Il Pensiero Politico*, N° 40, 2, 2007, pág. 434 y sgtes. Saffo Testoni Binetti, “La figura degli efori nel pensiero político moderno. Momenti e aspetti del dibattito sul potere del controllo”, en *Il Pensiero Politico*, N° 40, 2007, pág. 12 y sgtes. Edoardo Fregoso, *Controllare la legge. Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, Cedam, Padova, 2008, págs. 278-280.

Entre este abanico de propuestas se encuentra el presentado por Sieyès en el año III de Termidor (1795), “Seguramente el proyecto (...) más elaborado y completo respecto a los numerosos proyectos que, en el periodo precedente, fueron presentados a las asambleas revolucionarias”<sup>(23)</sup>, por quien había hecho de las constituciones “el objeto de las reflexiones de toda su vida”, “su vocación particular”<sup>(24)</sup>.

El 22 de marzo de 1795 la Convención nombró una Comisión, de la que formaba parte Sieyès, a fin de que estudiara las leyes orgánicas necesarias para la aplicación de la Constitución jacobina del año I (1793). Sin embargo, tras la insurrección de los *sans culottes*, al grito de “pan y la Constitución de 1793”, la Convención abandonó la idea y, en su lugar, decidió que se discutiría una nueva Constitución<sup>(25)</sup>. Para ello, con fecha 19 de abril de 1795 conformó una nueva Comisión, compuesta por once miembros, entre los cuales ya no se encontraba Sieyès, quien “no había querido formar parte de esta Comisión, porque en materia constitucional era más absoluto aún que en todo lo demás”<sup>(26)</sup>.

Será con ocasión de la revelación del proyecto de Constitución por la Comisión de los Once, que Emmanuele Sieyès pronunció su primer discurso, del 2 de Termidor (20 de julio de 1795), al término del cual presentó una propuesta de solo 4 artículos, en el que precisaba los órganos que la nueva Constitución debiera contemplar. Estos, a su

(23) Marco Fioravanti, “Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il *jury constitutionnaire*”, en *Le Carte e la Storia*, N° 1, 2005, pág. 175.

(24) M.A. Thiers, *Historia de la Revolución Francesa* (1827), t. VIII, Gasso Hermanos editores, Barcelona, s/f, pág. 273.

(25) Cf. Roberto Martucci, “La Constitución inencontrable. Conflicto político y estabilización constitucional en Francia en la transición de la Monarquía a la República”, en *Fundamentos*, N° 2, 2000, págs. 253-257.

(26) M.A. Thiers, *Historia de la Revolución Francesa* (1827), t. VIII, citado, pág. 273. “He estudiado profundamente estas materias –diría al negarse a colaborar en los trabajos de elaboración de la Constitución de 1795–, pero no me comprenderían; nada tengo que comunicaros”. [Citado en Jean Tulard, Jean François Fayard y Alfredo Fierro, *Historia y Diccionario de la Revolución Francesa*, Cátedra, Madrid, 1989, pág. 975].

juicio, eran cuatro: Un Tribunado, el Gobierno, la Legislatura y el *Jury Constitutionnaire*. En el artículo 4º de este primer proyecto Sieyès alude al *Jury* en los siguientes términos:

“Se constituirá, bajo el nombre de *Jury Constitutionnaire*, un cuerpo de representantes, en número de los 2/20 de la legislatura, con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura”<sup>(27)</sup>.

Por cierto, la posibilidad de que la Constitución fuera objeto de desaires y que estos también se debieran a los desaciertos del Poder Legislativo, no era una novedad en el pensamiento de Sieyès. Era una consecuencia de la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos sobre los que él, antes y durante los debates de la Asamblea Nacional en 1789<sup>(28)</sup>, había insistido:

“Afirmo, en consecuencia, que ya que resulta posible que los poderes públicos, ora cuidadosamente separados, ora independientes los unos de los otros en su organización y su prerrogativa, se interfieran, sin embargo, mutuamente, debe procurarse en la constitución social de un medio capaz de remediar tal desorden”<sup>(29)</sup>.

¿Quién remediaría ese desorden? En 1789 el llamado a cumplir esa tarea sería el Poder Constituyente:

---

<sup>(27)</sup> Emmanuele Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, edición, traducción y notas de Ramón Máiz, CEPC, Madrid, 2007, pág. 417.

<sup>(28)</sup> Esta distinción entre poder constituyente y poderes constituidos la formuló Sieyès, por primera vez, en un panfleto elaborado en el verano de 1788, titulado “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, y publicado anónimamente a fines de ese año, o a principios de 1789, con el propósito de contradecir la declaración del rey, “quien se apoyaba en la tradición histórica para lanzar la convocatoria a los Estados Generales”. [Cf. David Pantoja Morán, *Escritos políticos de Sieyès*, FCE, México, 1993, pág. 87, para la distinción].

<sup>(29)</sup> Emmanuel Sieyès, “Opinión del Abate Sieyès sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789”, en *Escritos y discursos de la Revolución*, citado, pág. 278. Cf. también, Roberto Blanco, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pág. 220.

“Este medio es muy simple (...). El medio que buscamos consiste en reclamar la delegación extraordinaria del Poder Constituyente. Esta convención es, en efecto, el único tribunal ante el que toda esta clase de quejas pueden ser presentadas (...). Acabo de probar que la constitución del poder ejecutivo y la prerrogativa real no tienen nada que temer de los decretos del poder legislativo, y que si los diferentes poderes intentan usurpaciones el uno sobre el otro, el verdadero remedio a este desorden público no es el veto real, sino una verdadera apelación al poder constituyente, cuya convocación o delegación nacional tendría derecho a llevar a cabo la parte lesionada”<sup>(30)</sup>.

Se trataba de una propuesta insólita, seguramente también para sus contemporáneos. Hacia 1789, una vez que se superó la ambigüedad de lo que significaba aprobar una “Constitución”<sup>(31)</sup>, entre los revolucionarios franceses se asentó una concepción mecanicista de la misma, de acuerdo con la cual su inviolabilidad no era el resultado de que a ésta se le conciba como una norma jerárquicamente superior a la ley, sino como producto de un régimen adecuado y eficaz de distribución de funciones, un sistema en el que la inmunidad de la Constitución es consecuencia de los controles recíprocos entre los diversos actores del sistema: “La ley no es moderada porque la Constitución prescriba al legislador la moderación. Estos resultados se obtienen porque, en virtud de una distribución de los poderes que tienen en cuenta los intereses y las pasiones, las autoridades constitucionales se ven constreñidas a hacer compromisos y no pueden producir más que leyes moderadas”<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Emmanuel Sieyès, “Opinión del Abate Sieyès sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789”, en *Escritos y discursos de la Revolución*, citado, págs. 278-279.

<sup>(31)</sup> *Cfr.* Keith Barker, “Constitución”, en Francois Furet y Mona Ozouf, *Diccionario de la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, pág. 429 y sgtes. El debate, por cierto, no cesaría, como se evidencia de las críticas furibundas de dos de los pensadores contrarrevolucionarios más relevantes, Joseph de Maistre y Edmund Burke.

<sup>(32)</sup> Michel Troper, “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, en su libro *Ensayos de Teoría Constitucional*, Editorial Fontamara, México, 2004, pág. 108.

Según Michel Troper, una concepción de la Constitución de esta naturaleza no busca asegurar su inviolabilidad mediante la institucionalización de “mecanismos externos” de defensa, como es el caso de los actuales tribunales constitucionales, sino mediante una serie de “mecanismos internos”: “una Constitución inviolable es una Constitución que es imposible que sea violada, no en virtud de la existencia de controles y sanciones, sino porque el reparto de competencias es tal, que si una autoridad intentara violar la Constitución, es decir, sobrepasar sus competencias, chocaría inmediatamente con otra autoridad, que tendría interés en oponerse a la primera. La garantía de la Constitución no reside, pues, en un cuerpo de control. Es puramente interna”<sup>(33)</sup>.

De hecho, la propuesta que Sieyès plantea en 1789 no se ajusta a este molde. Es cierto que se trata de una moción imprecisa y ambigua, pues si bien especifica quiénes habrán de ser controlados, no dice nada acerca de aquello que ha de controlarse ni sobre cómo debería actuar ese Poder Constituyente. Sin embargo, el dato de que debiera articularse una instancia de defensa de la Constitución pone de relieve que, a diferencia de lo que pensaban la mayoría de sus contemporáneos, Sieyès no confiaba en que tales salvaguardas descansarían en los “mecanismos internos” de la propia Constitución [la división de poderes], como ha sugerido Michel Troper.

Seis años después, en 1795, con ocasión de su discurso del II de Termidor, Sieyès replantearía su propuesta sobre quién debería hacerse cargo de restablecer el “desorden público” originado en una actuación contraria a la Constitución. En vez del Poder Constituyente, ahora propone a un órgano sin antecedentes conocidos. Ese defensor de la Constitución sería el *Jury Constitutionnaire*. En su opinión, su establecimiento no era una cuestión secundaria, sino de la máxima importancia. Y la omisión de su incorporación y tratamiento es lo que achaca Sieyès al proyecto de Constitución presentado por la Comisión de los Once:

---

<sup>(33)</sup> Michel Troper, “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, citado, pág. 110.

“Rindo homenaje, en este punto, al plan de vuestra Comisión, pues ha sabido reunir buenas instituciones, como no ha sabido hacer ninguna otra, avanzando en la línea correcta. Ha adoptado, por ejemplo, la idea de separar la proposición de la decisión y ha dividido, bien que con mano escasamente firme, el Poder Ejecutivo en sus partes principales. Pero todo ello precisa de ulterior conjunción y armonía y, procurando introducir éstas, se descubren que faltan partes esenciales”<sup>(34)</sup>.

La primera de estas “partes esenciales”, ausentes del proyecto, era la inexistencia de un custodio de la Constitución: “Así, se requiere, ante todo, un *Jury* de la Constitución o, a efectos de afrancesar el termino *jury*, distinguiéndolo del jurado, un *Jurie* Constitucional. Esto es, un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución”<sup>(35)</sup>.

Se ha juzgado que la propuesta presentada en el 2 de Termidor del año III era incompleta y limitada<sup>(36)</sup>. Y en cierta forma lo era a juzgar por lo que expresa el mismo Sieyès: “Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución mediante un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos establecer un *Jury Constitutionnaire* en la forma que, en su día, concretaremos”<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Emmanuele Sieyès, *Escritos y discurso de la Revolución*, citado, pág. 406.

<sup>(35)</sup> “Je demande d’abord un jury de constitution, ou pour franciser un peu le mot de jury, et la distinguer dans le son de celui de juré, une *Jurie* Constitutionnaire. C’est un véritable corps de représentants que je demande, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte que serait portée à la constitution”. (Para la cita en castellano, Emmanuele Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, citado, págs. 406-407).

<sup>(36)</sup> Marco Goldoni, “La natura del Giurì Costituzionale di Sieyès”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XL, N° 2, 2010, pág. 291.

<sup>(37)</sup> Emmanuele Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, citado, pág. 407.

Sin embargo, lo incompleto de esta primera versión no tiene que ver con el órgano que llevaría adelante el control, “un cuerpo de representantes, en número de los 2/20 de la legislatura”, ni con la función que éste tendría, “juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura”, sino con los detalles con que ambos temas deberían ser regulados.

Michel Troper ha estimado que el carácter fragmentario de esta primera propuesta obedecía a razones de orden político sobre los que Sieyès estaba detrás, pero que una vez que fueron advertidos por algunos miembros de la Asamblea, que anunciaron que sus ideas estaban recogidas en el proyecto de la Comisión de los Once, ello obligó a que el Abate de Freijus presentara una nueva<sup>(38)</sup>.

Este es el que justificó en su discurso del 18 de Termidor del año III (20 de julio de 1795), al desarrollar específicamente su propuesta de institucionalizar un *Jury Constitutionnaire*: “...Le pido a la *Jury Constitutionnaire* tres servicios: 1) que vele fielmente por la guardia del depósito constitucional; 2) que se ocupe, al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la Constitución; 3) por último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía”<sup>(39)</sup>.

Como Tribunal de casación del orden constitucional, Sieyès propone que el *Jury* conozca: “Sobre los actos inconstitucionales y personalmente irresponsables del Consejo de los Quinientos y del Consejo de los Ancianos...”. Como comisionado del Poder Constituyente en el perfeccionamiento de su obra<sup>(40)</sup>, que este actúe

<sup>(38)</sup> Michel Troper, “Sieyès et le jury constitutionnaire”, en *Melanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Montchrestein, Paris, 2001, págs. 266-268.

<sup>(39)</sup> Emmanuele Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, citado, pág. 424.

<sup>(40)</sup> Se trata, ciertamente, de una función extraña, de colaboración con el órgano encargado de efectuar las reformas constitucionales, pero que no por ello

como un “taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución”. Y como *protector de los derechos del hombre*, sugiere que el “*Jury Constitutionnaire*... debe ofrecer a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves, cuando la legislación tutelar haya olvidado su justa garantía; de tal manera, [que] se conviert[a] en suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva”. Una función, esta última, que sin embargo no deja en manos de todo el *Jury Constitutionnaire* sino solo de una décima parte de quienes lo integrarían:

“...conviene advertir que no confiamos al conjunto total del *Jury Constitutionnaire* esta tercera atribución; le pedimos separar anualmente, al azar, una sección de la décima parte por lo menos de sus miembros, la que se encargará exclusivamente de las decisiones de justicia natural”.

Muchos han insistido que este proyecto no era un simple desarrollo del primero sino, en realidad, uno muy distinto al presentado con su discurso del II de Termidor, pues además de las dos nuevas funciones—consistentes en actuar como un tribunal de equidad en torno a los derechos y como un órgano promotor de reformas constitucionales—se modificaba radicalmente la función encomendada al “Tribunal de casación del orden constitucional”.

Hacia 1795, año en que se presentan las dos propuestas de Sieyès, “Juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución,

---

debe recordar a la apelación del Poder Constituyente que efectuó en su “Opinión del Abate Sieyès sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789”, pues como se encarga de recordar “...la *Jury Constitutionnaire* no tiene el derecho de modificar la Constitución: sería tanto como cederle el Poder Constituyente”. [Sobre estos aspectos, permítasenos la remisión a un trabajo previo, Edgar Carpio Marcos, “La jury constitutionnaire en el pensamiento de Sieyès”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 95, México, 1999, pág. 311 y sgtes. Igualmente, Ernesto Blume Fortini, “Emmanuel Joseph Sieyès (A quien el Derecho Procesal Constitucional debe rescatar como uno de sus precursores)”, en AA.VV. *Constitución y Proceso*, Tribunal Constitucional-Jurista Editores, Lima, 2009, págs. 309-326].



dirigidas contra los *decretos de la legislatura* —como expresaba el artículo 4 del proyecto presentado en el discurso de II de Termidor— significaba, sin ninguna duda, controlar la constitucionalidad de las *leyes* del Parlamento. Y es que, como ha recordado Marco Goldoni, si “Durante el periodo de redacción de la primera Constitución francesa, diversas palabras fueron utilizadas para designar el acto adoptado por el órgano parlamentario: *lois, dècrets, arrêtés*”, tal ambigüedad se zanjó, de manera definitiva “con el decreto del 7 de setiembre de 1790, (mediante el cual) la Asamblea decide llamar *dècrets* a los actos del cuerpo legislativo”<sup>(41)</sup>.

Sin embargo, en el proyecto presentado con ocasión de su discurso del 18 de Termidor, Sieyès modificaría parcialmente su propuesta al encomendar al *Jury* hacer las veces de un “Tribunal de casación en el orden constitucional”<sup>(42)</sup>, dando “(...) su opinión sobre las violaciones o atentados cometidos contra la Constitución, y que le sean denunciados contra los actos del consejo de los Ancianos o el Consejo de los Quinientos...” (art. 6).

Estos dos consejos, a los que se alude, son las dos cámaras con las que el proyecto de Constitución presentado por la Comisión de los Once proponía que se conformase el Parlamento. La apuesta por un sistema bicameral, no previsto en las constituciones de 1791 y 1793, constituía una reacción contra los desórdenes y tropelías que cometió la Asamblea Legislativa de cámara única. Y la precisión que Sieyès introducía —de que el control de constitucionalidad se efectuara sobre los actos de cada una de ellas— en buena cuenta comportaba circunscribir el escrutinio a los acuerdos parlamentarios de estos consejos, abandonando la idea de que el control recayese sobre el producto de ambas cámaras, la ley.

En buena cuenta, el proyecto del 18 de Termidor cancelaba la propuesta de institucionalizar un control de constitucionalidad sobre las leyes en el esquema que ahora caracteriza a los tribunales constitu-

---

(41) Marco Goldini, “La natura del Giurì Costituzionale di Sieyès”, citado, pág. 294, nota 15.

(42) Emmanuele Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, citado, pág. 421.

cionales de impronta kelseniana; y, en su lugar, proponía una modalidad de “control previo”, acercando al *Jury* más que a un Tribunal Constitucional contemporáneo, a un órgano político, a un legislador<sup>(43)</sup> o, como también ha sugerido Lucien Jaume, a un co-legislador<sup>(44)</sup>.

Una caracterización en esa misma dirección se ha destacado también a partir de la propuesta de conformación del *Jury*. Mientras que en el proyecto presentado en el 2 de Termidor se describe a este como “un *cuero* de representantes, cuyo número equivaldrá a 3/20 de la legislatura”, en cambio, en la moción presentada el 18 de Termidor, Sieyès precisó que el *Jury* estaría conformado por “...108 miembros, que se renovarán anualmente en un tercio, en las mismas fechas que el cuerpo legislativo” (art. 2).

Esta conformación del *Jury* que contiene el segundo proyecto de Sieyès fue complementada con dos disposiciones adicionales. La primera contiene una regla transitoria, en la que se establece el modo cómo se designarían a sus primeros integrantes. Según su artículo 4º, “La primera formulación del *Jury Constitutionnaire* se realizará mediante escrutinio secreto por la Convención, de forma que un tercio de los miembros sean elegidos entre los de la Asamblea Nacional, llamada Constituyente, otro tercio entre los de la Asamblea Legislativa y otro entre los miembros de la Convención”. La segunda disposición precisa las reglas aplicables para su renovación ulterior. El artículo 3º del proyecto destacaría que “La elección del tercio o de los 36 entrantes la lleva a cabo el propio *Jury Constitutionnaire* de entre los 250 miembros que, en la misma época anual, deben salir de uno y de otro consejos del cuerpo legislativo”.

Según Michel Troper, los trazos estructurales del *Jury*, el número de sus miembros, la forma en que se reclutarían a sus integrantes, además de las “otras” funciones que el segundo proyecto contenía, fueron

(43) Michel Troper, “Sieyès et le jury constitutionnaire”, citado, pág. 276.

(44) Lucien Jaume, “Sieyès et le sens du Jury Constitutionnaire: une reinterpretation”, en *Historia Constitucional*, N° 3, 2002, pág. 191.

determinantes para que Sieyès no decidiera nominar a su propuesta como “cour” (corte) o “tribunal”<sup>(45)</sup>. Ello, en su opinión, se debía a que por él nunca pasó la idea de proponer la conformación de un órgano *ad hoc* orientado a controlar la constitucionalidad de las leyes, por lo que el *Jury* sería una institución comparable más al Poder Legislativo que a los actuales tribunales constitucionales<sup>(46)</sup>.

Una descalificación tan radical, sin embargo, debe ser atenuada. En primer lugar, por razones de orden estructural. La propuesta de institucionalizar el *Jury* se plantea al lado de una serie de garantías que son impropias de un órgano legislativo, y se acerca más bien a uno que ejerce funciones jurisdiccionales o para-jurisdiccionales.

Así sucede con la propuesta de sujetar el funcionamiento del *Jury* al principio rogatorio, según el cual los pronunciamientos “sobre las violaciones a la Constitución” deberían dictarse siempre que se hayan presentado *denuncias*, tal como recuerda el artículo VI del Proyecto; o, como con mayor precisión lo hace todavía el artículo XVIII, prohibiendo que el *Jury* “pueda emitir... sentencia de propia iniciativa”. Del mismo modo, abona en esa idea que el artículo VII del mismo proyecto presentado en el 18 de Termidor haga la atingencia de que las decisiones que emita el *Jury* “llevarán el nombre de sentencias” (*arrets*); y que sus reuniones “no serán públicas” (art. V), salvaguardas ciertamente impensables tratándose de un órgano que adopta sus decisiones mediante el principio mayoritario y que, sin embargo, es inherente a los de naturaleza reflexiva, como las de los tribunales<sup>(47)</sup>.

---

(45) Michel Troper, “Sieyès et le jury constitutionnaire”, citado, págs. 272 y 275, respectivamente.

(46) Michel Troper, “Sieyès et le jury constitutionnaire”, citado pág. 276. Una institución, que en su opinión, era “radicalmente incompatible” con las concepciones de la época, ante la cual se presentaba como “inútil, ineficaz y peligrosa”. (*Ob. cit.*, pág. 277).

(47) Cf. también, Javier Tajadura Tejada, “El guardián de la Constitución en la obra de Sieyès. Un precedente de la Justicia Constitucional en Europa”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 7, Lima, 2014, págs. 233-235.

Tampoco el nombre “*jury*” o “*jurie*” [jurado] juega en contra de la lectura en clave jurisdiccional o para-jurisdiccional de este órgano. Pierre Rosanvallon ha explicado que si bien el “*jury*” o “juicio por jurados” fue reintroducido en Occidente en la Edad Media, fue a mediados del siglo XVIII en que éste adquirió nuevos perfiles, siendo teorizada por Beccaria, Blackstone, Condorcet y Voltaire, entre los autores más célebres de la época. Según indica Rosanvallon, por los años en que se desarrolla la Revolución Francesa, a la visión probabilística o racionalista que se tenía del organismo (un remedio contra la falibilidad del juez-hombre), se sumó un enfoque más político, al considerarse una institución democrática cuya creación y fundamento estaban vinculados al principio de representación:

“Esta calidad democrática del *jury* no deriva solamente del principio igualitario que le sirve de fundamento. También proviene de su modo de funcionamiento, que es de orden deliberativo. Mientras que el elector se contenta con expresar de una vez su opinión, cuando desliza su voto en la urna, el jurado se inscribe en un proceso más largo y más evolutivo de intercambio de informaciones y de argumentos. Es, por consiguiente, una modalidad más lograda de la ciudadanía (...)”<sup>(48)</sup>.

El Tribunal de “casación del orden constitucional” es distinto del “juicio por jurados” afianzado en las experiencias anglosajonas de Inglaterra y Estados Unidos. El *Jurie* no es un colegiado de legos, auxiliares de un juez o un tribunal, a quien se confía el control [previo] de constitucionalidad de [los proyectos de] la ley. Esta diferencia con el jurado del derecho anglosajón, pero también su desvinculación semántica con todo lo que pueda representar un tribunal de justicia, desencadenó que Sieyès realizara una sorprendente confesión pública.

Esta consistirá en afirmar que el neologismo que está empleando requiere ser “afrancesado”. ¿Qué exactamente quería decir Sieyès

---

<sup>(48)</sup> Pierre Rosanvallon, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2011, pág. 213.

con nacionalizar la expresión *jury*? En mi opinión, que era preciso no confundirla con el juicio por jurados, un instituto que, por cierto, no le era desconocido a Sieyès ni a los demás constituyentes en 1795, pues uno semejante al anglosajón se discutió y luego se aprobó en el ámbito de la justicia penal en la Constitución de aquel año [artículos 230, 251 y 252 de la Constitución del III Termidor]. *Afrancesar* la voz *jury* con el objeto de evitar confusiones y, en su lugar, mejor hablar de un *Jurie*, evidencia la lucha denodada de Sieyès contra la insuficiencia del lenguaje o, a la inversa, una muestra de su participación activa en la revolución lingüística que se llevaba a cabo en paralelo a la Revolución Francesa. Como ha expuesto Louis Madelín, en aquella ocasión Sieyès:

“Expuso su sistema durante largo rato, con fórmulas extrañas. Ante los ojos de esos hombres a los que siete años de revolución habían llevado al más severo realismo, construyó un complicado edificio para un reino de utopía que parecía emanado de un colega de Sages legislando para un reino de Utopía, una máquina de curiosos pero delicados engranajes, adornados a veces con nombres de su invención, pues también había tenido, en su juventud, la pretensión de reformar el lenguaje”<sup>(49)</sup>.

A menudo se olvida que detrás de toda revolución política existe una revolución lingüística, un proceso de generación de nuevas palabras de la mano de las instituciones que se van creando, o la mutación del significado que las subsistentes del régimen caído han de tener en el nuevo orden. Esto también aconteció durante la Revolución Francesa, que también fue una revolución de las palabras: “Al introducir en un pueblo ideas nuevas, nuevos hábitos, es obligado introducir palabras nuevas”, afirmaba la revista *L'Ami des patriotes* hacia 1790. Y a mediados del siglo XIX, al describir cómo la Revolución Francesa había transformado el mundo, Jules Michelet podía afirmar: “Que no se diga que la palabra sea poca cosa en esos momentos. Palabra y acto es la misma

<sup>(49)</sup> Louis Madelin, *Los hombres de la Revolución Francesa*, Vergara, Buenos Aires, 2004, pág. 305.

cosa. La afirmación poderosa y enérgica que tranquiliza los corazones es una creación de actos. Lo que la palabra dice, a la vez lo produce”<sup>(50)</sup>.

Y no otra cosa, en efecto, sucedió con diferentes palabras a medida que progresaba la Revolución, algunas de las cuales recién se incorporaban al lenguaje político [como aconteció con la de “derechos”, “poder constituyente”, “poderes constituidos”, etc.] y, en el caso de otras, se produjo una mutación semántica, sin la cual habría sido imposible que se acoplen al nuevo orden político palabras tan relevantes como “representación” y “constitución”, por ejemplo<sup>(51)</sup>.

Es un *jurie*, y no un *jury*, porque el órgano que Sieyès se propone institucionalizar es uno que delibera y decide autónomamente, en un juicio que no comprende hechos; un órgano que tiene un fin distinto al que se estaba proponiendo en el ámbito de la justicia penal bajo el influjo de la tradición anglosajona. La expresión “afrancesar el término” y, por ello, hablar de un *Jurie* en vez de *jury*, es la confesión sincera de un hombre que, no por primera vez, quiere participar activamente de la revolución de la lengua, y quiere hacerlo en el momento mismo que propone la adopción y adaptación de una institución que, con toda seguridad, no tenía precedente lingüístico, institucional y funcional alguno<sup>(52)</sup>.

Por supuesto que por Sieyès jamás debió pasar la idea de denominar *cour* o “tribunal” a este nuevo órgano, dada la virulencia de

---

<sup>(50)</sup> Ambos citados por Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 28 y 31-32, respectivamente.

<sup>(51)</sup> Cf. Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, citado, pág. 32.

<sup>(52)</sup> Es una obsesión de Sieyès encontrarse siempre “en la vanguardia de la imaginación semántica”, y no solo en lo que atañe al *Jurie*. Semejante intención lo tuvo también con el Poder Ejecutivo. Cf. sobre esto último, Pierre Rosanvallón, *El Modelo Político francés. La sociedad civil contra el Jacobismo, de 1789 hasta nuestros días*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2007, pág. 87.

aquel entonces contra todo lo que representara el Poder Judicial<sup>(53)</sup>. Sin embargo, era indudable, al menos respecto de la primera de las tareas que se le encomendó, que se trataba de un órgano que funcionalmente realizaba algo cercano o parecido al Tribunal de Casación de la ley, sobre el que entonces también se debatía. Al fin de cuentas, el *Jurie* actuaría “comme tribunal de cassation dans l’ordre constitutionnel”, o sea, como un *tribunal* de casación, pero especializado en el “orden constitucional”.

Hay que recordar que si bien con la Constitución de 1791 el Tribunal de Casación fue considerado como parte del Poder Legislativo, durante los debates constituyentes que condujeron a la aprobación de la Constitución de 1795 ya era prevaleciente la tesis de desvincular a aquél del Poder Legislativo, lo que finalmente se hizo, incorporándolo dentro de la estructura del Poder Judicial [artículos 254 a 264 de la Constitución de 1795].

Aun así, el *Tribunal de casación en el orden constitucional* no estaría integrado por jueces de profesión. Y este es un dato que, en líneas generales, cabe predicar tanto del *Jurie* del primer y el segundo proyecto de Sieyès. En el primer proyecto, este órgano estaría conformado por “representantes”, “en número de los 2/20 de la legislatura”. En el segundo, en cambio, el *Jurie* lo conformarían “...ciento ocho miembros, que se renovarán anualmente en un tercio, en las mismas fechas que el cuerpo legislativo”.

Marco Goldoni ha sugerido que tras la propuesta de conformar al *Jurie* con “representantes”, como se desprende de la versión presentada en el 2 de Termidor, subyace la apuesta de Sieyès por institucionalizar un control parlamentario de constitucionalidad y no uno de corte jurisdiccional. No estoy muy seguro que se trate de una interpretación plausible. Depende de dónde se ponga el énfasis. Si este ha de colocarse en el hecho de que se trata de “representantes” (y que estos forman parte de la legislatura), entonces, el *Jurie* sería un apéndice del Parlamento. Sin embargo, si la fijación se coloca en la afirmación de que el

---

<sup>(53)</sup> Cf. Marcel Gauchet, *La revolución de los derechos del hombre*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, págs. 190-194

*Jurie* estará conformado por representantes “en número de los 2/20 de la legislatura”, la propuesta solo indicaría el número de miembros expresado en un porcentaje de los que integran el Parlamento, pero no el *status* o la condición parlamentaria de sus miembros.

Por otro lado, la expresión “representantes” que emplea Sieyès, en el contexto, no es equivalente a “parlamentarios”, como hoy podría inferirse. Esto se deduce del significado que tiene la palabra “representación” para Sieyès, una nueva voz en cuya asignación de significados nadie como él participó tan activamente. Para él todo era representación, de modo que todos los cargos públicos eran de carácter representativo, incluyendo entre ellos a los jueces. Así se concibió oficialmente desde 1790, al establecerse que la designación de los magistrados judiciales se realizaría mediante elecciones<sup>(54)</sup>. Y también lo haría así la Constitución de 1795, cuyo artículo 209 establecería:

“Ningún ciudadano, si no tiene treinta años cumplidos, puede ser elegido juez de un tribunal de departamento, ni juez de paz, ni asesor del juez de paz, ni juez de un tribunal de comercio, ni miembro de un tribunal de casación, ni jurado, ni comisario del directorio ejecutivo en los tribunales”.

La idea de conformar al *Jurie* con representantes no se fundaba en el sufragio universal. Era indirecta, sobretodo en el caso de la propuesta que contenía el segundo proyecto (18 de Termidor), pues planteaba su integración con representantes cooptados por el propio *Jurie* entre exrepresentantes de las cámaras, los cuales, por sus virtudes, desempeñarían una de las funciones más trascendentales en el Estado.

Sieyès tiene en mente un órgano que desempeña labores muy parecidas a las de un tribunal, pero no integrado por jueces, como se ha dicho, sino por políticos con experiencia y dotes de estadistas. Estos po-

---

<sup>(54)</sup> M.A. Thiers, *Historia de la Revolución Francesa* (1827), t. VIII, citado, pág. 276. Cf. también, Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Editorial Manantial, Buenos Aires, 2009, pág. 227.



líticos que conformarían el *Jurie* serían exparlamentarios. Hacia 1795 era bastante generalizada la idea de que el fracaso de la Constitución de 1791 se debía, entre otras razones, a la inexistencia de una segunda cámara y a la aprobación por la Asamblea Constituyente, con fecha 16 de mayo de 1791, de una propuesta de Robespierre, mediante la cual sus miembros no podían ser elegidos en la futura Asamblea Legislativa. Posibilitar la reelección legislativa —se lamentaba Barnave en prisión<sup>(55)</sup>— “les hubiera dotado de un poderoso instrumento para velar por la conservación de su obra, para dirigir sus primeros tanteos, para hacer conocer sus auténticos mecanismos...”, lo que finalmente no se pudo hacer y permitió que se desencadenara una “revolución permanente”.

No obstante, existía la moción de prohibir la reelección parlamentaria lo que se materializó en el artículo 55 de la Constitución de 1795, según el cual “Nadie, y en ningún caso, puede ser miembros del Cuerpo Legislativo durante más de seis años consecutivos”. Propuesta una limitación temporal semejante, seguramente pensaba Sieyès que la experiencia de estos hombres no debía desaprovecharse:

“¿Deseáis, ciudadanos, que esta institución a la que hacéis garante de la rectitud constitucional de todas las demás sea respetada por todas y, sobre todo, por los dos consejos legislativos? Interesad en ella a estos dos cuerpos. Que se considere la entrada en el *jury constitutionnaire*, al finalizar la carrera legislativa, como objetivo de emulación, como un testimonio visible de los servicios prestados a la patria en ese puesto de confianza (...). De este modo, los diputados de uno y otro consejo verán en los miembros del *jury constitutionnaire* a hombres que han sido revestidos, como ellos mismos, por la confianza del pueblo y ocupan a la sazón un puesto que, sin ser superior, es altamente deseado por ellos y sus colegas más estimables...”<sup>(56)</sup>.

Estos hombres virtuosos habrían instruido a sus sucesores y al gobierno sobre cuáles eran sus funciones y sus deberes, sus competen-

<sup>(55)</sup> Antoine Barnave, “Constitución y Revolución”, citado, pág. 219.

<sup>(56)</sup> Enmanuelle Sieyès, *Escritos y discursos*, citado, págs. 434-435.

cias y sus límites. Se trataban, desde luego, de Hércules de la política y no de letrados en Derecho.

Por otro lado, el número bastante elevado de miembros con que contaría el *Jurie* no juega en contra de su carácter predominantemente jurisdiccional. El Tribunal de Casación de la ley previsto en la Constitución de 1795, por ejemplo, estaba integrado por sesenta y dos miembros.

En cualquier caso, un análisis de ambos proyectos evidencia, por un lado, que mientras en el presentado en el 2 de Termidor hay claramente un moción orientada en el sentido de institucionalizar un sistema embrionario de control de constitucionalidad de la ley parlamentaria, en cambio, existen discrepancias acerca de la naturaleza del órgano a quien esta tarea se confiaría pues, según una lectura bastante difundida del artículo 4 del proyecto —que aquí hemos cuestionado—, en atención al origen de quienes lo integrarían, el *Jurie* se acercaría más a un órgano co-parlamentario o a una tercera cámara.

No es muy distinta la situación en la que se encuentran las cosas en el proyecto presentado en el 18 de Termidor. Aunque haya una mayor claridad acerca de la independencia del *Jurie* del Parlamento, esta no logra ser definitiva como para afirmar que se trata de un tribunal de justicia. Sí, en cambio, se observa un retroceso en lo que atañe a la función encomendada, pues se modifica la propuesta de controlar la constitucionalidad de la ley parlamentaria y, en su lugar, se plantea que el *Jurie* controle los actos de cada una de las cámaras del Parlamento.

Sin embargo, cualquiera fuera el caso, tras la propuesta de incorporar un *Jurie Constitutionnaire* en la Constitución de 1795 es posible observar la intención deliberada por institucionalizar un “mecanismo externo” de control de constitucionalidad del sistema. Que este no se funde en la distinta jerarquía de las normas<sup>(57)</sup>, solo evidencia que las

---

<sup>(57)</sup> Michel Troper [“Sieyès et la hiérarchie des normes”, en Pierre Yves Qui-  
viger, Vincent Denis et Jean Salem (sous la direction), *Figures de Sieyès*, Publications  
de Sorbonne, Paris, 2008, págs. 27-42] ha destacado que en el pensamiento de Sieyès  
está ausente la jerarquía de las normas y, en su lugar, lo que existe es una jerarquía

ideas e intuiciones de su autor no se movían bajo categorizaciones —que diferencia a las constituciones entre mecanicistas y normativistas— que hacia finales del siglo XVIII no existían y apenas estaban en proceso de ebullición. Por ello, como atinadamente ha recordado Marco Fioravanti, “Si es verdad que la tradición democrática francesa, a partir de 1789, en materia de garantía de los derechos no acepta un poder judicial entendido como freno al legislativo, el proyecto de Sieyès se aleja de esta concepción. Sieyès propone un procedimiento que pertenecía al orden jurisdiccional, mientras la idea dominante era que la garantía de los derechos fuera posible buscar en el juego entre poderes”<sup>(58)</sup>.

Hay aquí, pues, un modelo bastante tosco y embrionario de lo que en el siglo XX se denominará Tribunal Constitucional. Y ello no quiere decir que los asimilemos pues, como ha advertido correctamente Marco Goldoni, si bien “el *jury* constitucional presenta diversas características que lo podrían hacer el noble ancestro de los modernos órganos de control de constitucionalidad, sin embargo, “...hay que actuar con cautela, a fin de no caer en un fácil anacronismo”<sup>(59)</sup>: “(...) El género de tutela de la Constitución por el prefigurado no es fácilmente traducible en los términos del debate contemporáneo sobre la Jurisdicción Constitucional. Lucien Jaume ha expresado muy bien la ambigüedad de fondo que caracteriza el proyecto termidoriano del Abate de Freijus: `es difícil capturar el sentido del *jury* constitucional: este no responde ni a la representaciones dominantes de su tiempo, ni a las modernas,

---

de funciones, donde la función legislativa es la que ostenta supremacía, porque en ella se encuentra representada la voluntad general. Ello explica, en su opinión, que el proyecto presentado en el 18 de Termidor no tenga por objeto de control la ley, que es la expresión de la voluntad general, sino solo los acuerdos parlamentarios adoptados por la mayoría de cada cámara. Y que de haberse planteado un control sobre la ley, la presencia del *Jury* hubiese planteado una soberanía parlamentaria “subordinada”, lo cual sería un oxímoron [pág. 42].

<sup>(58)</sup> Marco Fioravanti, “Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il *jury constitutionnaire*”, citado, pág. 181.

<sup>(59)</sup> Lucien Jaume, “Sieyès et le sens du Jury Constitutionnaire: une reinterpretation”, en *Historia Constitucional*, N° 3, 2002, pág. 191.

y ni siquiera a la postreras detalladas por Benjamin Constant”. “No puede ser explicada con las categorías del debate contemporáneo”<sup>(60)</sup>. “Si se quiere utilizar los lentes del presente para interpretar la naturaleza del *giury*, entonces la imagen que se obtiene es aquella de una figura híbrida que comprende más competencias solícitamente atribuidas a órganos diversos”<sup>(61)</sup>.

Se trata, en consecuencia, de un órgano que puede ser calificado de “híbrido”<sup>(62)</sup>. No era enteramente jurisdiccional pero tampoco legislativo. ¿Debe este dato obviar su condición de antecedente de los actuales tribunales constitucionales? Creo que sería una exageración, pues la incertidumbre acerca de la naturaleza de los tribunales constitucionales no fue ajena al propio Kelsen, quien frente a la denuncia de Schmitt —que con la institucionalización del Tribunal Constitucional no se judicializará la política sino se politizará la justicia— afirmó prácticamente de todo acerca de la naturaleza y funciones de estos tribunales: desde que puede ser considerado un órgano del Poder Legislativo; que se trata de un “legislador negativo”; que estos tribunales sólo realizan una “función de control”; que la suya es una “función jurisdiccional” o, por último, que la naturaleza del Tribunal simplemente “carece de importancia”<sup>(63)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> Marco Goldoni, “La natura del giuri cotituzionale di Sieyès”, citado, pág. 313.

<sup>(61)</sup> Marco Goldoni, “La natura del giuri cotituzionale di Sieyès”, citado, pág. 314.

<sup>(62)</sup> Marco Goldoni, “At the origins of constitutional review: Sieyès constitutional jury and the taming of constituent power”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, N° 2, 2012, pág. 213.

<sup>(63)</sup> Véanse todas estas afirmaciones en Hans Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia Costituzionale)”, en su libro *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 173-174. Giorgio Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato. H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, Giuffrè editore, Milano, 1998, pág. 195. Michel Troper, “Kelsen y el control de constitucionalidad”, en *Derechos y Libertades*, Año 4, N° 2, 1995, págs. 320-324.

Ahora bien, la naturaleza híbrida del órgano no enturbia el hecho de que, en el plano de los proyectos, el presentado en el 2 de Termidor deba ser considerado como el primer antecedente por introducir en Europa el control de constitucionalidad de la legislación<sup>(64)</sup>. Es cierto que este nunca fue aprobado y que fue rechazado unánimemente por la Convención, argumentándose que el *Jury* no podría defender la Constitución contra los golpes de Estado; que la unidad política del Estado peligraba si es que se concedía legitimación a las minorías parlamentarias para activar su funcionamiento; que el *Jurie* se convertiría en la suprema instancia del poder público y, sobre todo, lo inadmisibles que resultaban las demás competencias que en su favor se había propuesto. Primó la tesis, bastante difundida en la época, de que la mejor defensa de la Constitución era la división de poderes y, en última instancia, que esta tendría que ser una tarea del pueblo mismo<sup>(65)</sup>. Pero si era la propuesta del control constitucional de la ley a lo que se refería Kelsen cuando expresó que la Jurisdicción Constitucional era su “obra más personal”, es claro que la idea fue originalmente formulada más de cien años antes por Sieyès.

Cuatro años más tarde, cuando la Revolución viró hacia nuevos horizontes de la mano de Napoleón, el proyecto de Sieyès fue desarchivado y volvió a emplearse durante los debates constituyentes de 1799. Según expresa Edoardo Fregoso<sup>(66)</sup>, en un primer esbozo de Constitución, que se publicó en la prensa hacia 1799, todavía se conservaba el nombre de *Jury Constitutionnaire* que, luego con la aquiescencia de Sieyès, se transformó, primero, en el “Colegio de Conservadores”, para quedar finalmente como “Sénat Conservateur”<sup>(67)</sup>, un órgano

<sup>(64)</sup> Marco Fioravanti, “Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il *jury constitutionnaire*”, citado, pág. 182.

<sup>(65)</sup> Jorg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento*, Giappichelli editore, 1990, págs. 47-48. Marcel Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France. De 1789 à nos jours*, LGDJ, Paris, 2014, págs. 127-128.

<sup>(66)</sup> Edoardo Fregoso, *Controllare la legge. Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, Cedam, Padova, 2008, págs. 282-283.

<sup>(67)</sup> Boulay de la Maurthe, “La teoría constitucional de Sieyès (1799)”, en Enmanuelle Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, citado, págs. 457-458. Luca

del que no quedaría ningún vestigio de naturaleza jurisdiccional, al experimentar una transformación radical y convertirse en un órgano esencialmente político.

Tuvieron que transcurrir noventa años para que una propuesta técnica —no tanto orientada a institucionalizar un control de constitucionalidad de las leyes, sino a crear el Tribunal Constitucional, el otro sentido en el que puede tomarse la afirmación tantas veces recordada de Kelsen— fuera planteada en el ámbito del constitucionalismo europeo. Pero esto ya no ocurriría en el contexto del constitucionalismo francés sino del germano, y la propuesta sería realizada por quien se terminaría considerando como uno de los iuspublicistas más importantes del siglo XIX: Georg Jellinek<sup>(68)</sup>.

### 3. JELLINEK Y LA PROPUESTA DE CREAR UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL IMPERIO AUSTRO-HÚNGARO

En el mundo de habla germana, el debate en torno a la Jurisdicción Constitucional está asociado al proceso de fragmentación política que caracterizó a los emergentes Estados monárquicos, que fueron apareciendo luego de la suscripción de la denominada “Paz de Westfalia” [1648] y el desmoronamiento definitivo del Sacro Imperio Romano Germánico [1806], que permitió el surgimiento de 234 diferentes unidades territoriales de etnias diferentes<sup>(69)</sup>.

---

Scuccimara, *La sciabola di Sieyès. Le giornate di Brumaio e la genesi del régimen bonapartista*, Il Mulino, Bologna, 2002, pág. 160.

<sup>(68)</sup> Cf. sobre la biografía y obra de Georg Jellinek, Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 169-204. Pablo Lucas Verdú, “Estudio Preliminar”, en Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, pág. XI-LXXX. Massimo La Torre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Edizioni Dedalo, Bari, 2006, págs. 15-54.

<sup>(69)</sup> Constantino Mortati, “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar”, en AA.VV. *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 19.

La aparición de la Confederación del Rin (1806), la Confederación Germánica (1815), la Confederación Alemana del Norte (1866), que al decidir no comprender en ella a Austria, a su vez, desencadenó en la formación del Imperio alemán (1871) y el Imperio Austro-Húngaro (1867), constituyeron esfuerzos, en diversos momentos, orientados a dotar de unidad política a los estados alemanes, a pesar de la heterogeneidad cultural de los pueblos que se aglutinaban a su alrededor.

En el Imperio Austro-Húngaro la presencia de estas unidades territoriales —cada una con su propio acervo cultural— siempre representó una fuente incesante de conflictos<sup>(70)</sup>. Los problemas de orden hegemónico entre sus pueblos no tardaron en traducirse en dificultades en el reparto de competencias de sus diversas instancias de gobierno, lo que comprendía las antinomias entre las normas expedidas por uno u otro nivel gubernamental. La existencia de este tipo de diferencias comprometía seriamente, la viabilidad de la unidad política de los Estados emergentes y, por ello, no era extraño que el tema formara parte de las principales preocupaciones de sus más esclarecidos iuspublicistas.

Esto seguramente explica el temprano interés sobre lo que sucedía en Estados Unidos, la cuna del federalismo. Efectivamente, ya en el primer tercio del siglo XIX, en 1824, Robert Von Mohl [1799-1875] publicó el primer tomo de un libro destinado a describir el régimen federal de los Estados Unidos [*Das Bundes Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, Stuttgart und Tübingen], que, por esos años, todavía se encontraba en ciernes<sup>(71)</sup>. Von Mohl

---

<sup>(70)</sup> Cf. Francisco Sosa Wagner e Igor Sosa Mayor, *El Estado fragmentado. Modelo Austro-húngaro y brote de naciones en España*, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2006, págs. 21-136. Steven Beller, *Historia de Austria*, Akal, Madrid, 2009, pág. 139 y sgtes. y 157 y sgtes. Hagen Schulze, *Breve historia de Alemania*, Alianza Editorial, Madrid, 2013, pág. 122 y sgtes.

<sup>(71)</sup> Christian Starck, “Constitutional review in the Federal Republic of Germany”, en *Notre Dame International Law & Comparative Law Journal*, 1984, pág. 81.

conocía que problemas semejantes eran afrontados en los Estados Unidos de Norteamérica, un país que, al igual que el alemán, era de estructura federal y donde la *judicial review*, al decir de muchos, encontró un terreno fértil para desarrollarse, entre otras cosas, porque era un mecanismo orientado a fortalecer la unidad del Estado en la diversidad de Estados federados<sup>(72)</sup>.

No tenemos información si este libro publicado por el joven Von Mohl llegó a tener influencia en su época<sup>(73)</sup>. Lo que sí se conoce es que unos años antes de que se decidiera que la unidad de los pueblos germanos no comprendería a Austria, en la “orden del día” de la Tercera Reunión de Juristas Alemanes (*Deutscher Juristentag*), celebrado en la ciudad de Viena el 25 de agosto de 1862, se puso a consideración de la asamblea una proposición como ésta:

“La asamblea de los juristas alemanes quiere declarar que la dignidad de la jurisdicción y la aplicación de una justicia verdadera se encuentran garantizados solo donde el juez puede examinar, sin ningún límite, también si una ley se encuentra de modo conforme

---

(72) Cf. Elena D’Orlando, “La giustizia costituzionale in Austria”, en Luca Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2009, págs. 102-103. Giuseppe Buta, “Presentazione. John Marshall e il problema de la judicial review” al libro de John Marshall, *Judicial Review e Stato Federale*, Giuffrè editore, Milano, 1998, págs. VII-LII. Por cierto, la influencia de Alexis de Tocqueville, en este tema, a diferencia de lo que ocurrió en América Latina, parece que fue posterior, si es que se tiene en cuenta que la publicación del primer tomo de su obra *La democracia en América* es de 1835 [el segundo se publicó 5 años más tarde, en 1840], en tanto que la primera traducción al alemán se efectuó al año siguiente, en 1836.

(73) Cf. Werner Heun, “Supremacy of the Constitution, Separation of Powers, and Judicial Review in Nineteenth-Century German Constitutionalism”, en *Ratio Juris*, vol. 16, N° 2, págs. 198-201. Cf. para el periodo anterior, Olivier Jouanjan, “Le controle incident des norms et les contradictions de l’Etat monarchique en Allemagne (1815-1860)”, en O. Jouanjan (dir.), *Figures de l’Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle de l’Allemagne*, Press Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, págs. 264-306.



con la Constitución”<sup>(74)</sup>.

En el debate de esta propuesta participaron juristas de la talla de Jhering, Bluntschli, Gneist y el mismo Von Mohl, y si bien casi todas las intervenciones se orientaron a conferir esta atribución a un órgano del Poder Judicial, no hubo acuerdo acerca de los alcances del escrutinio mismo, esto es, si se trataba solo de un control de orden formal o si este comprendería también el contenido de las leyes.

Al año siguiente, la misma cuestión volvió a ser abordada en la reunión de profesores celebrada en Maguncia<sup>(75)</sup>. En esta, el ex Presidente de la Cámara de Diputados del Estado de Wüttemberg y profesor de Derecho Privado, Carl Georg von Wachter quien —tras evidenciar su desconfianza de que esta tarea la lleve a cabo el Tribunal Estatal (*Staatsgerichtshof*), dada su composición por miembros designados por el Gobierno y el Parlamento—, propondría un modelo embrionario de control concentrado al sugerir la creación de “una Corte de Casación creada bajo condiciones de independencia”<sup>(76)</sup>. La moción sugería que el control se extienda, además de verificar la observancia de los requisitos constitucionales de *publicación* de la ley [como sugirió el profesor de la Universidad de Viena, Von Stubenrauch] y su procedimiento de aprobación [como fue planteado por Rudolf Gneist, profesor de la Universidad de Berlín], a su validez material.

Según Jorg Luther, la controversia que entonces se suscitó particularmente entre Wachter y Gneist —que por cierto también comprendió la cuestión de si la competencia para controlar la constitucionalidad

---

<sup>(74)</sup> Jorg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento*, citado, pág. 141.

<sup>(75)</sup> Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, págs. 72 y sgtes; y 232 y sgtes.

<sup>(76)</sup> Jorg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento*, citado, pág. 148.

de los actos legislativos debía encomendarse a todos los jueces o solo al Tribunal Supremo del Estado— puede considerarse como uno de los primeros debates sobre los beneficios y riesgos de considerar un control de constitucionalidad de las leyes de carácter difuso o concentrado<sup>(77)</sup>.

Como se ha dicho, un lustro después, tras decidirse que el destino del pueblo alemán se haría prescindiendo de Austria, se conformó la Confederación Alemana del Norte y el Imperio Austro-Húngaro. En este último, el artículo 7 del estatuto fundamental de justicia, de 21 de diciembre de 1867, autorizaría a que el control de las leyes se limitase a verificar solo la regularidad formal de su publicación y que existiese conformidad entre el texto publicado de la ley y el aprobado por las cámaras y sancionado por el soberano<sup>(78)</sup>.

A la par se instituiría un robusto sistema de control competencial, encargándosele al Tribunal Supremo del Imperio resolver los conflictos que se suscitaban entre los jueces y las autoridades administrativas; entre el Tribunal Supremo Administrativo y los jueces comunes; entre los órganos administrativos de los diversos Lander; las pretensiones patrimoniales de los Lander en sus conflictos con el Reich o con otro Land; así como sobre los recursos de los ciudadanos por la lesión de sus derechos políticos constitucionalmente garantizados, después del agotamiento de las vías administrativas, lo que se hizo efectivo tras su desarrollo mediante Ley del 18 de agosto de 1869<sup>(79)</sup>.

---

(77) Jorg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, citado, pág. 149.

(78) Un control de esa naturaleza responde a las peculiaridades de un sistema monárquico, en la que al ser el Emperador el soberano, una vez que la ley parlamentaria pasa el filtro del veto real, ésta ya no puede ser ulteriormente cuestionada. Cf. Beniamino Caravita, *Corte 'giudice a quo' e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, Cedam, Padova, 1985, pág. 32.

(79) Marco Olivetti, “La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)”, en Marco Olivetti e Tania Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè editore, Milano, 2003, págs. 33-35. Beniamino Caravita, *Corte 'giudice a quo' e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, citado, pág. 31.

Un Tribunal de esta naturaleza ya había sido propuesto antes, tras las perturbadoras revueltas de 1848, que forzaron al Emperador Fernando I a convocar al Parlamento, elaborándose un proyecto de Constitución (Proyecto de Kremsier), que preveía la creación del Tribunal Supremo del Imperio con competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas centrales y las provinciales. Sin embargo, este proyecto nunca entró en vigor, pues el Emperador Francisco José, que sucedió a Fernando, disolvió el Parlamento, el 4 de marzo de 1849, al tiempo que puso en vigencia una carta otorgada, que jamás se aplicó y fue abrogada en diciembre de 1851. Más tarde fue sustituida, en 1867, por cinco leyes fundamentales, entre ellas la del 21 de diciembre de 1867, que creó el Tribunal del Imperio<sup>(80)</sup>.

Dieciocho años después, en 1885, el joven Profesor Extraordinario de *Staatsrechts* de la Universidad de Viena, Georg Jellinek, plantearía una serie de reformas al sistema institucionalizado para la resolución de conflictos competenciales en el Imperio Austro-Húngaro, después de advertir los constantes excesos de las mayorías parlamentarias y el sesgo nacionalista o territorial que existían detrás. “En ningún otro lugar fuera de Austria se lamenta tanto del poder de la mayoría y ello con independencia de qué mayoría tenga en sus manos la dirección del Parlamento”, expresaría Jellinek en su opúsculo de ese año, cuyo título contiene el núcleo central de su propuesta, la creación de “Un Tribunal Constitucional para Austria”<sup>(81)</sup>.

A diferencia de lo que más de 30 años después formularía Kelsen, el planteamiento jellinekiano, de crear un Tribunal Constitucional, no estaba asociado a la institucionalización de una acción abstracta de in-

<sup>(80)</sup> Jorg Luther, Roberto Romboli y Rolando Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, t. 1, Giappichelli editore, Torino, 2000, págs. 133-134. Sergio Sérulo da Cunha, “Introdução a edição brasileira”, Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, págs. X y XI.

<sup>(81)</sup> Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, a cura di Elisabetta Palici di Suni, Giappichelli editore, Torino, 2013 (el entrecomillado, en pág. 45).

constitucionalidad de la ley. Su *leit motiv* era otro, el de hacer frente a los problemas concretos de la vida política y social de su país<sup>(82)</sup>, pues como en la introducción a su opúsculo expresaría:

“Las páginas que siguen no contienen propuestas de uno que afronta una batalla política. Sin embargo, no derivan de un apolítico, sino de un observador imparcial, cuyo empeño científico en el campo del derecho público le consiente mirar con tranquilidad las cuestiones del Estado. No se pretende arribar a una transformación, sino a un reforzamiento de la Constitución, incrementando la confianza general sobre la cual se apoya el constitucionalismo. Es una propuesta simple y, como se entiende, evidente para quien, cualquiera sea el partido al que pertenece, sea leal con los asuntos de Austria. Si bien no soy bastante optimista en esperar una inmediata actuación de aquello que se propone, se entiende que la autoconciencia de los partidos pueda de todos modos conducir antes o después a su realización. Entre tanto, nos alegra de atraer la atención sobre aspectos determinantes de una importante cuestión del Derecho Público austríaco”<sup>(83)</sup>.

En el fondo de esta instancia, se encontraba una idea o concepción del *Rechtsstaat* que, a juicio de Jellinek, era uno de los principios

---

(82) Semejantes problemas son los que tuvo que lidiar años después Kelsen, como ha recordado Mario Losano [“Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima”, en *Derechos y Libertades*, N° 14, Madrid, 2006, pág. 114]: “Kelsen vivió el periodo del Ausgleich entre las monarquías austríaca y húngara: fueron años de intensos conflictos de lenguas y nacionalidades”. Serán precisamente los problemas y avatares que tiene que hacer frente un Estado federal, lo que le llevará afirmar a Kelsen que “La Jurisdicción Constitucional adquiere, sin embargo, su más notable importancia ciertamente en el Estado Federal. No es exagerado afirmar que la idea política del Estado Federal es plenamente realizada solo con la institución del Tribunal Constitucional [Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia Costituzionale)”, en su libro compilativo *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pág. 203].

(83) Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria* citado, pág. 37.

que más transformaciones había sufrido<sup>(84)</sup>. Advertía el profesor de la Universidad de Viena que si durante la Revolución Francesa la “gran batalla” fue encontrar las garantías contra los abusos del gobierno —la responsabilidad ministerial, la votación libre del presupuesto, mientras que en el Derecho Público germano, la instauración de una justicia administrativa autónoma—, en el último tercio del siglo XIX, era legítimo preguntarse si tales avances eran suficientes:

“...es necesario examinar, supuesto que se quiera de verdad un Estado de derecho, si en el Estado existan garantías suficientes contra el abuso por parte del órgano que ha sido habitualmente considerado como presupuesto y baluarte del orden constitucional. Desde el punto de vista del Estado de derecho debe formularse la siguiente cuestión: ¿Los parlamentos pueden comportarse de modo inconstitucional? ¿Existe una ilegalidad parlamentaria y, si existe, como se asegura al ordenamiento jurídico frente a ella?”<sup>(85)</sup>.

En opinión de Jellinek, la respuesta fundada en la teoría tradicional de la división de poderes —que hace del Parlamento el órgano soberano y, por tanto, carente de límites— es deficiente, pues olvida que “el Estado es una unidad y que en la variedad de las funciones estatales existe siempre un sujeto titular de las mismas”, que es el Estado mismo: “El Estado es la base de todas las manifestaciones de los llamados poderes. No es el poder legislativo, sino el Estado el que hace las leyes; no es el gobierno quien dirige y administra, sino es la misma voluntad del Estado que se concretiza a través del poder ejecutivo”<sup>(86)</sup>. Y puesto que tanto unos como otros están vinculados al derecho positivo, también las acciones de las cámaras contrarias al derecho público son pasibles de

<sup>(84)</sup> Cf. sobre la evolución del *Rechtsstaat*, Gustavo Gozzi, “Rechtsstaat and individual rights in German Constitutional history”, en Pietro Costa y Danilo Zolo, *The rule of law*, citado, págs. 237 y sgtes. Igualmente, Michael Stolleis, “La idea de Estado de Derecho”, en *Fundamentos*, N° 8, 2014, págs. 25-56.

<sup>(85)</sup> Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, págs. 42-43.

<sup>(86)</sup> Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 43.

ser calificadas de ilegales, para lo cual debe “asumirse inmediatamente la tarea de individualizar el remedio”<sup>(87)</sup>.

En la Austria que le tocó vivir a Jellinek, como se ha dejado entrever, los supuestos de ilegalidad parlamentaria que tiene en mente están asociados a los excesos de las mayorías parlamentarias, en especial, a la originada por la presencia de diversas minorías lingüísticas y culturales que se alternaban en el poder<sup>(88)</sup>, las que se encontraban en una “especie de estado de guerra”<sup>(89)</sup>.

El remedio contra esos excesos era dejar que tales problemas sean resueltos por órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales. Sin embargo, observaba Jellinek, el sistema existente en aquel entonces tenía muchas debilidades. Una de ellas era la virtual duplicidad de funciones para resolver tales conflictos, puesto que estos podían ser canalizados ante el Tribunal Supremo del Imperio y el Senado, o ante las dietas de los reinos y de los Lander.

En materia de protección de derechos fundamentales, por ejemplo, correspondía al Tribunal del Reich conocer de los recursos presentados por los ciudadanos por la lesión de sus derechos políticos constitucionalmente garantizados, mientras que al Senado del Reich y a las dietas de los reinos y de los Lander, obrar como “colegios jurisdiccionales”, al momento de evaluar la legitimidad de la elección de sus miembros<sup>(90)</sup>. Destacaba Jellinek que un sistema semejante propiciaba

---

(87) Como ha recordado Beniamino Caravita [*Corte 'giudice a quo' e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, citado, pág. 35] tras esta iniciativa Jellinek no pone en duda la soberanía del Parlamento.

(88) Cf. Olivier Jouanjan, “Une Cour constitutionnelle pour l’Autriche? Sur un projet de Georg Jellinek en 1885”, en AA.VV. *Les droits individuels et le juge en Europe. Melanges en l’honneur de Michel Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, págs. 287-288.

(89) Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 65. Cf. también Georg Jellinek, “Parliamentary obstruction”, en *Political Science Quarterly*, Vol. 19, N° 4, 1904, págs. 579-588.

(90) Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 51.

la superposición de uno sobre otro en el conocimiento de materias afines y que estos fueran resueltos bajo criterios distintos, como ya había acontecido en 1880, donde la existencia de pronunciamientos contradictorios entre el Tribunal del Imperio y los órganos de representación política, desencadenó un intenso debate acerca de la individualización de quién debería ser el juez predeterminado por ley para conocer de estos asuntos<sup>(91)</sup>.

Otro tanto sucedería con los conflictos de competencia entre la legislación ordinaria y la legislación constitucional. Las disposiciones sobre la reforma constitucional de 1867 otorgaban competencia al Senado imperial y a las dietas provinciales para resolver los conflictos entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales. Una competencia de esta envergadura, en un Estado como el austríaco —caracterizado por albergar un número bastante alto de nacionalidades y minorías lingüísticas— generaba una grave inestabilidad política e institucional, no solo porque “cada ley de cierta importancia era objetada de inconstitucionalidad” “por individuos, comités o minorías”, sino porque las propias instancias de control eran las que lo generaban y, al mismo tiempo, eran las llamadas a resolverla.

Jellinek no creía que problemas parecidos deban ser resueltos por cualquier juez, pues entendía que facultarlos con una competencia semejante les permitiría controlar el respeto de las reglas y formas de la actuación parlamentaria, un asunto que a su entender, en las postrimerías del siglo XIX, pertenecía a la esfera interna de las cámaras. De modo distinto, sí consideraba plausible que temas como estos fueran resueltos por el máximo tribunal de justicia, concediendo a las minorías

---

<sup>(91)</sup> Este problema fue presentado por Jellinek a la reunión de juristas alemanes de 1888, mediante una moción en la que proponía se deliberase si: “¿Es aconsejable reconocer el control de las elecciones por los cuerpos electorales como actividad jurisdiccional y sujetarlo en consecuencia a la autoridad de un tribunal electoral independiente?”. La moción, indica Luther [“La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania e Austria”, en *Quaderni Costituzionali*, N° 3, 1990, pág. 533, nota 3] “no fue ni siquiera sujeta a discusión en la asamblea de los juristas”.

parlamentarias el derecho de recurrir.

Un problema semejante observaba Jellinek en el modo cómo se había previsto la solución de los conflictos entre la legislación de los Lander y del Reich. La Ley Fundamental sobre la representación del Imperio, del 21 de diciembre de 1867, precisaba que era competencia del Senado Imperial todos los ámbitos comunes a los reinos y a los Lander representados en el Senado Imperial, en cuanto los mismos no entraran en las competencias comunes con Hungría, los cuales se encontraban detallados explícitamente en una ley especial. Y al mismo tiempo establecía que lo que no estaba especificado, era de competencia de las dietas provinciales.

Conflictos de esta naturaleza, destacaba Jellinek, no podían solucionarse en base al criterio de *lex superiore derogat lex inferiore*, pues las relaciones entre las leyes del Reich y la de los Lander no se planteaban en términos de superioridad de uno sobre otro, al reconocerse a ambos tipos de legislaciones el mismo valor o rango normativo. Sin embargo, advertía que esta originalidad de la solución austríaca planteaba la dificultad de que cuando se produjera la colisión entre ambos niveles de gobierno, se invitaba a que sea el Estado mismo el que entrara en contradicción, no obstante que “la personalidad del legislador es una y la misma en el Reich y en el Land”<sup>(92)</sup>. Así, pues, los remedios que se habían previsto no ofrecían la seguridad de que las disputas se dilucidaran con criterios jurídicos, sino conforme a razones de naturaleza política, pues eran políticos los órganos llamados a resolverlos.

En opinión de Jellinek, la mejor manera de despolitizar estos asuntos y alcanzar la estabilización del derecho público austríaco, era confiar su solución a un órgano de naturaleza jurisdiccional, como el Tribunal del Imperio, al cual debería redefinirse como “Tribunal Constitucional” y concebírsele como un “tribunal arbitral”, es decir, un tribunal al cual los partidos políticos y las mayorías y minorías parlamentarias puedan dirigirse a fin de obtener una decisión imparcial,

---

<sup>(92)</sup> Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 79.



desprovista de cualquier sesgo partidista. Una propuesta de esa naturaleza, pensaba Jellinek, no requería la incorporación de un nuevo tribunal de justicia en el *Reich* sino de una adecuación del Tribunal del Imperio. “Si al Tribunal del Imperio fuese confiada la competencia sobre los 3 casos tratados en este escrito, con tal modificación sus atribuciones no se verían incrementadas, sino simplemente intensificadas. Como juez de la competencia, el Tribunal sería llamado a decidir los conflictos de competencia entre la legislación del Reich y de los Lander. Como juez para la tutela de los derechos políticos garantizados, éste sería llamado a pronunciarse sobre las elecciones realizadas”<sup>(93)</sup>.

Aunque juzgaba que no era “esencial”, sugería que entre las competencias del Tribunal del Imperio también debería incorporarse la de conocer las acusaciones contra los ministros, que en ese entonces era de competencia del Tribunal del Estado (*Staatsgerichtshof*). “Esto, sin embargo, no es esencial. No cualquier principio viene a concretizarse en el modo lógicamente más simple en la historia de un ordenamiento. Si el Tribunal del Estado continua ‘vegetando’ como tribunal autónomo, esto es al fin de cuentas una lesión a la lógica arquitectónica del jurista más que una pérdida para la realidad del Estado”<sup>(94)</sup>.

Por otro lado, Jellinek sostenía que —para que el Tribunal Constitucional actuara como un verdadero árbitro— era preciso que se realizaran ciertas modificaciones relacionadas con su composición y el *status* jurídico de sus miembros. Una de ellas, a su juicio, era el nombramiento vitalicio de sus magistrados por el Emperador, sobre la base de una propuesta alcanzada por el Senado, el cual debería ser elegido libremente por la Corona, lo que en su opinión propiciaba que el órgano alcance niveles aceptables de independencia y autonomía.

Un aspecto importante en el planteamiento de Jellinek es el relativo a la legitimación para promover conflictos de competencias. Al lado de conferir de *lege ferenda* con esta legitimación al Gobierno, postula que esta

<sup>(93)</sup> Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 112.

<sup>(94)</sup> Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 116.

también debiera ser conferida a las minorías parlamentarias, en un número no demasiado exiguo, para evitar que el Tribunal se convierta en un espacio donde se prolongue el debate de las cámaras. En tal sentido, sugería que el número requerido para activar el funcionamiento del Tribunal debería ser de cuarenta miembros de la Cámara de Representantes y veinte de la Cámara Alta. Asimismo, planteaba que el conflicto de competencias pueda ser promovido por las minorías de las dietas provinciales, en un número que los propios ordenamientos provinciales deberían proponer.

Así, pues, el Tribunal Constitucional propuesto por Jellinek no estaba orientado a controlar la constitucionalidad de las leyes, ni siquiera en aquellos casos en los que conociera del conflicto de competencias entre la legislación ordinaria y la legislación constitucional<sup>(95)</sup>. El control que aquel efectuaría no se fundaba en el principio de jerarquía, sino en el principio de competencia: “El Tribunal debería expresar su juicio solo si viene planteada la incompetencia del respectivo cuerpo representativo”<sup>(96)</sup>.

La diferencia entre el control abstracto de la ley y el conflicto de competencias —este último propugnado por Jellinek— es que mientras en el primer caso, el resultado del juicio es consecuencia del contraste en abstracto entre dos normas de jerarquía distinta, en el segundo, en cambio, la evaluación apuntaría a individualizar si el órgano que dictó la norma enjuiciada tenía o no competencia para proceder a la regulación de la materia dada. Y esto último era una cuestión, en opinión de Jellinek, que solo requiere “la subsunción de un caso concreto bajo las

---

<sup>(95)</sup> Elisabetta Palici di Suni, “Presentazione” al libro de Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 15. Massimo La Torre [“Scienza giuridica e Stato di Diritto. Leonard Nelson e Georg Jellinek”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Año II, N° 2, 1999, pág. 395] destaca que el control de constitucionalidad de las leyes, para Jellinek, era “jurídicamente inadmisibile”.

<sup>(96)</sup> Georg Jellinek, *Una Corte Costituzionale per l’Austria*, citado, pág. 95. Piensa lo contrario Olivier Jouanjan, “Une Cour constitutionnelle pour l’Austrie? Sur un projet de Georg Jellinek en 1885”, en AA.VV. *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l’honneur de Michel Fromont*, citado, págs. 306-307

reglas ya existentes del derecho constitucional”<sup>(97)</sup>.

Este fue, en términos generales, el contenido del proyecto que en 1885 Jellinek divulgó. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió con el propuesto por Sieyès, el de Jellinek no fue objeto de debate, no fue sometido a votación y tampoco se incorporaron sus sugerencias al Derecho Público del Imperio Austro-Húngaro<sup>(98)</sup>. Es probable que tampoco haya tenido la publicidad suficiente y, si la disfrutó, que esta no traspasara el mundo académico de habla germana, como se trasluce de algunas notas necrológicas que se publicaron al dejar de existir Jellinek [1911]<sup>(99)</sup>, o en las enciclopedias jurídicas más importantes de la primera mitad del siglo XX<sup>(100)</sup>. Sin embargo, la voz del maestro de Heidelberg y su sugerencia de institucionalizar un “Tribunal Constitucional” quedaría impregnada en dos personajes cuya influencia sería decisiva luego del desmoronamiento del Imperio Austro-Húngaro y el establecimiento de las bases de la actual República Austríaca: Karl Renner y Hans Kelsen.

#### 4. KELSEN Y SU ROL EN LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AUSTRÍACO

Algunos años después, la propuesta de Jellinek fue retomada por quien llegaría a ser el Canciller de la primera República Austríaca, Karl Renner (1870-1950). Renner —oriundo de Moravia, la actual

---

<sup>(97)</sup> Beniamino Caravita, *Corte ‘giudice a quo’ e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, citado, pág. 37.

<sup>(98)</sup> Este trabajo de Jellinek, “uno de las raras intervenciones de relevancia también política del autor”, “no tuvo ningún eco inmediato en la vida política austríaca y alemana de fin de siglo”. [Jorg Luther, “La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania e Austria”, en *Quaderni Costituzionali*, N° 3, 1990, pág. 533].

<sup>(99)</sup> Cf. la nota aparecida en *The American Journal of International Law*, Vol. 5, N° 3, 1911, págs. 716-718.

<sup>(100)</sup> Cf. Felice Bataglia, “Georg Jellinek”, en *Enciclopedia Italiana* [la voz es de 1933, en [http://www.treccani.it/enciclopedia/georg-jellinek\\_\(Enciclopedia-Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/georg-jellinek_(Enciclopedia-Italiana)/)], consultada el 24 de febrero de 2015.

República Checa, que por entonces formaba parte del Imperio Austro-Húngaro— se interesó desde muy joven en la política, abrazando las ideas socialdemócratas que en Austria enarbolaba el movimiento obrero, bajo la dirección de Víctor Adleren (1852-1918).

A los 25 años ya trabajaba como asistente de investigación en el Parlamento austríaco. De esta época son diversos trabajos suyos, los que debido a su condición de funcionario del Estado y a sus ideas políticas —que no era bien vistas por el conservadurismo de la época—, salieron a la luz bajo seudónimos (Rudolf Springer, Synopticus, etc.). Esta forma de publicitar sus ideas se prolongó hasta 1907, año en el que fue electo como representante en el Parlamento austríaco<sup>(101)</sup>.

Uno de los temas recurrentes en los primeros trabajos de Renner fue el fortalecimiento de la organización política y administrativa del Imperio Austro-Húngaro<sup>(102)</sup>. Partidario de dotar de mayor autonomía a los entes territoriales, en 1902, publicó *Der kampf der österreichischen nationen um den staat* bajo el pseudónimo de Rudolf Springer<sup>(103)</sup>. En dicho texto, de la mano a su propuesta de reorganización del poder territorial, Renner retomaría la tesis jellinekiana de crear un Tribunal Constitucional, para que sea este órgano el que se haga cargo de resolver los conflictos competenciales entre las diversas instancias territo-

<sup>(101)</sup> Cf. Robert A. Kahn, “Karl Renner (December 14, 1870 - December 31, 1950)”, en *The Journal of Modern History*, Vol. 23, N.º. 3 (Sep., 1951), págs. 243-249.

<sup>(102)</sup> Cf. Xabier Arzos Santisteban, “Karl Renner y la teoría de la autonomía nacional”, “Estudio Preliminar” a la obra de Karl Renner, *Estado y Nación. El Derecho de las naciones a la autodeterminación*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, págs. XI-CXXXIV. [Es la traducción parcial de 2 libros de Renner, a uno de los cuales se alude inmediatamente y donde se insiste en la propuesta de institucionalizar un Tribunal Constitucional. Lamentablemente, el Cap. V que lo contiene no ha sido traducido. Cfr. algunas referencias entre las págs. 320-327]. Sara Lagi, “*Stato e nazione nel pensiero politico austriaco: Karl Renner e Adolf Fischhof (1869-1899)*”, en *Il Pensiero politico*, XLIV, 2011, págs. 45-60.

<sup>(103)</sup> Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes ‘De la esencia y valor de la democracia’*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, pág. 161, nota 577.

riales. Este libro conoció una segunda edición, a principios de 1918, bajo el título *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen in besonderer Anwendung auf Österreich* [La autodeterminación de las naciones, una aplicación particular para Austria (Franz Deuticke, Leipzig und Wien)], seguramente reeditado ante el inminente desplome del Imperio Austro Húngaro y el debate constituyente que vendría luego.

Según Theo Ohlinger<sup>(104)</sup>, la propuesta de Renner se orientaba a edificar Austria bajo una estructura federal, en la que se reconociera a los grupos étnicos la condición de comunidades de individuos y de entidades territoriales<sup>(105)</sup>. A la par, volvía a proponer la institucionalización de un Tribunal Constitucional, al cual correspondería garantizar la separación de poderes entre el Parlamento federal y los órganos representativos de las respectivas naciones y territorios, concediéndose al Gobierno y al Parlamento federales el derecho de interponer una acción ante el Tribunal, y a los Lander la facultad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes y los actos de la federación<sup>(106)</sup>. Según Renner, “los conflictos de competencia eran más frecuentes y peligrosos que en los Estados Unitarios”, por lo que “cada Estado Federal necesita de un concreto Tribunal Constitucional”<sup>(107)</sup>.

Pocos meses después, en octubre de 1918, Renner fue designado Canciller del primer gobierno provisional de Austria (1918-1920), en-

<sup>(104)</sup> Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes 'De la esencia y valor de la democracia'*, citado, pág. 161.

<sup>(105)</sup> Cf. Sobre similitud entre la propuesta de Renner y el debate actual en torno al multiculturalismo y los derechos de los grupos étnicos y las minorías nacionales, véase: Ephraim Nimni, “Nationalist multiculturalism in late imperial Austria as a critique of contemporary liberalism: the case of Bauer and Renner”, en *Journal of Political Ideologies*, N° 4, Vol. 3, 1999, págs. 289-314.

<sup>(106)</sup> Theo Ohlinger, “The genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 2, pág. 212. Georg Schmitz, “The constitutional court of the Republic of Austria 1918-1920”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 2, 2003, págs. 242-244.

<sup>(107)</sup> Citado por Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la esencia y valor de la democracia*, citado, pág. 161.

cabezando una coalición entre el Partido Socialdemócrata austríaco y algunos partidos conservadores. Entre sus tareas primordiales estaba la de organizar a las pequeñas naciones de habla alemana en la *Deutsch Republik Österreich*, proyecto que quedó trunco por la negativa de los países que formaban la Entente que ganó la Primera Guerra Mundial, permitiéndose sí la instauración de la *Republik Österreich*.

Acometer tal tarea suponía empezar por sus bases mismas, esto es, por aprobar una Constitución. Para ello, mediante Ley del 19 de diciembre de 1918, se encargó a la Cancillería del Estado preparar los proyectos correspondientes<sup>(108)</sup>. Ya unos días antes, el 25 de noviembre de 1918, Renner había nombrado a Hans Kelsen como asesor de la sección de reforma constitucional de la Cancillería del Estado<sup>(109)</sup> quien, posteriormente, conformaría también, en su condición de experto en Derecho Público, la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, cuya elección se realizó el 16 de febrero de 1919, y empezó a sesionar a partir del 4 de marzo del mismo año.

Sin embargo, antes de que tal nombramiento se realizara, el 30 de octubre de 1918, Karl Renner pronunció un discurso ante la Asamblea Nacional Provisional de Austria, sugiriendo la aprobación de un Tribunal Constitucional:

“Actualmente —sostenía Renner— no tenemos la posibilidad de crear un Tribunal de Estado con todas las garantías del a-partidismo y de la objetividad judicial. Hemos encargado temporalmente esta función a una Comisión de esta Asamblea compuesta por veinte miembros (haciendo referencia al Consejo de Estado)... Después, en un futuro no muy lejano, volveremos sobre este punto y en el lugar de un Tribunal de Estado (*Staatsgerichtshof*) tendremos un Tribunal Constitucional

---

<sup>(108)</sup> I. Seidl-Hohenveldern, “Le service de la Constitution a la Chancellerie federale d’Autriche”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 3, N° 3, 1951, págs. 464-465.

<sup>(109)</sup> Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la esencia y valor de la democracia*, citado, págs. 125 y sgtes.

(*Verfassungsgerichtshof*), que no tendrá que ocuparse solo de la protección de los ciudadanos, sino también de las disposiciones estatales, de la libertad de voto y de nuestro derecho público”<sup>(110)</sup>.

Esta propuesta se materializó casi tres meses después, el 25 de enero 1919, con la aprobación de una ley mediante la cual las competencias del antiguo Tribunal del *Reich* fueron confiadas al nuevo Tribunal Constitucional. Entre estas se encontraban los conflictos de competencias que se pudieran suscitar entre tribunales y las autoridades administrativas; entre el Parlamento de un Land y las autoridades gubernamentales; y entre los entes locales autónomos de los diversos Lander. Igualmente, le correspondería decidir acerca de las reivindicaciones de derechos en las controversias del Reich y los Lander, en particular, cuando una controversia semejante no hubiera podido continuar el normal *iter* jurisdiccional; y, finalmente, podría decidir sobre los recursos de los ciudadanos contra los actos de la administración por violación de los derechos políticos garantizados por la Constitución<sup>(111)</sup>.

Esta ley —mediante la cual se transfirieron las competencias del antiguo Tribunal del Imperio hacia el Tribunal Constitucional— fue redactada por Hans Kelsen, tras ser comisionado para ello por el Canciller Karl Renner. En diciembre de 1918, Kelsen había preparado un “memorándum” [*Einwurf eines Gesetzes uber die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*, Proyecto de ley sobre la institución de un Tribunal Constitucional] en el que destacaba lo contradictorio que era mantener al Tribunal del Imperio en un contexto en el que las instituciones imperiales y sus fundamentos ya no existían más. No solo era el hecho de que el Imperio había sido sustituido por la República, sino también sus propios

<sup>(110)</sup> Sara Lagi, “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1920)”, en *Co-herencia*, Vol. 9, N° 16, Medellín, 2012, pág. 275.

<sup>(111)</sup> Theo Ohlinger, “L’evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria”, en Giorgio Lombardi (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel Diritto Comparato*, Maggioli editore, Rimini, 1985, pág. 38. Repárese la similitud de las propuestas de Jellinek y Renner.

fundamentos [la soberanía del Estado imperial por la soberanía popular]: “con el antiguo Estado Austríaco han dejado de existir jurídicamente también sus órganos. En su lugar deben ponerse unos nuevos a través de la Constitución de la República austro-alemana”<sup>(112)</sup>.

Dos meses después, el 14 de marzo 1919, se modificó la ley del Tribunal con el propósito de conferirle una competencia adicional, ya propuesta por Jellinek en 1885. En adelante, los gobiernos de los Estados de la República Provisional de Austria tenían que informar al Gobierno Federal acerca de los proyectos de ley que elaboraran sus respectivos parlamentos, facultándose al Gobierno Federal, de ser el caso, para cuestionarlos ante el Tribunal Constitucional dentro de los primeros 15 días, antes de su entrada en vigencia<sup>(113)</sup>. De este modo, el control preventivo de constitucionalidad, que la Ley del 14 de marzo de 1919 institucionalizó, venía a condicionar la promulgación de las leyes aprobadas por los parlamentos de los *lander* hasta que el Tribunal Constitucional confirmase su constitucionalidad<sup>(114)</sup>.

En paralelo a estas reformas legislativas proseguía el debate constituyente. Durante este, correspondería a Hans Kelsen desarrollar un papel especial en la elaboración de lo que después se convirtió en la Constitución Austríaca de 1920. Así, en mayo de 1919, el Canciller del Estado encargó a Kelsen elaborar una serie de proyectos para una Constitución Federal, los que fueron retocados por el Secretario de Estado para asuntos constitucionales Michael Mayr, y discutidos luego con el mismo Renner, para luego ser puestos en conocimiento de los partidos políticos y de los Lander. Así se dio inicio a una ronda de consultas a fin de obtener su asentimiento.

---

<sup>(112)</sup> Citado por Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la esencia y valor de la democracia*, citado, Madrid, 2007, pág. 167.

<sup>(113)</sup> Georg Schmitz, “The constitutional court of the Republic of Austria 1918-1920”, en *Ratio Juris*, citado, págs. 247-248.

<sup>(114)</sup> Theo Ohlinger, “The genesis of the Austrian Model of constitutional review of legislation”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 2, pág. 211.



Según expresa Robert Walter, Kelsen elaboró una serie de proyectos de Constitución, con el objeto de que las diversas fuerzas políticas y sociales que participaban en su deliberación tuvieran la oportunidad de escoger aquella que le fuera más afín. “Ello fue de gran ventaja, porque todos los proyectos eran redactados sobre la base de un esquema determinado, de modo que la discusión pudo verter solo sobre cuestiones concretas, sin esterilizarse sobre problemas de forma, articulación o lenguaje”<sup>(115)</sup>.

A los proyectos que Kelsen preparó se sumaron los que elaboraron los partidos políticos. Así, el 11 de julio de 1920, se inició un periodo de consultas. En la segunda sesión de la Asamblea Constituyente esta nominó una Subcomisión, a la cual se incorporó Kelsen, como antes se ha dicho, en calidad de consultor científico. Para aquel entonces, este ya era un reputado especialista en Derecho Público, que en 1918 había sido nombrado profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena y, al año siguiente, catedrático de la misma, además de haber sido asistente legal del último Secretario de Defensa del Imperio Austro-Húngaro.

En tal circunstancia, tocó a Kelsen desempeñar un rol preponderante, antes y después de que se instalara la Asamblea Constituyente, lo que incluyó el trabajo a nivel de la Subcomisión, cuyas labores empezaron el 11 de julio de 1920 y concluyeron el 23 de septiembre del mismo año. En el debate se tuvieron presente todos los anteproyectos, pero se tuvo especial consideración al discutido con los Lander (que por haberse efectuado en la ciudad de Linz, se denominó “Proyecto Linz”), algunos de cuyos aspectos fueron establecidos sobre la base de los aportes del Partido Socialdemócrata, por los pangermánicos y un proyecto elaborado de común acuerdo entre Renner y Mayr.

El Proyecto Linz se confeccionó sobre la base de un proyecto previamente presentado a los Lander por el secretario de Estado en asuntos constitucionales Michael Myer, en la ciudad de Salisburgo, en

---

<sup>(115)</sup> Robert Walter, “Hans Kelsen y le origine della Costituzione federale austriaca del 1920”, en *Scienza & Politica*, Vol. 3, N° 5, 1991, pág. 35.

febrero de 1920<sup>(116)</sup>. Kelsen no participó de esta primera negociación, pero sí de la que se deliberó en la ciudad de Linz, aunque en ella no hizo uso de la palabra<sup>(117)</sup>. Según expresa Kelsen, su tarea consistió “en calificar los principios políticos que me venían indicados de la manera más indiscutible, desde el punto de vista técnico-jurídico, incluyendo así eficaces garantías para el desarrollo de las funciones estatales, de manera conforme a la Constitución. El núcleo jurídico de la Constitución era para mí la parte sobre las garantías de la Constitución y de la Administración Pública”<sup>(118)</sup>.

En mayo de 1920, los pangermánicos hicieron público su proyecto de Constitución, el cual también contemplaba un Tribunal Constitucional que debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes federales y de las normas que dictasen los Lander. También el Tribunal Constitucional venía propuesto en el Proyecto Renner-Mayr, que se publicaría unos meses después, el 8 de julio de 1920, en un intento de conciliar los proyectos de Linz y el presentado por los socialdemócratas.

En la Subcomisión creada por la Asamblea Constituyente, la discusión sobre el Tribunal Constitucional se realizó fundamentalmente alrededor del Proyecto Linz, en cuyos artículos 149 y 150 se contemplaba el sistema de Justicia Constitucional. Si bien en su confección Kelsen tuvo una participación notable, la idea de institucionalizar un Tribunal Constitucional y atribuirle la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes federales y locales era una idea compartida por diversos sectores políticos.

---

<sup>(116)</sup> Acerca de la influencia de Myer: Georg Schmitz, “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”, en *Ratio Juris*, citado, págs. 252 y sgtes.

<sup>(117)</sup> Robert Walter, “Hans Kelsen y le origine della Costituzione federale austriaca del 1920”, en *Scienza & Politica*, citado, pág. 36.

<sup>(118)</sup> Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di Mario G. Losano, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pág. 109.

Sin embargo, fue en la decimotercera sesión de la Subcomisión, realizada el 31 de agosto de 1920, que Kelsen realizaría su aportación más original. Allí plantearía que al Tribunal Constitucional se le definiera como “defensor objetivo de la Constitución”, al proponer un “procedimiento de oficio” mediante el cual se le permitía controlar la constitucionalidad de las leyes pese a que no existiese requerimiento de parte<sup>(119)</sup>.

La propuesta fue rechazada inicialmente, bajo el argumento de que el Tribunal no podría activar sus funciones si no existía un pedido de alguno de los sujetos legitimados. Esto motivó que Kelsen propusiera una nueva versión, en las sesiones del 14 y el 23 de septiembre de 1920, consistente en prescribir que el Tribunal Constitucional estaría autorizado a realizar el control de oficio de las leyes y reglamentos siempre que estos constituyeran el presupuesto de su decisión, lo que fue aceptado sin observaciones<sup>(120)</sup>.

## 5. EPÍLOGO

Esta secuencia de hechos ha generado justificadas reservas en diversos sectores de la doctrina acerca de la veracidad de la afirmación de Kelsen, según la cual el Tribunal Constitucional sería su “obra más personal”. El hecho de que la Jurisdicción Constitucional pueda justificarse, desde un punto de vista teórico, a partir del modelo de articulación de las fuentes del Derecho formulada en su *Teoría Pura del Derecho*<sup>(121)</sup>, no es suficiente para que se considere al modelo austríaco

(119) Giorgio Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato. H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, Giuffrè editore, Milano, 1998, pág. 189.

(120) Giorgio Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato. H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, citado, págs. 190-191.

(121) Así, por ejemplo, Walter Frisch Philipp, *La forma en que se plasmó la ‘Teoría Pura del Derecho’ de Hans Kelsen en la Jurisdicción Constitucional Austríaca, creada por él*, citado. En similar sentido, Giorgio Bongiovanni, “Rechtsstaat and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen’s contribution”, en Pietro Costa y Danilo Zolo, *The rule of law: History, theory and criticism*, citado, págs. 310-313. En contra, Michel Troper, “Kelsen y el control de constitucionalidad”, en *Derechos y Libertades*, Año 2, N° 4, Madrid 1995, págs. 307 y sgtes.

de Jurisdicción Constitucional como obra de un jurista en particular, pues todo parece indicar que se trata de un sistema en el que co-participaron, en diversos momentos, una serie de autores<sup>(122)</sup>.

Desde luego que nada de esto ha concluido con negarle su participación en el diseño del modelo. En particular, la originalidad de su propuesta para que el Tribunal, *ex officio*, realice el control de constitucionalidad de una ley que el Tribunal tuviera que aplicar en cualquiera de los otros procedimientos de su competencia. Esta propuesta supuso un replanteamiento fundamental acerca de cómo se concebía al Tribunal: de mero árbitro entre la federación y los Estados, pasó a convertirse en un guardián objetivo de la Constitución.

Tampoco se regatea al autor de la *Teoría Pura del Derecho* el mérito de haber sido el primero en explicar, con sistematicidad y rigor, la esencia del Tribunal Constitucional así como las características de la acción abstracta de inconstitucionalidad. Un análisis minucioso de la naturaleza, funciones y composición de los tribunales constitucionales así como las singularidades de esta acción abstracta (cuya influencia aún se percibe en el debate contemporáneo). Y *last but not least*, haberla defendido de los ataques de quien tal vez, como ningún otro (Carl Schmitt), puso en entredicho los supuestos en los que se asientan los tribunales constitucionales<sup>(123)</sup>.

---

<sup>(122)</sup> Sobre la influencia de Karl Renner sobre Kelsen, Cf. Carlos Miguel Herrera, “Kelsen y el socialismo reformista”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 96, Madrid, 1997, págs. 77 y sgtes.

<sup>(123)</sup> Cf. 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?*, Editorial Tecnos, Madrid, 2009. Kelsen, por lo demás, fue uno de los primeros magistrados de dicho Tribunal, cargo para el que fue nombrado el 3 de mayo de 1919 (y designado relator permanente en 1921) y que tuvo que dejar en 1929, tras la reforma constitucional de ese año. Cf. Luis Villar Borda, “De cómo se destruye un Tribunal Constitucional”, en *Derechos y Libertades*, N° 20, 2009, pág. 52. Ver igualmente, Ricardo Gaulia Borrmann, “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court: Family Law, Political Conciliation and Religious Culture (1919-1930)”, en *Sociología del Diritto*, N° 3, 2014, pág. 65-91.

Pero si la instauración del Tribunal Constitucional en la Constitución Austríaca de 1920 es parte de una obra colectiva, es igualmente evidente que a quien le correspondió por primera vez proponerlo no fue a Kelsen ni a Karl Renner sino a Georg Jellinek. La paternidad del nombre de la institución nunca fue negada por Karl Renner quien, como antes se ha dicho, en las monografías que alentó su institucionalización citó al jurista nacido en Leipzig<sup>(124)</sup>. No sucedió así con Kelsen. ¿Acaso el Jefe de la Escuela de Viena no conocía esta monografía de Jellinek?

Esta última insinuación debe descartarse. Un año antes de que Kelsen fuera a realizar un año sabático al famoso “Seminario Internacional” que dirigía Jellinek en Heidelberg, este ya había publicado un extenso comentario sobre la Ley Electoral del Imperio Austro-Húngaro (*Kommentar der osterreichischen Reichsratswahlordnung*, Viena 1907), en cuyas páginas 148 y 153 Kelsen citaba la monografía “Un Tribunal Constitucional para Austria”.

Por aquellos años, Georg Jellinek era una figura descollante en el Derecho Público, al extremo de que —según expresa el biógrafo de Kelsen, Rudolf Metall— una de las razones que lo llevaron a trasladarse de Viena a Heidelberg fue “...porque allí enseñaba Georg Jellinek, la más alta autoridad en la Teoría General del Estado, con quien Kelsen pensó finalizar su trabajo de habilitación”<sup>(125)</sup>.

De hecho, Kelsen no tuvo una relación estrecha con Jellinek. Al parecer este le dispensó un trato distante y frío a su paso por Heidelberg<sup>(126)</sup>.

---

<sup>(124)</sup> Cf. José Antonio López García, “Georg Jellinek: apuntes biográficos e intelectuales”, en AAVV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, t. 1, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 769.

<sup>(125)</sup> Rudolf Metall, *Hans Kelsen, vida y obra*, UNAM, México, 1976, pág. 17.

<sup>(126)</sup> Al parecer este tipo de trato era bastante común en Jellinek con sus discípulos más brillantes, pues impresiones similares a la de Kelsen también la tuvieron quienes años después vendrían a ser juristas de la talla de Gerhard Anschutz, Wilhelm Windelband o Gustav Radbruch. Cf. José Antonio López García, “Georg Jellinek: apuntes biográficos e intelectuales”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, citado, págs. 782-784.

En una autobiografía que nunca publicó en vida, Kelsen recordó: “No gasté tiempo en oír lecciones, sólo visité el seminario de Jellinek... Tampoco entré en una relación personal con el propio Jellinek... Además yo lo vi apenas dos o tres veces, fuera del seminario. Si mi recuerdo es fiel, él era además en ese momento Rector de la Universidad y como tal tenía poco tiempo para dedicarle a un estudiante recién llegado”<sup>(127)</sup>.

En el plano personal, Kelsen no se llevó una buena impresión de Jellinek. En su autobiografía llegó a tildarlo de “vanidoso”, que era “mejor como escritor que como docente” y que era “débil y poco original”<sup>(128)</sup>. Sin embargo, esta imagen del docente no impidió que Kelsen reconociera la importancia del trabajo científico de Jellinek. En el Prólogo a la primera edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* [1911], Kelsen no dudó en afirmar:

“Mientras los últimos folios de este trabajo iban a la imprenta, moría en Heidelberg Georg Jellinek. Tuve la fortuna de poder formar parte de sus discípulos. Lo que él representaba para la ciencia lo sabe cualquiera que esté en relación con la doctrina moderna del derecho público. Casi cada página de este libro testimonia la potente influencia por él ejercida sobre el desarrollo de la doctrina del Estado. También allí donde he llegado a resultados distintos de los propios de su magisterio, esto ha sucedido en gran parte gracias a las vías abiertas por él, sobre las cuales él ha caminado por primera vez como Maestro inigualable. Acaso pueda este trabajo dar una pequeña contribución a la memoria de este Grande”<sup>(129)</sup>.

---

<sup>(127)</sup> Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, citado, pág. 79

<sup>(128)</sup> Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, citado, pág. 79. [Existe traducción castellana, *Autobiografía* (Mathias Jestaedt, editor), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008 (el texto de Kelsen es de 1947), la cita en págs. 84-85].

<sup>(129)</sup> Hans Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura de A. Carrino, Napoles 1997, pág. 14. La versión castellana (Editorial

Años después, al presentar la primera edición de su monumental *Teoría General del Estado* [1925], Kelsen volvería recordar a Jellinek como su “inolvidable maestro”.

“Compréndase que de modo especial me haya referido a la Teoría General del Estado de Georg Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la Teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el *standard work* de mi inolvidable maestro”<sup>(130)</sup>.

No hay ninguna hipocresía de Kelsen en el hecho de que en el ámbito privado dijera una cosa de Jellinek —pues la Autobiografía no la publicó en vida— y otra en público. Como ha puesto de relieve Mario Losano, “uno de los rasgos característicos de Kelsen consistía precisamente en saber separar las disputas teóricas de la animosidad personal”<sup>(131)</sup>. Por ello, si bien las relaciones entre alumno-profesor no se desarrollaron de manera óptima, sin embargo, la imagen del científico del Derecho que tenía Kelsen de Jellinek nunca quedó mellada.

Por otro lado, entre 1926 y 1927, Kelsen recibió en el *Centre français des Hautes Etudes de Vienne* al joven jurista francés Charles Eisenmann, a quien asesoró en su tesis doctoral sobre el Tribunal Constitucional austríaco. En dicho trabajo, que se publicara al año siguiente con prefacio del Jefe de la Escuela de Viena<sup>(132)</sup>, Eisenmann

---

Porrúa, México, 1987), por cierto, no reproduce el Prólogo a la primera edición de este libro.

<sup>(130)</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Editorial Labor, Madrid, 1934, pág. IX.

<sup>(131)</sup> Cf. Mario Losano, “Prefazione”, al libro de Hans Kelsen, *Scritti Autobiografici*, citado, pág. 13.

<sup>(132)</sup> Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, Paris, 1928, reimpresa por Economica, Paris, 1986. Las referencias al proyecto de Jellinek, en págs. 157-160.

hizo un breve recuento de la evolución de la “justice constitutionnelle” en Austria, analizando un largo periodo de ochenta años [1848-1928], lo que le permitió abordar “Le projet de Jellinek”, al que dedicó un subcapítulo especial.

Dado que directa o indirectamente Kelsen conocía de la propuesta de su “inigualable maestro”, es sugerente la propuesta de Stanley Paulson<sup>(133)</sup>, en el sentido de considerar la contribución real de Kelsen tomando en cuenta los distintos roles que aquél habría tenido en el diseño de la Jurisdicción Constitucional austríaca.

En ese sentido, ha sugerido considerar, en primer lugar, su participación en la condición de experto científico en los trabajos constituyentes que, a su vez, comprende diversas fases, en cada una de las cuales incidió, en mayor o menor medida, con la incorporación del Tribunal Constitucional en la futura Constitución austríaca.

Así, su rol de co-autor del Tribunal Constitucional en los proyectos presentados como miembro de la sección de asuntos constitucionales de la Cancillería, difiere del aporte e influencia que pudo haber tenido cuando los proyectos de Constitución fueron deliberados en la subcomisión de Constitución de la Asamblea Federal. A su papel de asesor se sumaron funciones de negociador con los grupos con representación parlamentaria, como parece evidenciarse del destino que tuvo su propuesta más original, el control de oficio de las leyes y reglamentos. Al fin y al cabo, la necesidad de crear una institución como el Tribunal, tras el memorándum que preparara a inicios de 1919, con toda seguridad no fue extraña a algunos políticos austríacos importantes de la época<sup>(134)</sup>.

---

<sup>(133)</sup> Stanley L. Paulson, “On Hans Kelsen’s role in the formation of the Austrian Constitution and his defense of constitutional review”, en Werner Krawietz *et al*, *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift fur Aulis Aarnio*, Dunker und Humblot, Berlin, 2000, págs. 385-395.

<sup>(134)</sup> Georg Schmitz, “The constitutional court of the Republic of Austria 1918-1920”, en *Ratio Juris*, citado, págs. 261-262.



De otro lado, Paulson sugiere evaluar el rol de Kelsen desde el punto de vista de los presupuestos en los que se apoya la institución<sup>(135)</sup> y, en particular, la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico<sup>(136)</sup>, cuya autoría el Jefe de la Escuela de Viena se la debía a uno de sus discípulos, Adolf Julius Merkl<sup>(137)</sup>.

Merkl no estuvo ausente en los trabajos constituyentes, pues ingresó a trabajar a la Presidencia del Consejo nueve días antes de que el Emperador renunciara [el 2 de noviembre de 1918], autorizándose a ponerse a disposición del recientemente designado Canciller Renner, quien, en base a su condición de especialista en derecho público, lo destacó a la Oficina Constitucional de la Cancillería, donde se reencontró con Kelsen. Allí participó activamente en los trabajos legislativos que se llevaban a cabo y, conforme expresa el

---

<sup>(135)</sup> Algo muy semejante deja entrever Charles Eisenmann en *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*. En la "Introducción", luego de expresar que Austria hubo de aportar en 1920 un "elemento nuevo y original" con la creación del "primer" Tribunal Constitucional, sin embargo, expresa que esta solo es comprensible a partir de las ideas de quien encabezó su creación, esto es, Hans Kelsen [pág. XV].

<sup>(136)</sup> Como afirma Heinz Schaffer ["Giurisdizione costituzionale e conflitti tra poteri legislativi centrali e regionali nell'esperienza austriaca", en <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200610/schaffer.html>], "los presupuestos ideológicos y las motivaciones teóricas de la 'solución austríaca' provienen de la Teoría Pura del Derecho y, en particular, de la teoría del acto estatal viciado y de la teoría de la construcción a grados (*Stufenbau*)". De la misma manera, para Grussmann ["Giurisdizione costituzionale austriaca e Comunità Europee", en *Diritto e società*, N° 4, 1991, pág. 701], el control de constitucionalidad de las leyes "es una consecuencia lógica e ideológica de la concepción gradualista del ordenamiento jurídico elaborada por la Escuela de Viena de Hans Kelsen y Adolf Merkl". Últimamente, de manera crítica, Michel Troper, "Kelsen et la Court Constitutionnelle", en AA.VV. *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Porrúa-UNAM, México, 2008, págs. 445-461.

<sup>(137)</sup> Elena D'Orlando ["La giustizia costituzionale in Austria", citado, pág. 103] señala que: "...El *humus* en el cual la idea de Justicia Constitucional tomó cuerpo: (fue) la Teoría Pura del Derecho".

propio Jefe de la Escuela de Viena, tuvo una participación “preponderante en la preparación de la primera Constitución federal de la República Austríaca”<sup>(138)</sup>.

Según expresa su biógrafo Wolf-Dietrich Grussmann, Merkl formó parte de los funcionarios que participaron de los trabajos realizados por la subcomisión de la Comisión Constitucional de la Asamblea y luego, en su condición de colaborador del relator del Comité Constitucional de la Asamblea Constituyente, Ignaz Seipel, le correspondió redactar “algunos pasajes del proyecto de la Comisión” y, en particular, “la formulación, que ha devenido en clásica, relativa a la concepción federal de la Jurisdicción Constitucional austríaca”<sup>(139)</sup>.

Merkl, por cierto, no era cualquier discípulo. Su valía fue destacada por el propio Kelsen, quien alrededor de los 60 del siglo pasado, lo calificó como “un auténtico genio del pensamiento jurídico”, un *mitbegründer*, es decir, un co-autor de la *Reine Rechtslehre*. Una de sus principales contribuciones con la *Teoría pura del Derecho* fue haber concebido “la hipótesis, después acogida como elemento base del sistema kelseniano, del derecho como *Stufenbau*, la teoría que identifica al Derecho como una cadena ininterrumpida de mandatos legales entre sí en orden de actuación sucesiva, que del vértice a la base abraza la totalidad del ordenamiento jurídico”, que demandó de Kelsen modificar su posición en torno a la función y el significado de la Constitución en el sistema jurídico<sup>(140)</sup>.

---

<sup>(138)</sup> Citado por Wolf Dietrich Grussmann, “Adolf Julius Merkl: profilo biografico”, en Adolf Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè editore, Milano, 1987, pág. LXVIII.

<sup>(139)</sup> Wolf Dietrich Grussmann, “Adolf Julius Merkl: profilo biografico”, en Adolf Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, citado, pág. LXIX.

<sup>(140)</sup> Cf. Mario Losano, “Saggio introduttivo”, al libro de Hans Kelsen, *La dottrina pura del Diritto*, Einaudi editore, Torino, 1966, págs. XXIV-XXVIII. Gregorio Robles, *Hans Kelsen. Vida y Obra*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014, págs. 93-94. Clemens Jabloner, “Kelsen and his Circle: The Viennese years”, en *European Journal of International Law*, N° 9, 1998, pág. 375.

Fue, precisamente, Adolf Merkl quien, terciando en un debate entre Verdross y Weyr, sostuvo en 1917 que el legislador no era soberano y que los límites a los que este estaba sometido no eran ajenos al Derecho: “El legislador tiene un superior, y es la Constitución. Los caracteres de la constitucionalidad o inconstitucionalidad son índices de la ausencia de una supuesta soberanía (del legislador). Si se llega a atribuir soberanía a la ley, se renuncia a la noción de constitucionalidad e inconstitucionalidad”. En ese sentido, Merkl enfatizará que la Constitución “es la que traza las líneas mínimas y rigurosas de su función, y es la base por la cual su actividad se distingue en aquello que es derecho y aquello que no lo es”, para concluir que “la Constitución representa un parámetro jurídico para la legislación se trata, precisamente, del parámetro fundamental en base al cual un acto legislativo se evidencia que es constitucional o inconstitucional”<sup>(141)</sup>.

En definitiva, como puede observarse de este inventario, los rasgos estructurales de lo que hoy se llama modelo austríaco de Jurisdicción Constitucional fueron delineándose a lo largo del tiempo y a través de actores diversos. En Europa, es Sieyès a quien corresponde el mérito de haber propuesto por primera vez la introducción de un control de constitucionalidad de la ley parlamentaria; y a Georg Jellinek haber sugerido que la Jurisdicción Constitucional esté en manos de un órgano específico, denominado Tribunal Constitucional<sup>(142)</sup>. Y a una serie de juristas y políticos austríacos, entre los que Hans Kelsen tenía luz propia, hacer posible que el Tribunal Constitucional se incorpore

<sup>(141)</sup> Adolf Merkl, “L'immodificabilità delle leggi, Principio normologico”, en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, citado, pág. 134. [Este trabajo fue publicado originalmente en *Juristische Blätter*, Vol. 46, y data de 1917].

<sup>(142)</sup> Según Olivier Jouanjan [“Une Court constitutionnelle pour l’Autriche? Su un projet de George Jellinek en 1885”, citado, pág. 299, nota 18], en 1854, el húngaro Josef von Eotvos ya había considerado un “tribunal supremo” que conociera de los actos legislativos que traspasasen los límites de su mandato.

por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Por ello, más que creador de los tribunales constitucionales, fue Kelsen un coautor del modelo austríaco de Jurisdicción Constitucional.

Lima, febrero de 2015.

## Nota sobre Kelsen

---

ANTONIO LA PERGOLA

### NOTA PRELIMINAR

En 1980 conocí en Roma a Antonio La Pergola (1931-2007) a raíz de un evento organizado por mi buen amigo Pierangelo Catalano. Coincidí entonces con otros juristas italianos con los cuales cultivé larga amistad. Pero mi relación con La Pergola fue de inmediata empatía y cordial afinidad. Lo vi luego en varias oportunidades e incluso estuvo en Lima en 1987 en visita oficial como Ministro del gobierno italiano de entonces. Mantuvimos cierta correspondencia y después ocupó diversos cargos que lo llevaron por otros derroteros (Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Presidente de la Comisión de Venecia, Ministro de Estado, Presidente de la Corte Constitucional italiana, etc.), pero desde un primer momento me manifestó que pronto aparecería en italiano una versión cuidada de los más importantes textos que Kelsen había publicado en vida, tanto en alemán como en francés e inglés, sobre el tema del control constitucional. El volumen apareció en Milán en 1981 a cargo de la prestigiosa editorial Giuffrè con el título “La giustizia costituzionale” y en traducción de Carmelo Geraci. Conservo aun el ejemplar que tuvo la inmensa gentileza de enviarme y eso me

animó, por mi parte, a publicar dos de los textos más importantes del maestro vienés. Me contó entonces de su encuentro con Kelsen en Roma a mediados de los sesenta del siglo pasado, que precisamente narra en esta nota. En cuanto a idiomas, La Pergola me explicó que su encuentro fue en inglés, idioma que Kelsen prefirió al francés, seguramente por su mayor familiaridad con aquel idioma. A La Pergola le ofrecí traducir su “Premessa” lo que por complicaciones de la vida nunca logré hacer en vida del amigo, y que ahora recién presento. El volumen compilativo entonces publicado en italiano es de suma importancia, porque ha sido durante años el único referente, en cualquier lengua, de la producción de Kelsen sobre este tema (sin embargo, habrá que esperar a ver cómo se ordenan en las *Obras Completas* —*Werke*— actualmente en curso y que hasta donde alcanza mi información, está recién ingresando a los escritos kelsenianos de la década del veinte del siglo pasado). La versión española de su presentación la ofrecemos recién ahora, en homenaje póstumo al dilecto amigo.

Domingo García Belaunde

El presente volumen recoge las contribuciones de Hans Kelsen a un tema, la Justicia Constitucional, que destaca, como lo sabe todo jurista, dentro de la imponente producción del fundador de la Escuela de Viena. Algunas de estas, y sobre todo el escrito sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución son, se entiende, bastante conocidos y frecuentemente citados por nuestra doctrina, en el idioma original o en francés. En esta traducción italiana, que quiere dirigirse a un público más amplio, se encuentran además ensayos difícilmente disponibles o menos conocidos, todos ordenados en torno a una tesis central: la Constitución rígida es realmente efectiva solo si hay una Corte de justicia especial para garantizar su observancia.

Es, de hecho, la idea a la que el autor supo dar forma y sistematización en su proyecto de la Carta republicana austríaca de 1920. Una idea-fuerza de la democracia contemporánea que es observada por muchos: y de hecho, la institución de la Justicia Constitucional —que aparece en otras partes después que en Austria, luego de las dos guerras mundiales— se difunde con éxito en una larga serie de Estados, y está actualmente nimbada por un aura de respeto universal. Hay quien argumenta, además, por un Derecho Natural renaciente que, de modo distinto a la ley natural de otros tiempos, finalmente se daría y tomaría cuerpo en nuestra institución. Sea como fuere, los escritos aquí recogidos constituyen, ciertamente, un patrimonio científico sustancioso. Y el vigésimo quinto aniversario de nuestra Corte Constitucional, que estamos prontos a celebrar, representa una ocasión propicia para apreciar todo el interés: un interés, bien podría decirse, siempre actual, dado que los trazos de la idea kelseniana, grande y fecunda, están impresos nítidamente incluso en la normativa italiana. Quisiera que se me permita agregar un recuerdo personal. La inserción de esta antología dentro de la serie “Clásicos del Derecho” es fruto de una vieja tarea, alentada con comprensión generosa por la editorial. Sobre eso discutí con el mismo autor, la última vez que pudo venir desde Berkeley a Italia, a redescubrir entre nosotros, como decía, los escondidos caminos del corazón. Kelsen pensaba en las desventuras de la Corte Constitucional austríaca cuando él había sido parte de ella, y en los años inquietos en los que tuvo que

dejar primero su patria y luego Europa. Aún puedo ver el brillo en sus ojos de acero tras los lentes, la sonrisita melancólica con la que afirmaba —absorbido como estaba por los intereses científicos— haber dado la espalda al Derecho Constitucional. Sin embargo, un punto era claro y firme para él: las democracias estables y maduras se construyen solo con la fuerza racional y ordenadora del Derecho. El favor encontrado por la institución de la Corte Constitucional en el clima renovado del continente europeo, luego de la derrota de las dictaduras, lo iba a demostrar: y su conocimiento directo del ordenamiento norteamericano, el *judicial review*, había reforzado recientemente esta certeza.

El esquema de las garantías jurisdiccionales, tal y como él lo había concebido, ¿buscaba entonces “racionalizar” aquel modelo de régimen político, que vemos radicado con firmeza en los Estados Unidos y en otros países anglosajones? ¿Una democracia constitucional, no absoluta, como la definiría Roscoe Pound, fundada sobre el equilibrio acordado de los poderes y garantizada por el potente juez del *common law*? Hubiera sido, le parecía, un tema acorde a la investigación comparativa. “Los estudios puros también, si se quiere” —me dijo, con su cautivante trato de viejo profesor— “y de esto volveremos a hablar”. Lamentablemente, este segundo encuentro con Kelsen no se dio; y del resto, su figura y su obra de inventor de las garantías jurisdiccionales exigiría una reflexión profunda que debo posponer para otro lugar. Quisiera notar, sin embargo, que una investigación del género al que me refería, sobre los intentos racionalizadores de Kelsen en el campo de la ingeniería constitucional, y sobre las fuentes que puedan haberlo inspirado, encontraría su hilo conductor ideal en el material aquí ofrecido a la atención del lector italiano. La elección de los ensayos, y el mismo orden en el que estos figuran en el volumen, tienen el propósito de documentar e iluminar, por un lado las premisas del ideal kelseniano de la Justicia Constitucional y, por otro, sus reflejos sobre la doctrina contemporánea, y sobre las meditaciones sucesivas del mismo autor. El criterio resalta, por otra parte, en forma nítida, si se considera más de cerca el contenido de la colección.



El ensayo central (*La garantía jurisdiccional de la Constitución*) considera el tema bajo el perfil de la política constitucional. Aquí, Kelsen desarrolla el concepto de la garantía jurisdiccional, lo coloca en su sistema científico (monismo, los niveles de producción del Derecho, no distinción entre acto creativo y acto ejecutivo de las normas jurídicas, y así sucesivamente) plantea los problemas de orden técnico y político conectados con la institución eventual de una Corte del tipo de aquella ya propuesta por él y operante en Austria, y delinea puntualmente la solución. Así, el autor pasa de la descripción a la prescripción del modelo austríaco como el más apto para las repúblicas parlamentarias, en el marco de la Constitución rígida y racionalizada, donde antes estuvieron los imperios centrales. El *humus* y diremos el origen inmediato de la institución que él diseña, está por lo tanto dentro del ambiente institucional austríaco. Si se piensa en el Tribunal del Imperio, Jellinek, mucho antes que Kelsen, ya en el remoto 1885, había encontrado el germen del posible desarrollo de una Justicia Constitucional: en primer lugar a través del nexo íntimo que subsiste entre las garantías jurisdiccionales y el acento federal (o ampliamente descentralizada) del Estado, con el que tal órgano se relacionaba. Es por esto que el ensayo del que discutimos está precedido por otros dos (*Las jurisdicciones constitucionales y administrativas al servicio del Estado federal* y *La ejecución federal*), dedicados al Derecho austríaco y volcados a investigar bajo distintos ángulos las interferencias entre federalismo y Justicia Constitucional: en *La ejecución federal* Kelsen distingue, con la óptica característica del monismo, responsabilidad colectiva y responsabilidad individual, sanciones internacionales en las relaciones entre Estados soberanos y sanciones constitucionales en la esfera en la que actúan las unidades constitutivas de una Federación; y describe el caso austríaco como una ilustración de la técnica organizativa correcta del Estado federal, enfatizando, en comparación, la diferencia con respecto al ordenamiento alemán contemporáneo.

Aquí se aclaran las bases de la “garantía jurisdiccional”. Pero el ensayo, observaba, está al centro de la colección, y debe leerse y considerarse en conexión estrecha también con lo que le sigue. Son, a este

respecto, esclarecedores, aunque solo sea porque anticipa un debate que se desarrollará sobre todo en Italia, los comentarios de los ilustres juristas, reunidos en 1928, para discutir el tema en el seno del Instituto Internacional de Derecho Público. Algunos —Duguit, por ejemplo— oponen un seco rechazo a la noción de la ley como acto ejecutivo de la Constitución (mientras que Kelsen la invoca, efectivamente, para explicar la subordinación del acto legislativo al control jurisdiccional): y quisieran invertir el control de constitucionalidad a las mismas asambleas parlamentarias, a instancia de las minorías y prescribiendo un procedimiento agravado, a pesar de no vulnerar el dogma —imperante, comenta Carré de Malberg, en el Derecho Público francés— por la soberanía de las cámaras, depositarias de la “voluntad general”. Otros preferirían un control de legitimidad difundido en cada uno de los jueces. Otros, finalmente, un sistema mixto: proposición incidental de la cuestión de constitucionalidad por parte de los órganos judiciales, decisión que se centra en una Corte especial y singular.

En esta reseña de las opiniones críticas, reportada en un apéndice del ensayo del autor, hay, es cierto, un gran ausente: Carl Schmitt. Su *Custodio de la Constitución* (que merece una consideración autónoma que le es dada en otro volumen que está en prensa en esta misma colección) es como una flecha en el flanco de la tesis kelseniana. Se exalta, adaptándolo a la figura del Presidente de la República en el orden weimariano, el rol imparcial y garante del Jefe de Estado, teorizado por Constant en otra época con respecto al *pouvoir neutre* del monarca constitucional; y observamos por otro lado la Corte de modelo austríaco como un doblaje inútil de los cuerpos legislativos, mal concebido bajo los falsos botines de la jurisdicción. Kelsen reacciona a opiniones similares con la polémica personalidad robusta y cortante de la que era capaz (*¿Quién debe ser el custodio de la Constitución?*). Schmitt plantea una correcta ficción, fabricada solo para sacar del medio a los incómodos pero eficaces controles jurisdiccionales propugnados por nuestro autor. Si se quiere hacer, añade Kelsen, del Jefe de Estado el *único* custodio de la Constitución, es para enmascarar su poder activo y de gobierno —y así las atribuciones que

competían al Presidente junto con los ministros, según la entonces vigente Constitución alemana— bajo el marco de un poder neutral y pasivo, del que, en realidad, ya no quedaba rastro. El artífice de la *Teoría Pura del Derecho* reprocha así a su antagonista de obedecer a una ideología política descubierta —la democracia plebiscitaria y la velada simpatía por las fuerzas conservadoras— y abandona con demasiada desenvoltura el método y el terreno de la Ciencia Jurídica. Pero él mismo se coloca, a su vez, frente a la acusación de querer, a pesar del formalismo, “politizar” la justicia. La Corte Constitucional, recalca Schmitt, se crea a propósito con la decantada pretensión de reducir la legislación y la política al control del juez, pero resbala fatalmente en las manos de los partidos, y funciona al revés. Incluso en este sentido, el control de constitucionalidad sería algo bastante distinto a la función jurisdiccional.

Kelsen se defiende operando con la destreza habitual los instrumentos de su aparato teórico: y especialmente, también aquí, el argumento de la coexistencia, en cualquier grado de la *Stufenbau*, del momento creativo y del momento aplicativo del Derecho, a quienes es consciente de configurar el acto en el que se concreta el ejercicio del poder atribuido a la Corte, como ley o indiferentemente como sentencia, según el punto de vista. Al fondo, sin embargo, se transparenta su intención de correr —esta vez tomando el carácter de politólogo— no solo en defensa de la institución, su creación científica, sino, con añadidura, al servicio de toda una *Weltanschauung* reflejada en el orden democrático que él consideraba socavado por las tesis adversarias, y que afectó a Austria con la reforma constitucional de 1929 (es útil leer a propósito sus artículos en la prensa diaria). Resta ver, antes y después de esta célebre querrela, cuál fue la actitud de Kelsen frente, más precisamente, al “tipo” de régimen político que la Justicia Constitucional debería, antes que garantizar, presuponer. Bajo el aspecto particular ahora aludido el problema no fue, tal vez, profundizado como sucedería, a pesar de que se haya escrito mucho en torno al concepto kelseniano de democracia. Una democracia plebiscitaria y un ejecutivo fuerte repugnan, a su vez, a la institución de la Corte Constitucional, como él lo

veía. Pero lo mismo puede decirse de las versiones del parlamentarismo que, por no hablar de otros, exageran o deforman la irrenunciable función del partido político. No es casual ni erróneo, que el mismo Kelsen advierta la injerencia de los partidos en la elección y en la conducta de los jueces como el *punctum dolens* de la concesión entera del órgano, al cual éste intenta evidentemente reconocer en la fisionomía neta de un órgano judicial imparcial.

De aquí, me parece, sus reflexiones —más tarde, allende los mares— sobre el modo cómo, incluso en el régimen presidencial de los Estados Unidos, si bien siempre dentro del mundo de la *rule of law*, ha podido evolucionar la institución secular de la *judicial review*. El relato se cierra, por el momento, con las páginas lúcidas de un artículo de Derecho Comparado sobre el control de constitucionalidad en Austria y en los Estados Unidos. El sistema austríaco de 1920 es visto por el autor con el desapego y la calma madura del análisis retrospectivo. La reforma semi-fascista de 1929 —explica Kelsen a los norteamericanos, en 1942— había reducido la Corte austríaca a *longa manus* del poder político. De ésta, él se limita entonces a recordar la figura originaria, como la verdadera gema preciosa diríamos, luego subordinada por una imitación falsa y decadente: y le agrega la misma función que, propia de los Estados Unidos, como sede de *judicial review*, tiene la Corte Suprema. El énfasis es importante. Gracias a la independencia y al autoritarismo de los jueces, a su colocación en el vértice de un sistema judicial en el que reina el principio del *stare decisis*, y a otras razones, el supremo colegiado estadounidense lograría, en definitiva, satisfacer las instancias de un control “centralizado” de constitucionalidad. Solo que, concluye el autor, en el ordenamiento de la *judicial review* se llega a tal resultado con medios jurídicamente menos perfectos respecto al orgánico y avanzado diseño de las garantías jurisdiccionales, a su tiempo consagradas por la Constitución austríaca. ¿Es la reflexión de quien observa al fenómeno constitucional anglosajón como un modelo, si se quiere, a ser adoptado, pero del que rescata el empirismo, la falta de complejidad técnica, bajo el ángulo visual del racionalizador europeo? Veo que aquí se vuelve a tomar el discurso iniciado con Kelsen hace

muchos años, pero que puede seguir siendo desarrollado: y a través de estas páginas, en las que se explica el alcance de su poderosa y sugestiva doctrina, quisiera, como entonces, escuchar al inolvidable jurista vienés.



# Kelsen en París: una ronda en torno al “modelo concentrado”

---

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

*A Diego Valadés, con toda amistad.*

**SUMARIO:** 1. Un viaje olvidado. 2. El encuentro de Viena en 1928. 3. La ponencia de 1928 y su versión francesa. 4. En el Instituto Internacional de Derecho Público de París. 5. Los temas en cuestión. 6. El debate en el Instituto. 7. Lo que quedó del debate y algo más. 8. Una victoria a largo plazo.

## 1. UN VIAJE OLVIDADO

La literatura de y sobre Kelsen, como bien sabemos, es inmensa. A tal extremo que ha sido necesario distribuirla en sectores o áreas que permitan una mejor ubicación y sobre todo un adecuado manejo de esta sorprendente producción intelectual. Principalmente, en el campo del Derecho Público (tanto en el Derecho Constitucional como en la llamada “Jurisdicción Constitucional”), Derecho Internacional en sus diversas facetas, incluyendo el apartado sobre las Naciones Unidas; escritos de Filosofía Política, Sociología Jurídica, Teoría del Derecho,

entre otros más, debiendo destacarse por su importancia, los dedicados a elaborar, reelaborar y difundir su célebre “Teoría Pura del Derecho”. Incluso, en los últimos tiempos se ha comprobado que Kelsen, amante de la literatura en su juventud, cultivó la poesía, cuyos frutos probablemente no son muy originales, pero no por ello dejan de ser interesantes.

Esto en cuanto se refiere a la actividad académica de Kelsen, y sobre la que existe bastante información. Se sabe de los problemas que tuvo con discípulos e incluso con adversarios, de las polémicas que mantuvo con algunos de sus contemporáneos e incluso de sus disgustos ocasionados a raíz de una visita suya a la Argentina en 1949. Y también de su accidentado periplo universitario que inicia en 1930 y que terminará llevándolo a otro continente. Pero salvo esto, de la actividad humana, personal propiamente dicha de Kelsen, se conoce poco. Y es así porque Kelsen fue cordial pero respetuoso de los fueros ajenos y del suyo propio, al que no dio demasiada importancia ni menos aún publicidad. Era considerado, pero sin exageraciones, y tenía un marcado sentido de la reserva en sus propios asuntos. Sabía distinguir muy bien el lado humano del lado académico, y no dejaba que ambos se mezclasen. Y que explica en parte que sobre la vida misma de Kelsen se sepa muy poco, porque quizá él mismo sin querer así se lo propuso.

No obstante esto, tenemos dos importantes recuentos biográficos sobre Kelsen. El primero es el llevado a cabo por un discípulo suyo, Rudolf A. Métall, que viajó por todo el mundo y que propiamente no era un académico sino un profesional y un técnico con inquietudes, como lo demuestra el hecho que acabara sus días nacionalizado brasileño y trabajando en ese país, si bien murió en Suiza en 1973. Su libro *Hans Kelsen, vida y obra*, fue traducido al castellano hace un tiempo por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 1975), si bien no incorpora la bibliografía kelseniana que sí incluía la original edición alemana (que probablemente no se tradujo por no considerarse estrictamente necesaria). Y la segunda biografía, o mejor autobiografía, la debemos al propio Kelsen que escribió dos breves trazos autobiográficos, el primero en 1927 y el segundo en 1947, en donde aporta gran



cantidad de datos y que habiendo permanecido inéditas durante mucho tiempo —pese a que eran conocidas por los allegados a Kelsen— se han publicado recientemente en Austria en su idioma original y en un solo volumen. Y acaban de ser vertidas al italiano con amplísimos comentarios de Mario G. Losano y que son de enorme interés (*cf.* Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di Mario G. Losano, Ed. Diabasis, Regio Emilia, 2008).

Estos son, para efectos prácticos, los únicos referentes biográficos que tenemos sobre Kelsen en sentido estricto, al margen de referencias ocasionales que puedan darse en otros contextos (un gran panorama, con abundante información, *cf.* Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del Derecho Público*, Marcial Pons ed.; 2 ts., Madrid, 2004).

Pues bien, ninguno de ellos da cuenta exacta de lo que es el propósito de estas líneas: la presencia de Kelsen en París a fines de la década del veinte del siglo pasado. No se trata de un descubrimiento ni de algo ignorado. Tampoco reservado o secreto, sino simplemente olvidado y no trabajado por los “kelsenólogos”. Lo que intento en esta oportunidad es rescatarlo, recordar lo que pasó entonces y su relación con el tema que nos interesa, esto es, el de Kelsen y su planteo teórico sobre la Jurisdicción Constitucional en uno de sus modelos que sigue siendo clásico: el concentrado, aun cuando el tiempo transcurrido haya afinado, precisado o replanteado algunas de sus aristas y entornos teóricos. Y se presente hoy algo distinto de lo que fue en aquel momento.

## 2. EL ENCUENTRO DE VIENA EN 1928

Lo primero que hay que tener presente es que Kelsen tiene un indudable parentesco y además una relación estrecha con la transición constitucional austríaca que ocurre en el período 1918-1920. Es cierto que había nacido en Praga, luego capital de un nuevo país que se llamó Checoslovaquia, pero Kelsen nunca se integró a la cultura checa, no hablaba su idioma y para todos los efectos fue un austríaco política y culturalmente hablando. Estaba además adscrito a los asesores de la

alta dirección del Estado, que contemplaban impotentes el derrumbe del Imperio Austro-húngaro del que eran súbditos. Y que frente a este hecho inevitable estaban buscando fórmulas políticas que llenasen el vacío que este suceso ocasionaría. De hecho, la caída del Imperio fue casi anunciada. Y en eso poco se podía hacer, pues los Aliados reunidos en París, no tuvieron la menor intención de mantenerlo al haber perdido su importancia política en la Europa central. El problema de Kelsen y de su entorno era más bien otro: cómo hacían con la nueva nación, qué organización darle, si era o no autónoma o si por el contrario se uniría a su vecina Alemania (que era la aspiración de muchos, lo que está confirmado por un hecho muy posterior: la anexión de Austria a Alemania en 1938, por un golpe de mano de Hitler que se hizo pacíficamente y sin disparar un tiro). En fin, los problemas eran varios y a todos ellos Kelsen prestó su valioso concurso. Se ha querido ver durante décadas que Kelsen fue el padre de la Constitución austríaca y también el padre del modelo concentrado de control constitucional, tal como se reflejó en el Tribunal Constitucional austríaco, pergeñado entre 1918 y 1919 y copiado con rapidez por la clase política checoslovaca que lo llevó prontamente y con anterioridad a nivel constitucional, pero que no tuvo ni la influencia ni la fuerza del austríaco. Todo esto, es decir, esta paternidad exclusiva atribuida a Kelsen es sin lugar a dudas una exageración de Escuela, ya que todo lo que a Kelsen se atribuye es en realidad obra de un equipo que lideraba el canciller Karl Renner, en donde las ideas y los proyectos de Kelsen fueron tomados muy en cuenta, pero que no fueron las únicas. Es decir, Kelsen prestó su indudable concurso y se encontraba en el justo lugar y en el momento preciso, pero no fue el único, aun cuando su presencia fue importante y en cierto sentido decisiva.

Lo que pasa con Kelsen es que a diferencia de otros, era un jurista acreditado, había escrito mucho sobre temas constitucionales austríacos —gran parte de ellos sin traducir— y tenía una activa carrera docente y un numeroso discipulado, a lo que hay que añadir una obra sólida y contundente que creció con los años y que se difundió ampliamente. Kelsen era además profesor de Derecho Público de la Facultad de

Derecho de la Universidad de Viena, de la que fue Decano. A mayor abundamiento, fue luego magistrado del Tribunal Constitucional austríaco en donde tuvo un importante desempeño (1921-1930) y él mismo fue un gran difusor de sus propias tesis. De hecho, el aparato propagandístico que el propio Kelsen armó para defender sus teorías, era sin lugar a dudas sorprendente.

Sin embargo, lo realmente importante y fundacional de Kelsen, que es prácticamente suyo y de nadie más, es la fundamentación del modelo concentrado, al que llega solamente después de arduos estudios y tras la publicación de su “Teoría general del Estado” (1925), así como del ejercicio de la alta magistratura.

Fruto de estas reflexiones fue la ponencia que Kelsen presenta en el Quinto Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público que se lleva a cabo en Viena, los días 23-24 de abril de 1928, dentro de un rubro de la agenda que tiene por título “Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal”. En ese encuentro la tesis de Kelsen no tuvo mayor aceptación. Aún más, fue ahí mismo combatida por un importante jurista de la generación anterior, Triepel, como otros más lo harían por la misma época (Smend, Heller) y sin contar su posterior y en cierto sentido ácida polémica con Schmitt sobre quién era o debía ser el guardián de la Constitución (el Tribunal Constitucional como quería Kelsen o el Presidente del Reich, como postulaba Schmitt).

En dicha ponencia Kelsen se extendió, en forma talentosa pero muy compendiada, sobre lo que era el control constitucional, sobre la jerarquía del ordenamiento jurídico, sobre los efectos del control y los órganos que debían llevarlo a cabo así como diversos planteos sobre los aspectos procesales, o mejor procedimentales, en las acciones o contenciosos que conocía y resolvía dicho Tribunal. Levantó además objeciones contra este tipo de control, sosteniendo la tesis de que el Tribunal Constitucional ejercía una suerte de legislación negativa, con lo cual no tropezaba con la muy enraizada tesis —en aquella época— de la soberanía parlamentaria. Agregando como acotación final que era prácticamente imposible que un Parlamento fuese control de sí mismo, esto es, que

derogase o dejase sin efecto normas aprobadas por el propio órgano legislativo, más aún si la norma cuestionada había sido aprobada por el órgano cuya composición humana era la misma (así por ejemplo, un Parlamento elegido por cinco años, podía aprobar una ley en el primer año de su gestión, pero era casi imposible que en su propio período la derogase por inconstitucional, por razones políticas muy explicables). Finalmente, hizo un largo excursus sobre la necesidad de esta institución, sobre su sentido político y llamando la atención sobre la especial importancia que ella tenía en los países con estructura federal (como era el caso de Austria).

Salvando los detalles y desarrollos de la ponencia, lo cierto es que detrás de todo ello Kelsen aborda dos tesis que son claves: la primera es que la Constitución tiene un significado y un valor jurídico y que debe ser aplicada jurídicamente. La segunda es que debe existir un órgano *ad hoc*, al margen de los clásicos poderes del Estado, que pueda ejercer precisamente la defensa jurídica de la Constitución contra los que intentan desconocerla. Y estos planteos respaldados en la concepción del Estado que por entonces Kelsen postulaba.

Ambas tesis eran radicalmente nuevas en la época y de manera especial en Europa, y por eso es que no tuvieron mayor impacto ni tampoco una rápida aceptación. De hecho, aparte de la misma Austria, la situación en Alemania no era muy halagüeña en aquel momento y el otro Tribunal Constitucional, el vecino checoslovaco, tuvo una vida accidentada y además con largos períodos de inactividad y solo llegó a emitir una sentencia. El tercer Tribunal que existió en el período de entreguerras, el español de 1931, solo logró instalarse en 1933 y colapsó al inicio de la guerra civil de 1936. Para efectos prácticos, la tesis de Kelsen no tenía referentes y tampoco mayor recepción en la doctrina. De hecho, podríamos decir que casi no trascendió.

Kelsen fue muy consciente de todo esto y por eso buscó difundir sus planteos más allá de su propio país y lejos de la comunidad germánica, que ya para entonces tenía demasiados problemas encima y además no lo comprendía. Y pensó en la universal cultura francesa,

en donde París era el faro iluminador en todo el Occidente culto de la época. Ese, pues, era el centro a conquistar y por eso Kelsen pensó en publicar su texto en París.

### 3. LA PONENCIA DE 1928 Y SU VERSIÓN FRANCESA

La manera como Kelsen afrontó este reto que se impuso a sí mismo fue la siguiente: hacer traducir su ponencia al francés, “lingua franca” en aquel momento y que le serviría para ampliar su radio de influencia en otros mundos culturales a los cuales, sin lugar a dudas, estaría vinculado algún día. Y a los que no llegaban los ecos del mundo germánico. Es decir, tener presencia en el mundo culto pero pasando por París, meca obligada de la cultura de principios de siglo.

El texto de Kelsen en alemán no tiene título y está enmarcado dentro de un punto general del programa del encuentro: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, es decir, “esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal” publicado tardíamente en el “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, 5, Berlín und Leipzig, 1929, pp. 30-88, con las demás ponencias presentadas al evento. El planteo que se postulaba era muy claro: jurisdicción estatal, que es lo que existía desde siempre, que era cómo decir el Derecho y sus problemas en relación con la actividad del Estado; o sea, cómo el Estado podía defenderse frente a situaciones que lo afectaban, más aun en el caso de Estados que no eran unitarios sino compuestos, como era la situación típica de Alemania y Austria. Pero desde el principio de su ponencia Kelsen quiso diferenciarse del temario del Encuentro y advirtió que en realidad lo determinante y lo básico de la jurisdicción estatal era la defensa de la Constitución y por tanto, jurisdicción estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) era equivalente a Jurisdicción Constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Así, pues, quedaron definidos los temas en una comunidad que todavía no los aceptaba pacíficamente. Y así lo expresó en las primeras líneas de su ponencia alemana. Y esto debería reflejarse en la versión que se publicaría en francés.

Y como consecuencia de lo anterior, era menester ponerle un título a su ponencia para presentarla al mundo francés y que reflejase su tesis central: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. Pero hubo adicionalmente dos cambios: el primero es que luego, y entre paréntesis, se introdujo la palabra o mejor el concepto *Justice Constitutionnelle*, es decir, la Justicia Constitucional, algo que no estaba dentro del pensamiento de Kelsen. Y además lo siguiente: una introducción explicativa, es decir, un proemio, luego un sumario detallado que hacía referencia al contenido seguido de un mejor ordenamiento y de una numeración de todos los párrafos. En consecuencia, si bien prácticamente iguales, la versión francesa resultaba más ventajosa que la alemana, como lo demuestra el hecho de que ella haya sido el referente obligado de los debates en torno a la tesis de Kelsen, y que haya servido para las numerosas traducciones que se han hecho. Adicionalmente, el mismo Kelsen la citaba de manera preferente y la avaló en forma expresa y reiterada.

Todo esto, es decir, la adecuación de la ponencia alemana para su traducción al francés fue enviada por Kelsen a su antiguo discípulo Charles Eisenmann, en París en aquel entonces, quien cumplió el encargo con admirable precisión, si bien se tomó algunas licencias, con el apoyo o en todo caso con la complacencia de Kelsen, que no solo no lo desautorizó, sino que respaldó el texto francés.

De las modificaciones que realizó Eisenmann al texto kelseniano y que su autor aceptó por ser de orden menor, la que más sorprende es que Kelsen haya autorizado, sin problema alguno, el uso de la expresión “Justicia Constitucional” en el encabezamiento mismo de su trabajo. ¿A qué se debió esto?

Eisenmann utiliza la voz “Justicia Constitucional” en el título de su traducción, consciente de que en Kelsen el concepto de “justicia” no es un término adecuado ni siquiera jurídico, sino meta-jurídico, al margen de la Ciencia del Derecho, que Kelsen descarta como ideal del científico. Aún más, en Francia se usaba el concepto de “Jurisdicción”, y a lo largo del texto francés, los conceptos de “Jurisdicción Constitucional” y “Justicia Constitucional” se usan en forma indistinta, con

una clara preferencia por el primero. Lo que se confirma con otro dato: en el mismo texto de la ponencia, Kelsen insiste y reitera que la labor del control constitucional no puede sustentarse en consideraciones de carácter especulativo o metafísico, como es la noción de “justicia”, que no solo no es un término científico sino que varía de significado según el uso que se le quiera dar acorde con los autores y sus respectivas concepciones filosóficas. Es decir, no era un término utilizable en sentido riguroso. Entonces ¿por qué se usó?

La impresión que tengo es que esto fue una concesión a las propias inclinaciones y entendimientos del traductor, como lo podemos ver en las definiciones y planteos de su tesis doctoral, que Eisenmann publica el año de 1928 y que prologa el mismo Kelsen. Más aún si se tiene en cuenta que el concepto “Justicia Constitucional” se introduce en Francia por vez primera gracias a Eisenmann, y por tanto, era perfectamente legítimo darle un sentido definido y evitar confusiones. Por otro lado, el vocablo “Justicia Constitucional” estaba claramente delimitado cuando lo emplea conjuntamente con el de “Jurisdicción Constitucional”, y en tal sentido se entiende que aquí el concepto de “justicia” es lo mismo que justicia humana o justicia positiva. O para decirlo en otros términos, justicia humana o justicia de los hombres que es algo diferente de la justicia divina (como acostumbraba distinguir el jusnaturalista Del Vecchio) o “justicia conforme a Derecho”, tal como indica el título de unas lecciones profesadas por el pragmatista Roscoe Pound.

Pero conviene recordar que el concepto de “jurisdicción” estaba muy arraigado en el mundo y en la *praxis* jurisprudencial, sobre todo en la de origen romanista, con lo cual el término no causaba ningún problema. Además, si bien Kelsen era un buen conocedor del procedimiento o si se quiere de la práctica procesal —la tuvo que aprender como magistrado constitucional— no era hombre de conocimientos doctrinarios sobre teoría procesal, como de la lectura de sus textos se desprende, no obstante que el mundo alemán contaba entonces con un procesalismo científico que parte de Bülow (1868) continúa Wach (1885) y siguen otros más hasta llegar a James Goldschmidt, que propiamente escribe por la época en que Kelsen era magistrado y aun antes. Seguidos a poca

distancia por los juristas italianos. Es decir, existía el procesalismo científico pero Kelsen no parece haberse percatado de esto o en su defecto, no haberlo estudiado adecuadamente, como se comprueba al ver que no entiende bien la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional, ni en donde ubicarlo dentro del aparato del Estado. Y en el caso francés la cosa era peor. Se seguía en aquel país el viejo procedimentalismo y la ciencia procesal estaba atrasada notablemente. Vistas así las cosas, era normal que se usase la palabra “justicia” para denominar la actividad de los órganos jurisdiccionales, lo que se comprende con fórmulas muy francesas, tales como “Palacio de Justicia”, “Administración de Justicia” y otras por el estilo. La “justicia”, pues, era factura humana y no otra cosa y por tanto “Justicia Constitucional” se entendía muy bien, ya que además el mismo Eisenmann así lo explica en su tesis doctoral cuando la define como una labor de carácter jurisdiccional. Aun así, el concepto de “justicia” no calzaba con el pensamiento kelseniano. En efecto, desde muy temprano el pensamiento de Kelsen se dedicó a sostener que la “justicia” era un valor metajurídico, y que ella no entraba en el dominio de la ciencia ni tampoco era algo objetivo, sino que siempre reflejaba las emociones de quien así lo expresaba. Y este punto de vista agnóstico, frío, aséptico sobre la justicia lo mantuvo hasta el final de su vida, por más que escribió bastante sobre la justicia y le dedicó un volumen que publicó años después (*cf. What is justice?*, University of California Press, Berkeley, 1957. Hay traducción española incompleta editada por Ariel).

A todo lo anterior, debe agregarse el dato curioso —ya mencionado— que lamentablemente se pierde en algunas traducciones: y es que a lo largo de todo el texto, se utiliza en forma indistinta las dos fórmulas: “Justicia Constitucional” y “Jurisdicción Constitucional” como equivalentes, con lo cual, se comprende perfectamente que la licencia que aquí se tomó Eisenmann no tiene ninguna consecuencia, pues queda claro en todo el desarrollo de la ponencia y aún más de lo que el mismo Kelsen dice, que se está refiriendo siempre a una justicia positiva, la que existe aquí y ahora, y no al fruto de una concepción metafísica, que el propio Kelsen había desahuciado.



Salvado esto, la ponencia de Kelsen en francés se entiende perfectamente, y más bien es de lamentar que sea un texto muy ceñido y que solo se pueda captar plenamente si se cuenta con el respaldo teórico que el mismo Kelsen había expuesto en su gran obra *Allgemeine Staatslehre*, publicada en 1925 en Berlín y de la cual existe al parecer solo traducción castellana, publicada en 1934 por otro discípulo suyo, el español Luis Legaz y Lacambra, y que ha tenido varias reediciones. Por si no fuese suficiente, el propio Kelsen preparó una versión resumida (*aperçu*) de su *Teoría del Estado* que se publicó en francés y luego en otros idiomas (en francés en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Oct.-Déc., 1926; traducido igualmente por Eisenmann; y luego en castellano, en traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate en 1928 y 1934 con la Editorial Bosch con el siguiente título: *Compendio de Teoría General del Estado*, con varias reimpressiones). Esto confirma que Kelsen parte de una Teoría del Estado a la que se remite expresamente; no necesitó la Teoría del Proceso que no aparece mencionada por ninguna parte.

Pero volvamos a lo anterior. ¿Qué pasó con la versión francesa que finalmente preparó Eisenmann con el apoyo y complacencia de Kelsen? Sirvió para dos objetivos y para dos publicaciones, como lo veremos a continuación.

#### 4. EN EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO DE PARÍS

La versión francesa preparada por Eisenmann se publicó en 1928 en un número especial de la prestigiosa *Revue du Droit public et de la Science politique* conjuntamente con otras importantes colaboraciones que demuestran que existía ya una fuerte inquietud en el mundo jurídico francés sobre este tema. La que es seguida por la discusión en torno a ella que se da en el seno del recién fundado *Institut International de Droit Public* ese mismo año de 1928, pero publicada posteriormente. Lo importante a tener en cuenta es que si bien la ponencia alemana de Kelsen se presenta primeramente en Viena en abril de 1928, solo se publica

en Berlín en 1929, y dentro de las memorias del encuentro vienés, es decir, un año después. Con lo cual, queda claramente establecido que el conocimiento y la difusión de tal planteo ocurre primero desde Francia y en ese idioma. De hecho, el conocimiento que se tiene de ella, por lo menos en el mundo hispanohablante (y también en el francófono) es desde la versión francesa. Ésta se publica en 1928 en la *Revue* y con el título siguiente: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* año XXXV, tomo 45, 1928, pp. 197-257; y a partir del cual se hacen gran cantidad de separatas. Posteriormente, el texto en francés será objeto de un debate académico en París, en octubre de ese mismo año.

¿Cómo sucedió esto...? No se tienen mayores noticias pero cabe hacer ciertas especulaciones. En primer lugar, Eisenmann pese a su juventud, era un jurista muy vinculado con las grandes figuras del Derecho Público francés de aquella época y hacia traducciones de idiomas extranjeros al francés. Así, a él se debe la traducción francesa de la ponencia que se publica en la *Revue*..., como ya hemos indicado y de otros textos más. Pero al mismo tiempo, Kelsen se preocupa, sea directamente o a través de Eisenmann, de pedir un espacio en la agenda del *Institut International de Droit Public*, presidido en aquella época por Gaston Jèze, el famoso administrativista francés, que al mismo tiempo era director de la *Revue*..., con ello, la conexión queda plenamente explicada. El *Institut*, del cual Kelsen era miembro, había sido fundado en París en 1927 y albergaba en su seno a los principales juristas franceses y europeos, con pretensiones de trascender a otros continentes. Aparte de Gascón y Marín, administrativista español, se encontraba presente Alejandro Álvarez, internacionalista chileno. Poco después sería incorporado como miembro el constitucionalista argentino Juan A. González Calderón, con lo cual en aquel momento —fines de los años veinte— a nivel constitucional latinoamericano solo un argentino participaba en esa entidad, pero sin entender el planteo kelseniano (*vid.* Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, Edit. Lajouane, 3 ts., Buenos Aires, 1930-1931; en el tomo I, pp. 490-492, da cuenta de la presencia e informe de Kelsen en París).

A la sede de este Instituto fue Kelsen, seguramente a pedido suyo. Y para tales efectos utilizó la versión francesa que hizo Eisenmann y que estaba publicada o en vías de publicación en la *Revue...* El mismo texto de la ponencia se publicó, si bien un año después, en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* P.U.F., París, 1929, pp. 52-143. Y en el mismo *Annuaire* se da cuenta de las sesiones de 20 y 22 de octubre de 1928 a los cuales Kelsen asistió. El primer día concurrió a dos sesiones; la primera en la mañana para ver asuntos de orden administrativo del Instituto (pp. 187-192) y en la tarde para discutir su ponencia (pp. 192-201). Eso fue un día sábado 20. El día lunes 22 participó en una sesión dedicada especialmente a una ponencia de Jèze sobre la significación jurídica de las libertades públicas y en la cual hizo dos intervenciones. En total, estuvo en París con toda seguridad cuatro días; es decir, el día que llegó que sería viernes, el sábado, el domingo y el lunes, retornando con seguridad esa noche o el día martes. No tengo noticias de donde se alojó Kelsen en aquella época en París, que era muy barato, pero debió haber sido en un hotel de pocas estrellas y muy central, pues Kelsen no solo no era aficionado a los lujos, sino fue toda su vida muy austero. Y tampoco sabemos cómo viajó de Viena a París, si en tren o en avión. Es difícil saber que opción tomó, pero teniendo en cuenta el carácter incipiente de la aviación comercial en esa época, es más que seguro que haya usado el tren, tan frecuente en esos días y aun en los nuestros, pero debe haber sido un viaje algo cansador, considerando que la distancia entre París y Viena es de unos 1,000 kilómetros, que bien podrían cubrirse en unas quince horas de viaje o más. El hecho concreto es que viajó a París por pocos días y debe haber estado de vuelta muy pronto, pues tenía un cargo oficial del cual no podía ausentarse mucho tiempo, más aun en un Tribunal como el austríaco que tenía cierto movimiento.

De las dos sesiones a las cuales asistió Kelsen en la sede del Instituto —ubicado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en la Sala de Fiestas (*Salle des Fêtes*), solo tomaremos en cuenta la primera, o sea, la del sábado 20 en la tarde, en donde se discute su ponencia— que es de suponer que la tenían los otros participantes en

copia o en separatas de la *Revue*, y se entabla un debate que en realidad no llegó a ninguna conclusión y más aún demostró que Kelsen, si bien respetado, no fue entendido.

Dicha sesión tiene dos partes bien marcadas que esquematizaremos para una mejor comprensión y porque además, los detalles pueden verse en la traducción del acta que adjuntamos como apéndice.

En la primera parte hay una larga discusión con Léon Duguit, gran autoridad en la época y en donde se debaten los presupuestos de la teoría kelseniana sin llegar a ningún acuerdo. En la segunda parte, se discute el planteo de fondo, o sea, si es dable o no hacer un control constitucional y que éste lo tenga a su cargo un órgano calificado, es decir, un tribunal *ad hoc*, fuera de la clásica tripartición de los poderes del Estado.

Pero antes de seguir, volvamos sobre los planteos básicos de Kelsen y el debate que ellos originaron.

## 5. LOS TEMAS EN CUESTIÓN

La ponencia de Kelsen toca muchos temas, como ya lo he indicado. Aún más, por su experiencia en el Tribunal Constitucional demuestra ser un agudo crítico de las situaciones que puedan venir y sobre todo de los aspectos procedimentales que desarrollan las partes ante el Tribunal Constitucional. Pero si bien esto lo hace con solvencia, es evidente que Kelsen no postula el nacimiento de una nueva disciplina jurídica ni nada por el estilo; se limita a usar el término de “Jurisdicción Constitucional”, en el sentido de capacidad de que alguien que no sea el Parlamento pueda ejercer un control constitucional, que él enfoca en ciertos puntos y que en otros no toca por no considerar necesarios—como es el de los derechos fundamentales o derechos de las personas—. Y esto dentro de un desarrollo en donde el autor demuestra tener gran perspicacia y conocimiento del manejo de la cosa pública y de los temas que conoce un Tribunal Constitucional, pero no parece estar enterado de lo que es el desarrollo teórico de la ciencia procesal,

bastante avanzado en el mundo germánico de la época y por cierto también en el italiano. De ahí que la tesis originariamente planteada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo de que Kelsen es el fundador de una disciplina que se llama “Derecho Procesal Constitucional” me parece una exageración que no se compadece con la realidad. No solo porque Kelsen no usa el término, sino porque no pretendió fundar o formular una disciplina cuyo fundamento procesal desconocía (*vid.* Domingo García Belaunde, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Edit. Porrúa, México, 2008).

En realidad, lo que sostiene Kelsen en su sugestiva ponencia es, aparte de detalles que son de indudable atractivo, dos aspectos básicos: lo primero es que la Constitución tiene un valor jurídico y no político. Y lo segundo es, que siendo jurídica la Constitución, hay que tener presente la posibilidad de que ella sea alterada o desconocida por los operadores o destinatarios del poder, y en consecuencia tiene que existir un órgano *ad hoc* que sea el vigilante de la Constitución y el que sancione las infracciones que atenten contra ella. En este aspecto Kelsen no tuvo que lidiar con el Poder Judicial, toda vez que este órgano del Estado fue considerado en Europa, hasta avanzada la década de los cincuenta del siglo pasado, como un mero defensor de los intereses privados, y cuyos miembros deberían ser casi robóticos y actuar mecánicamente, en el mejor estilo de la concepción de Montesquieu. Más bien, el problema era descartar la tesis de la soberanía del Parlamento como impedimento para instalar el control en un órgano *ad hoc* y en eso se extendió largamente, sosteniendo entre otros aspectos, que la soberanía no recaía en el Parlamento sino en el Estado, propiciando al mismo tiempo que los magistrados constitucionales fuesen elegidos por el órgano legislativo, que de esta manera aparecían con un manto de legitimidad democrática, que a Kelsen tanto preocupó (a diferencia de muchos juristas de la época, Kelsen fue siempre partidario de la democracia parlamentaria, como se demuestra en sus escritos iniciales, en especial, desde la década de 1920, así como en su colaboración política con el régimen democrático instaurado en el nuevo país de Austria).

Es decir, dos puntos fundamentales: el carácter jurídico de la Constitución y la necesidad de un órgano *ad hoc* para preservar y defender la Constitución.

Ninguna de las dos tesis era en rigor nueva. La primera había nacido a principios del siglo XIX en los Estados Unidos, al compás de un célebre caso, el *Marbury v. Madison* de 1803 y desarrollado en la jurisprudencia y en la doctrina norteamericanas sobre todo a partir de 1860, a tal extremo que se hizo conocida muy pronto en Europa, en donde se divulgó mucho (*vid.* Édouard René Laboulaye, *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, F. Brachet edit., París, 1866, que contiene el curso que el autor impartió en el Colegio de Francia en 1864).

Y la segunda tenía algunos antecedentes: el más lejano era el *jury constitutionnaire* de Sieyès formulado en los tormentosos días de la Revolución francesa. Y luego desarrollado, con mucha lentitud en la Europa decimonónica, como lo demuestra el Tribunal del Imperio y algunos estudios de la época, como la célebre monografía de Jellinek de 1885 pidiendo un Tribunal Constitucional para Austria (*cf.* Jörg Luther, *Idee e storie di Giustizia Costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelle edit., Torino, 1990).

¿Cuál era entonces la novedad del planteo kelseniano? La primera tesis, si bien desarrollada en los Estados Unidos y acogida a lo largo del siglo XIX en los países de América Latina —aun cuando muchas veces la práctica iba en sentido contrario— era totalmente desconocida en Europa y en todo caso, no aceptada y ni siquiera estudiada o comprendida. Era, pues, una total renovación desde el corazón del Derecho Público europeo. Y la segunda, con antecedentes como en todo, fue prácticamente una creación original. Y si bien el Tribunal Constitucional austríaco fue obra de varios juristas —uno de ellos Kelsen sin lugar a dudas— el más solvente teórico que tuvo fue Kelsen. Y creo que ese es su gran mérito y su aporte indiscutible. Dos enunciados relativamente nuevos, pero reformulados en un momento oportuno, con todo rigor y con nuevos matices, previendo las cosas que podían pasar y dándole

una formidable armazón teórica que no existía y que ha sobrevivido hasta ahora. Y si bien ha pasado mucha agua bajo los puentes, la formulación kelseniana, expresada en un estilo seco, muy ceñido pero con una lógica inflexible, ha resistido el paso de los años y puede, por eso, considerársele como un clásico que aún se lee con provecho.

Volvamos pues a la discusión de octubre de 1928.

## 6. EL DEBATE EN EL INSTITUTO

La sesión del sábado 20 de octubre de 1928 tuvo dos partes: la de la mañana se dedicó a asuntos administrativos y está dedicada a la actividad del Instituto, a sus proyectos y a futuras reuniones, a los temas y ponencias que presentarán los miembros —señalándose que Kelsen, en la sesión del próximo año, o sea de junio de 1929, trataría el tema “la cuestión del referéndum y de la iniciativa popular”, conjuntamente con los igualmente miembros profesores Fleiner, Garner y Thoma—. La sesión se levanta a las 11:30 horas.

La sesión plenaria de la tarde se abre a las 14:15 horas. Preside la sesión Gaston Jèze y asisten a ella los señores Álvarez, Barthélemy, Bonnard, Duguit, Duez, Fleiner, Gascón y Marín, Gronski, Kelsen, Lafferrière, Laun, Mestre, barón Nolde, Romieu, Thoma y Mirkinne-Guetzévitch, este último en calidad de secretario. Se inicia con la exposición de Kelsen, que es un resumen de su ponencia y que luego se publica en el *Annuaire* (pp. 52-143).

La primera intervención corresponde a Duguit que en cierto sentido hace un planteo previo, pues cuestiona la clasificación jerárquica del ordenamiento jurídico que sostiene el ponente en relación con las reglas de derecho. Señala que no se puede comparar, clasificar y jerarquizar más que cosas de la misma naturaleza, sin juntar unas con otras. Según señala Duguit, la tesis de Kelsen reúne en una misma jerarquía cosas muy diferentes; de una parte las reglas (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) Y de otra parte actos jurídicos (actos administrativos, actos jurisdiccionales) que no son reglas. Precisa que el reglamento

no ejecuta la ley —como sostiene Kelsen— sino lo completa. A esto contesta Kelsen señalando que la única diferencia entre reglas y los actos que no son reglas es que las reglas son generales mientras que los actos jurídicos son especiales, pero que tienen en común el poder ser agrupados en una sola categoría: ser normas. En cuanto al segundo punto precisa que acto de ejecución es decir lo mismo que completar o precisar y añade otros argumentos. A ello replica Duguit tras lo cual el presidente Jèze, propone cerrar esta discusión preliminar que considera necesaria y regresar al objeto propio de la ponencia, o sea, si la garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial o por el contrario a todos los tribunales. Y como segundo punto si la cuestión se presenta en el mismo grado en los Estados unitarios como en los Estados federales.

A continuación hace uso de la palabra Barthélemy, recordando la importancia del problema, toda vez que no es difícil constatar que fácilmente un poder tiende a desbordarse y a obstruir a otro. Pero entiende que la solución del problema consiste, según su opinión, en que el control de constitucionalidad corra a cargo de los tribunales ordinarios. Estima que la idea de un tribunal especial es impensable en Francia y totalmente inviable. Peor aún si se trata de un Estado unitario.

Interviene luego Gascón y Marín que discrepa con Barthélemy... dice que España conoce en teoría lo que sostiene este profesor, pero que en la práctica no ha dado buenos resultados, no solo por temor de los jueces, sino por la posibilidad de las sentencias contradictorias, a diferencia de una Jurisdicción Constitucional única que evita ese inconveniente.

Agrega luego Barthélemy que no es opuesto a la institución de un Tribunal Constitucional especial, pero lo ve como un procedimiento insuficiente; estima que se podría combinar ambos sistemas, admitiendo, por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios.



Luego, interviene Fleiner quien expuso la manera como se trataba el tema en el Derecho suizo y en la Constitución de 1874 —vigente en aquella época— centrado sobre todo en el Tribunal Federal y con alcance solo para las leyes cantonales y no para las leyes federales. Agrega que sobre esto último hay un proyecto de reforma constitucional en trámite (pero que no prosperó en ese periodo).

Yendo al punto central del debate, interviene Duguit señalando que él es partidario de la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios, como el mejor remedio para este tipo de control y descarta la posibilidad de un tribunal especial por inoperante y peligroso.

A continuación, Kelsen, a solicitud del presidente Jèze, da un breve informe sobre los resultados de la experiencia en Austria, señalando que hasta ese momento el funcionamiento del Tribunal Constitucional no ha despertado críticas serias. Apunta luego al modo de elección de los magistrados y se extiende sobre los problemas políticos que estos sistemas conllevan y la manera como en Austria han tratado de soslayarse. Avanzando sobre el tema dice que pueden presentarse problemas en su país por asuntos de orden político. Y que además, el sistema de la excepción de inconstitucionalidad tiene la desventaja de que crea un margen de incertidumbre, pues tanto se declara una ley constitucional como posteriormente se puede llegar a conclusión diferente en un tribunal distinto. El problema que diferencia ambos sistemas, señala Kelsen, es el de la centralización, o sea la concentración de lo contencioso, y también sobre los alcances, toda vez que en el sistema de excepción de inconstitucionalidad se logra un resultado parcial, aplicado al caso, a diferencia del sistema concentrado que tiene un alcance general.

Luego, Thoma expone el estado de las tendencias existentes en el Derecho alemán, en donde el control solo se ejerce sobre las leyes de los Estados, si bien ante el silencio de la Constitución, el Tribunal del Imperio ha declarado por sentencia de 1925 que tiene competencia para anular también las leyes del Imperio y sobre lo cual hay ya proyectos para una solución más acorde.

Finalmente, Jèze sugiere que el control de constitucionalidad podría hacerse al interior de las propias asambleas legislativas, solución política que estaría alejada del carácter y temperamento conservador que caracterizan a los jueces y también a los juristas.

Cerrando la discusión, Jèze señala que no cree necesario formular conclusiones como se ha hecho en otra oportunidad, pues se trata de un tema donde las opiniones se encuentran muy divididas.

## 7. LO QUE QUEDÓ DEL DEBATE Y ALGO MÁS

Ahora bien ¿qué se puede sacar en claro luego de este debate, sucinta pero acertadamente recogido en el acta de la sesión del Instituto de 1928 a la cual asistió Kelsen? Pues, simplemente que no hubo acuerdo con la tesis kelseniana, que fue objeto de críticas y matizaciones, pero no de una recepción plena y menos aún dentro de los supuestos por él expuestos.

El debate puede analizarse en los dos niveles en que se desarrolló. El primero es de carácter previo, el segundo es de fondo o sustancial.

El primero es una discusión entre Duguit y Kelsen. Se trata nada menos que de Léon Duguit, una de las grandes figuras del Derecho Público francés y además en la cumbre de su fama, pues sus obras se leían y difundían en todas partes. Duguit había nacido en 1859 y ya era hombre mayor cuando interviene en los debates, pues moriría en diciembre de ese mismo año de 1928. Tenía en su haber varias publicaciones, infinidad de actividades y docencia muy calificada en la misma Francia, como lo demuestran las invitaciones de que había sido objeto (no solo dictó conferencias en los Estados Unidos invitado por la Universidad de Columbia, sino lo hizo también en la Argentina y en Madrid, en donde se publicaron sus textos). Era autor de un gran tratado de Derecho Constitucional (la segunda edición se publicó en París en 5 tomos en el período 1921-1925; la tercera la inició en 1927-1928, pero no llegó a concluirla; apareció actualizada a cargo de su hijo en 1930) y que en cierto sentido queda resumido en su *Manual de Derecho Constitucio-*

*nal*, del cual hay cuatro ediciones en francés, la última en 1923 (hay versión castellana publicada en Madrid en 1922 y 1926 y una reciente reimpresión a cargo de la editorial Comares, bastante descuidada). Y claro, lo que puso en evidencia Duguit fue un distinto enfoque teórico del Derecho y una aproximación diferente al planteo de Kelsen, y por ende, no había posibilidad de entendimiento alguno. Aún más, si bien sugestivo el esquema de Duguit, formulado a fines del siglo XIX y principios del XX, es un hecho que hoy carece de importancia, pues el planteo kelseniano lo ha sobrepasado largamente. En tal sentido, cronológica e intelectualmente, el gran Duguit es pre-kelseniano (por lo menos en este punto).

La tesis de fondo que postula Kelsen es la de un tribunal *ad hoc*, especializado y concentrado, para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Y aquí las críticas se dividieron en dos: por un lado los que no lo aceptaban (o lo aceptaban muy matizado) y por otro, los que aceptándolo, entendían que eso era válido para los Estados federales, mas no para los unitarios. Pero el planteo kelseniano, si bien incidió en la importancia del modelo concentrado en un sistema federal, como lo era Austria en aquel momento, no redujo su utilidad a los Estados compuestos, sino a todo tipo de Estados.

Sin embargo, si bien no existió una oposición frontal contra la tesis de Kelsen sobre la necesidad de un modelo concentrado como contralor de la constitucionalidad, es evidente que tampoco contó con fervorosos entusiastas. En la práctica, el debate se desvió y se encaminó hacia la defensa de lo que ahora se llama modelo americano, o en terminología francesa “excepción de inconstitucionalidad”, que consiste en dejar que los tribunales ordinarios se encarguen de estos problemas y cuyas sentencias solo se aplican a la partes. Y no solo eso: afloró también una posición tradicional en la doctrina francesa, refractaria y temerosa de los jueces como es la expresada por Jèze, que sostiene que por temperamento y por tradición, tanto jueces como juristas son demasiados conservadores y reacios al cambio y por eso este problema hay que dejarlo en manos de las asambleas legislativas, o sea, de los

políticos. Jèze aquí lo que hizo fue simplemente retratar lo que pasaba en aquel entonces en Francia, mientras que Duguit expresaba un deseo o una aspiración que en ese momento no existía.

En fin, si bien la tesis de Kelsen fue expuesta en un auditorio pequeño pero de muy alta calidad y sobre todo de gran representatividad académica, no encontró mayor eco y ni siquiera fue defendida por otros colegas, a tenor de lo que se desprende del acta publicada. Fue, pues, un esfuerzo importante, pero que no tuvo frutos inmediatos. Pero como todo se publicó en el *Annuaire* del Instituto, el debate fue muy conocido, aun cuando la recepción de su tesis solo fue posible después de la Segunda Guerra Mundial, esto es, a partir de 1945.

Para ese entonces (1945) Kelsen había abandonado Austria, luego Alemania, Checoslovaquia y Suiza, para refugiarse en la hospitalaria comunidad académica norteamericana a la que llegó en 1940. Y se alejó también de estos problemas y se dedicó más a aspectos teóricos del Derecho (en especial de su “Teoría Pura...”) de Filosofía Política y sobre todo de Derecho Internacional. Su último planteo en materia de Estado, fue su gran libro sobre el Derecho y el Estado que publicó en inglés en 1945, bajo el auspicio de la Universidad de Harvard. Y que lo hizo sobre todo para ajustar su teoría y actualizarla, acorde con las nuevas tendencias y enfoques que había observado como consecuencia de la guerra y sobre todo de su convivencia con otra familia jurídica: el *common law*.

El interés de Kelsen por el tema del control de constitucionalidad se cierra, por así decirlo, en 1930, cuando empieza un exilio oscilante que termina cuando llega a los Estados Unidos en 1940 y de donde no saldrá más, salvo para cumplir tareas académicas o atendiendo invitaciones del exterior. Y por tanto, no vuelve sobre el tema, con la excepción de un breve ensayo publicado en inglés en 1942 (*cf. Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American constitution*, en “Journal of Politics”, vol. 4, May, 1942, núm. 2, pp. 183-200) en donde lo que hace es ahondar la diferencia que advierte en ambos modelos —y que había adelantado en las discusiones parisinas

de 1928— para precisamente señalar la superioridad, por lo menos teórica, del modelo concentrado por él formulado. Y el mencionado libro general de 1945, en donde el tema es tratado algo marginalmente.

## 8. UNA VICTORIA A LARGO PLAZO

Por esas paradojas del destino, el inmenso esfuerzo desplegado por Kelsen para difundir y exponer su tesis sobre las bondades del modelo concentrado, no tuvo éxito. Es cierto que Austria, su propio país, había optado por el modelo, pero muy pronto, como él mismo lo advirtió, surgirían problemas políticos del cual él fue víctima, pues tuvo que abandonar el Tribunal a principios de 1930, el cual fue lentamente desmantelado hasta que perdió su razón de ser en 1934, para desaparecer finalmente.

En París en donde cifró tan grandes esperanzas, a tal extremo que viajó personalmente para defender sus tesis, tampoco tuvo mayor eco, si bien académicamente sirvió para que sus planteos fuesen conocidos en el resto de Europa, en los Estados Unidos y sobre todo en la América Latina, en donde se incorporó al debate académico a partir de los años cuarenta.

La suerte del modelo concentrado solo sale a relucir tras la Segunda Guerra Mundial: con la Constitución italiana de 1947 y luego con la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Ambas serían seguidas por otros países, que los imitaron e incluso fueron más allá que los originales planteos kelsenianos. Y que hoy se encuentran ampliamente diseminados en la gran Europa, en la América Latina y en el Oriente.

Francia, país tradicionalmente refractario a los jueces y fiero partidario del control parlamentario y de la supremacía del órgano legislativo, no acusó la influencia kelseniana. Mejor dicho, tuvo cierto eco en el pensamiento jurídico francés, pero el mundo político permaneció infranqueable. En la práctica, el control constitucional en Francia ingresa tímidamente y en forma muy *sui generis* con el Consejo Constitucional creado por la Constitución de 1958. Pero solo en 1971

se inicia un proceso en la cual el Consejo Constitucional se acercará lentamente a lo que es un Tribunal Constitucional, como lo demuestra la última reforma constitucional de julio de 2008.

Es decir: París y en consecuencia Francia, fue el lugar escogido por Kelsen para irradiar al mundo su tesis sobre la bondad de un Tribunal o Corte Constitucional. Pero, Francia fue de hecho el último país europeo en aceptarla. Lo hizo varios años después de que fuera enunciada, y cuando Kelsen ya estaba jubilado y apartado de toda actividad. Moriría en Berkeley en 1973, cuando la evolución constitucional francesa se encontraba todavía algo distante de lo que fue años después.

Lima, agosto de 2009.

**Nota:** Publicado originalmente en el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” (Nº 13, Madrid, enero-diciembre, 2009), en cuyo apéndice se incluyeron las actas del debate en el Instituto Internacional de Derecho Público en París en 1928 y que se publica en la primera parte del presente libro.

# El Tribunal Constitucional de Austria

---

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (\*)

**SUMARIO:** I. Consideración general. II. Viena y el Imperio Austro-Húngaro. III. El Tribunal Constitucional austríaco. 1. Preliminares. 2. Composición, número y elección. 3. Naturaleza de las atribuciones. IV. Puntualizaciones conclusivas.

## I. CONSIDERACIÓN GENERAL

Es de observar, en primer lugar, que entre los proyectos editoriales a publicar más acariciados que ha tenido Domingo García Belaunde están los trabajos que redactó Hans Kelsen (Praga, 1881-Berkeley, 1973) de ascendencia judía, concernientes al tema de la Jurisdicción Constitucional —segmento importantísimo de su amplia obra maciza y caudalosa—, y que ahora los atentos leyentes podrán juzgarla y apreciarla en todo su real y positivo valor. De este modo, se trata, por cierto, de aportes sólidos producto de su pujante actividad, redactados

---

(\*) Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (*e*) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

con su incomparable y proverbial honestidad intelectual, con lo cual se llevó a sostener que fue Kelsen el mentor del Tribunal Constitucional, del que más tarde se hablará, y como tal, del Control Constitucional Concentrado. Indudablemente, el contexto fértil de la época —período weimariano (1919-1933)—, en lo que atañe a la Jurisdicción Constitucional, fue decisivo y es importante conocerlo e interpretarlo para desentrañar el mensaje del pensamiento kelseniano, reafirmandose así la plenitud científica de su obra<sup>(1)</sup>.

Hemos de añadir algo más. La honra que se nos otorga para redactar, pluma en ristre, el presente estudio, y la deuda científica que de antaño hemos contraído con García Belaunde, junto a su inestimable amistad desde hace 35 años, permite traer a colación gratos recuerdos y circunstancias en que ambos hemos coincidido para platicar temas comunes, en perspectiva académica, como es el que ahora damos a la estampa, y que tuvo su coronamiento —i por fin!— encontrándonos en fecha reciente en la capital y centro cultural y político de Austria, Viena (*Wien*). Dentro de esta tesitura, es perfectamente legítimo afirmar que el sello de la autoridad y de la ponderación de García Belaunde se reafirma con singular brillo en el presente libro que lleva por título *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, obra venerable y digna del respeto de los ávidos lectores contemporáneos, escrito por Hans Kelsen, con su bien cimentado nombre. Y por cierto también, por el hecho de haber estado ambos *in situ* en la sede del edificio del Tribunal Constitucional austríaco, ubicado en Freyung 8,1010, Viena.

En efecto, fue a propósito de un viaje que los dos realizamos, entre otras ciudades europeas (Amsterdan, Praga, Budapest, Bologna, Roma...), a la Viena imperial, meca de la Filosofía del siglo XX, donde

---

(1) Como puntualiza Sandrine Baume: “Kelsen es considerado el padre de la Corte Constitucional austríaca. Su defensa de una Jurisdicción Constitucional se elabora frente a numerosas resistencias que ponen en cuestión la legitimidad de una Corte Constitucional”. *Cfr. Kelsen. Un alegato por la democracia*, traducción del francés por Julia Tomasini y Ariel Dillon, Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2015, págs. 81-82. Antecede Presentación de Horacio Corti y Juan Manuel Olmos.



finiquitamos la publicación de la obra, de gran envergadura, que lleva por título *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, libro que recoge y ajusta diversos trabajos de Kelsen redactados entre 1928 y 1941 —al calor del período del Derecho Constitucional de entreguerras— y que constituyen los fundamentos teóricos de lo que posteriormente desembocará en una disciplina jurídica que ya tomó cuerpo en las mallas curriculares universitarias, denominada Derecho Procesal Constitucional<sup>(2)</sup>.

Llegado a este punto, signifiquemos que el tema es atrayente y la empresa intelectual cada día adquiere actualidad y una honda corriente de simpatía académica. ¡Qué mejor ejemplo podemos traer a colación con la reciente materialización del libro de excepcional valía, que tiene como autores a Hans Kelsen y Carl Smitt (1888-1985): *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (traducción del alemán de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2009. Antecede Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi), y en el cual encontramos otro ensayo de Kelsen de heterogénea índole, aparecido en 1931, que lleva por título “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” (*Hünter der Verfassung*)! Renglón aparte ocupa el libro recopilatorio de Hans Kelsen, en versión italiana, denominado *La Giustizia Costituzionale* (A cura di Carmelo Geraci, Giuffrè Editore, Milano, 1981. Antecede Premessa di Antonio La Pergola). En dicha obra se recogen, entre otros, los tres ensayos de Kelsen que se publican ahora en el presente libro.

Lo expuesto anteriormente demuestra que la lozanía intelectual que conservó el nonagenario Kelsen hasta el final de su vida, que desempeñó en ella con inusitada autoridad, sigue en pie de forma rele-

---

(2) *Vid.* entre varios, García Belaunde, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, revisada, corregida y aumentada, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, *in toto*. Antecede Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego. Además, consúltese Melo e Silva, Nanci: *Da Juridição Constitucional*, Livraria del Rey Editora Ltda., Belo Horizonte, 2002. Antecede Prefácio de José Alfredo de Oliveira Baracho.

vante, y que trasunta en una doctrina dotada de un formidable poder de difusión y de perseverancia. Por tanto, viene a punto la presente publicación, la cual servirá como un material valioso, tal como se ha puesto en evidencia en líneas anteriores, redactado por Hans Kelsen, Jefe de la *Wiener Schule*, buen sembrador y creador de un fruto sazonado saliente de su inteligencia privilegiada, que le sirve de pórtico: la *Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*<sup>(3)</sup>, a la que consagró largos años de meditación y estudio<sup>(4)</sup>.

Visto de esta forma, es indudable que los actuales sistemas de Justicia (o mejor dicho, Jurisdicción) Constitucional deben a Kelsen más de una virtud..., no se puede comprender la Jurisdicción Constitucional contemporánea sin los significativos aportes de Kelsen a la materia. De hecho, la Jurisdicción Constitucional es el elemento que permitió al Estado moderno transitar de la fase ideológica del constitucionalismo a la plena realización de sus postulados<sup>(5)</sup>. Sin pretensión de respuestas agotadoras, y de un modo semejante a lo anterior, es el punto de referencia y de irradiación del Derecho Procesal Constitucional.

En definitiva, el gran paso que da Kelsen, como arquetipo, y que merece un capítulo destacado en la historia del fenómeno denominado

---

(3) Ya salieron a la estampa las *Obras Completas (Hans Kelsen Werke)*, tal y conforme se anunció en el Parlamento de Viena, el 11 de octubre de 2006, a propósito del 125 Aniversario del nacimiento de Hans Kelsen. Empezaron a circular en el año 2007, y la edición está a cargo de la prestigiosa Editorial Mohr Siebeck (Tübingen, Alemania). El editor y coordinador es el profesor Matthias Jestaedt en cooperación con el *Hans Kelsen-Institut*, cuya sede se encuentra en Gymnasiumstraße 79, 1190, Viena. A la fecha se han publicado pulcramente 5 volúmenes, faltando todavía otros tomos.

(4) *Cfr.* Ermacora, Felix: “Hans Kelsen e il Diritto Costituzionale austriaco”, en Roehrssen, Carlo (A cura di): *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Firenze, 1983, págs. 27-38.

(5) *Cfr.*, al respecto, Piccato, Antonio: “Algunas aportaciones de Hans Kelsen al constitucionalismo contemporáneo”, en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): *Ciencia Jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Editorial Porrúa, S.A. de CV-Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., 2008, pág. 407. Antecede Presentación de Ulises Schmill Ordóñez.

constitucionalismo —en plenas conmociones políticas— es el lúcido planteamiento relativo a la necesidad de una jurisdicción especial y autónoma para ejercer la defensa de la Constitución. Que este sea el mecanismo para la garantía de los derechos fundamentales es un corolario lógicamente necesario, aunque no expresamente propuesto por Kelsen. Pero muy poco habría avanzado la jurisdicción tutelar de los derechos fundamentales de no contar con un modelo de Justicia [Jurisdicción] Constitucional [concentrado] como el formulado inicialmente por “el sabio austríaco” (“*the Austrian Scholar*”) Hans Kelsen con su sólido impacto hasta su áurea madurez<sup>(6)</sup>.

## II. VIENA Y EL IMPERIO AUSTRO-HÚNGARO

Con una perspectiva general, puede sostenerse que, a nuestra llegada a Viena lo primero que se nos vino a la memoria fue el Imperio Austro-Húngaro, antiguo territorio de la dinastía de los Habsburgo<sup>(7)</sup>. Para ello, el día viernes 7 de marzo de 2014, siendo las 08:08 horas salimos con Domingo García Belaunde de la estación ferroviaria de Salzburgo (“ciudad barroca” o “Roma del Norte”) en el tren Railjet

---

<sup>(6)</sup> Cfr. Piccato, Antonio: “Algunas aportaciones de Hans Kelsen al constitucionalismo contemporáneo”, ob. cit., pág. 412. “Desde estas coordenadas —acota Javier Pérez Royo— la Justicia Constitucional no fue un indicador de buena salud democrática, sino todo lo contrario. Detrás de ella se presentó, en un primer momento, la crisis inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial, en la que son rechazadas de forma generalizada las formas políticas autoritarias de la época anterior”. Cfr. *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988, pág. 40.

<sup>(7)</sup> Vid., la excelente y completa obra de Johnston, William M.: *El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938)*, traducción del inglés de Agustín Coletes Blanco (Coordinador), Rocío Coletes Laspra, Ángel Huerga García y Teresa Jove Sánchez, KRK Ediciones, Oviedo, 2009. Antecede Nota Previa de Agustín Coletes Blanco. También, Gulick, Charles A.: *Austria from habsburg to Hitler*, II ts., University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1948. Foreword de Walther Ferdern. Y el libro *Austria aeterna*, publicação do “Comite de proteção dos Interesses Austriacos no Brasil”, Rio de Janeiro, 1944. Preface de Rudolf Aladár Métall.

265 con destino a Viena, habiendo llegado a las 10:30 horas. El recorrido fue un viaje corto y placentero, habiéndonos recibido un tiempo magnífico, no sin antes haber gozado del deleitoso paraje de los valles.

Como quiera que sea, habría que inquirir antes de seguir adelante: ¿Viena es diferente? ¿Es Viena solamente diferente? En el suceder histórico, ninguna otra ciudad de Europa vivió un enfrentamiento de contradicciones sociales y culturales similar al que se produjo en la que fuera la capital de la monarquía del Danubio. No existe otro lugar en el mundo donde la relevancia del *Genius loci* fuera y sea todavía tan preponderante como en Viena, meca tradicional de la vida intelectual y artística. De la capacidad de la sociedad vienesa de reconocer y admitir sus virtudes y defectos surgió la filosofía moderadamente pesimista del “vivir y dejar vivir”: esta atmósfera favoreció un caldo de cultivo muy próspero del que surgieron las obras maestras del arte y la arquitectura. Corroboran esta afirmación los célebres artistas, científicos y arquitectos que desarrollaron alguna parte de su obra en esta ciudad<sup>(8)</sup>. Por todo ello, los jugos de su cultura constituyen un legado histórico firme que irradian hasta nuestros días, sin disputa alguna. No obstante ello, las consecuencias de la Primera Gran Guerra (1914-1918) fueron contundentes, en especial, cuando el 28 de junio de 1919 se firma el Tratado de Versalles y se decide desaparecer la última Gran Potencia católica europea: la doble monarquía danubiana<sup>(9)</sup>. Y así: *Finis Austriae*.

---

(8) Cfr. Peichl, Gustav: “Impresiones sobre la arquitectura vienesa”, en Toman, Rolf (Editor): *Viena. Arte y arquitectura*, traducción del alemán de Susana Andrés Trauschke y Pablo Álvarez Ellacuría, Köneman Verlagsgesellschaft mbH, Barcelona, 2000, pág. 7.

(9) Cfr. Población Bernardo, Ignacio: *Agonía Imperial (La caída del Imperio Austro-Húngaro)*, Editorial Fragua, Madrid, MMXII. Sobre la Gran Guerra, vid. Jagow, G. von: *Le origini della Guerra Mondiale*, traduzione italiana di Roberto Fava, Casa Editrice “Triber”, Roma, 1919. Y, Hart, Peter: *La Gran Guerra (1914-1918) Historia militar de la Primera Guerra Mundial*, traducción del inglés de Juan Rabasseda-Gascón y Teófilo de Lozoya, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2014. Incluye mapas ilustrativos. Desde una perspectiva evolutiva, vid. Fejtö, François: *Réquiem por un imperio difunto. Historia de la destrucción de Austria-Hungría*, traducción del francés de Jorge Segovia, Ediciones Encuentro, S.A., Madrid, 2015.

Con la fragmentación del Imperio de los Habsburgo y el establecimiento en su lugar de pequeñas repúblicas y reinos independientes, los aliados vencedores perseguían una doble estrategia: *a*) por un lado, prevenir el renacimiento de una Alemania fuerte con un importante aliado en el centro de Europa (Austria-Hungría había demostrado durante la guerra una dependencia cada vez mayor respecto de Berlín que hacía tener su incorporación a Alemania); y, por otra parte, aislar el aún indescifrable (pero a todas luces preocupante a los ojos de los líderes de la Europa Occidental) experimento bolchevique en Rusia<sup>(10)</sup>.

Es muy de notar también que, el arte y la arquitectura vieneses guardan un rico legado histórico que data desde la Antigüedad hasta el Renacimiento. La huella incomparable proveniente del Imperio romano aún trasunta, tal como se puede apreciar en las diversas joyas arquitectónicas incólumes —verdadero patrimonio cultural y artístico— hasta el día de hoy. Recuérdese que en el año 15 a.C. los romanos habían conquistado el reino de Noricum y levantado su campamento militar a orillas del Danubio, para lo cual uno de los césares romanos, a saber, Marco Aurelio (26 de abril de 121-17 de marzo de 180) destaca entre los principales artífices.

A la vista de lo dicho, se puede comprender bien que Viena, Capital del Imperio absbúrgico, debe mucho a los romanos, si no posee los espectaculares momentos que se encuentran en otras partes, como en Arles o en Tréveris, su subsuelo testimonia perfectamente la amplitud de los establecimientos romanos. Fue construida sobre los restos de casas, de templos, de palacios y, como Roma, tiene sus catacumbas. Tal vez su propio destino de capital imperial fuese presentado por los generales que, de un simple campamento fortificado para cerrar el paso de la impetuosidad salvaje de los cuadros y de los marcomanos, hicieron un gran centro político, económico, un *emporium* en que vertían los productos de una región fértil como ninguna,

---

<sup>(10)</sup> Cfr. Moreno Mínguez, Carmen: *Breve historia del Imperio Austrohúngaro*, Ediciones Nowtilus, S.L., Madrid, 2015, págs. 287-288.

y predestinado por ello a transformarse pronto en un importantísimo centro de población<sup>(11)</sup>.

Llegados aquí es necesario apostillar que en Viena existen dos palacios que le dan una majestuosidad indescriptible a su patrimonio cultural (*bene culturale*). Uno es el Palacio Imperial (*Hofburg*), que fue por setecientos años residencia de la dinastía de los Habsburgo —desde el siglo XIII hasta 1918— y tiene su origen en un castillo medieval del siglo XIII en donde desde 1498, cada domingo el coro de los afamados Niños Cantores de Viena participan en la misa con sus cánticos. El otro es el bellissimo Palacio Imperial de Schönbrunn, construido a las afueras de la ciudad, y que constituye uno de los monumentos arquitectónicos y culturales más importantes que hay en Austria, conformado por fuentes, pinturas, obras de arte, figuras y un jardín zoológico, considerado éste último el más antiguo del mundo. No en vano, desde 1996 esta apreciada joya arquitectónica barroca es patrimonio cultural de la Unesco.

También saltan a la vista del visitante las iglesias medievales de San Miguel, de San Ruperto (*Ruprechtskirche*), de María de la Ribera, de los Minoristas, y por cierto, la Catedral de San Esteban (“*Steffl*”, como cariñosamente la llaman los vieneses), símbolo y paradigma emblemático de Viena y testigo presencial de muchos hechos episódicos, principalmente religiosos. Fue en este bellissimo patrimonio histórico, empezado a construir en 1130 sobre la base de los estilos romano y gótico, en punto de perfección, donde contrajo matrimonio el niño genio de Salzburgo, Wolfgang Amadeus Mozart (Salzburgo, 27 de enero de 1756-Viena, 5 de diciembre de 1791) con María Constanze Caecilia Josepha Johanna Aloisa (1762-1842), el 4 de agosto de 1782<sup>(12)</sup>.

¿Y qué decir de la música? De resultas de todo lo expuesto,

---

(11) *Cfr.* Brion, Marcel: *La vida cotidiana en Viena en tiempos de Mozart y de Schubert*, traducción del francés de Juan José Utrilla, F.C.E., México, D.F., 1990, pág. 8.

(12) *Vid.* Gruber, Reinhard H.: *La Catedral de San Esteban de Viena*, traducción del alemán de Carles Batlle, Alpina Druck, Wien, s/f.

no ha de extrañar, sin duda alguna, que las melodías musicales están enraizadas en el corazón de la urbe vienesa. En efecto, la música está indisolublemente unida a Viena, *capitale autrichienne*, porque penetra todas las clases de la sociedad, porque ocupa un lugar en cada familia, porque es elemento indispensable de la vida del hogar y de la vida de la calle, y por ello su acción se manifiesta en el comportamiento íntimo y familiar de todos los vieneses, y ese fenómeno se repite con tal insistencia, a través de los siglos, que forzosamente hemos de considerarlo como una constante del temperamento nacional. Desde esta perspectiva, otras ciudades han conocido épocas brillantes y fecundas, floraciones deslumbrantes, pero estas eran breves, como todas las floraciones. Hubo asimismo, un periodo en que la ópera napolitana daba el tono a Europa entera, y todo virtuoso tenía que ir allí a consagrarse si deseaba hacer carrera en su propio país. Las técnicas orquestales que poseyó la Escuela de Mannheim, en tiempos de Mozart, no tenía rival en ningún país, y el periodo mannheimiano del autor de *La flauta mágica* (*Die Zauberflöte*) estrenada el 30 de septiembre de 1791 en el Theater an der Wien, fue también uno de los grandes momentos de la expansión de su genio incomparable, especialmente por el simbolismo masónico<sup>(13)</sup>.

¿Y dónde dejamos a la Universidad de Viena (*Universität Wien*, en latín *Alma Mater Rudolphina Vindobonensis*)? Una hojeada de conjunto nos permite afirmar lo siguiente: Viena es una de las capitales europeas indiscutibles en el mundo de la cultura. Y en gran parte se debe a la tradición histórico-cultural que dimana de su ciudadela académica. La Universidad fue fundada por Rodolfo IV de Austria (1339-1365) en 1365. El actual edificio, ubicado al lado del Ayuntamiento y no lejos del Parlamento, de extraordinaria belleza, es de estilo neorenacentista italiano, y fue construida por el arquitecto Heinrich von Ferstel (1828-1883), quien por esas ironías del destino murió de tuberculosis un año

---

<sup>(13)</sup> Cfr. Brion, Marcel: *La vida cotidiana en Viena en tiempos de Mozart y de Schubert*, op. cit., págs. 78-79. También, Berenger, Jean: *La République Autrichienne de 1919 a nos jours*, Librairie Didier, Paris, 1971, págs. 170-175 y 178. Preface de Jacques Droz.

antes de su inauguración en 1884. En ese transitado lugar, cargado de cultura y sabiduría, sobresalen la Fuente de Castalia, el Aula Magna, la Biblioteca, los bustos de los docentes, entre otros, Kelsen, Verdross, Freud, que en su día irradiaron sus fértiles concimientos. Agréguese lo siguiente: en el frontis se aprecia notoriamente la representación del nacimiento de Palas Atenea<sup>(14)</sup>.

Además, varios Premios Nobel que han prestado señalados servicios al desarrollo de la ciencia, egresaron de sus aulas: Robert Bárány (1876-1936), Julius Wagner-Jauregg (1857-1940), Hans Fischer (1881-1945), Karl Landsteiner (1868-1943), Erwin Schrödinger (1887-1961), Victor Franz Hess (1883-1964), Otto Loewi (1873-1961), Konrad Lorenz (1903-1989), Friedrich A. von Hayek (1899-1992) y Sigmund Freud (1856-1939). Ahí también se gestó en 1871 la Escuela Austríaca de Economía, cuyos fundadores estudiaron en dicha casa de estudios superiores: Carl Menger (1840-1921), Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914), Friedrich von Wieser (1851-1926), Joseph Schumpeter (1883-1950), Ludwig von Mises (1881-1973), amigo personal de Hans Kelsen<sup>(15)</sup>, el ya citado Friedrich A. von Hayek y Christian Andreas

---

<sup>(14)</sup> A propósito, en la óptica de Josef L. Kunz, tesis que compartimos plenamente, trasunta lo siguiente: “Si se toman las obras de Kelsen como obras separadas, creo que de todas ellas, la de 1911 [*Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*] es aún hoy la más genial. Como *Pallas Athenea* de la cabeza de Zeus, así apareció en esta obra la *Teoría Pura del Derecho* con rasgos geniales y en su aspecto fundamental. Ya está allí claramente delineada, en verdad, la *Teoría Pura del Derecho*. Hallamos la base filosófica kantiana, la estricta separación entre los mundos del *ser* y del *deber ser*, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre Ciencia del Derecho y Sociología, entre ley causal y norma. Vemos la concentración de la teoría en el concepto de la norma jurídica”. *Cfr. La Teoría Pura del Derecho (Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia)*, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1948, pág. 18. Antecede Prólogo de Luis Recaséns Siches.

<sup>(15)</sup> *Cfr. Mises, Ludwig von: Autobiografía de un liberal (La gran Viena contra el estatismo)*, Unión Editorial, S.A., Madrid, 2001. Antecede Prólogo de Lorenzo Infantino. Por lo demás, la Escuela Austríaca de Economía fue una verdadera revolución en el campo de la Economía, principalmente, en el de la Filosofía, en el de las



Doppler (1803-1853). De igual forma, destaca la presencia del Círculo de Viena —que continúa en pleno ejercicio filosófico— fundado por Moritz Schlick (1882-1936), mentor del *Empirismo Lógico*, a partir de 1929 y dispersado *manu militari* a raíz de la anexión de Austria a la Alemania totalitaria.

Y, desde luego, en la Universidad germinó la afamada Escuela de Viena, creada por Hans Kelsen, despuntando entre otros representantes, desde sus primeros discípulos que le rodearon: Franz [František] Weyr (1879-1951), Alfred von Verdross (1890-1980), Josef L. Kunz (1890-1970) y Adolf Julius Merkl (1890-1970). Luego vinieron, generacionalmente, otros seguidores: Julius [Gyula] Moór (1888-1950), Fritz Sander (1889-1939), Leonidas Pitamic (1885-1971), Eric Voegelin (1901-1985), Rudolf Aladár Métall (1903-1975), Josef Dobretsberger (1903-1970), Luis Recaséns Siches (1903-1978), Luis Legaz Lacambra (1906-1980), Fritz Schreier (1897-1981), Félix Kaufmann (1895-1949), Charles Eisenmann (1903-1980), Julius Kraft (1898-1960), Marinus Maurits von Praag (1896-1965), Wiktor Sukiennicki (1901-1983), Alf Ross (1899-1979), Tomoo Otaka (1899-1956), Hans Klinghoffer (1905-1990) y Felix Somló (1871-1920)<sup>(16)</sup>.

---

Ciencias Sociales y en la Filosofía Política. Por ello, debe señalarse que la Escuela en mención es, en esencia, una teoría del conocimiento, mejor dicho, una Escuela compuesta por presupuestos gnoseológicos en donde empezarán a reelaborarse las grandes líneas tendenciales del liberalismo como modelo de convivencia social y política y como crítica tajante a toda forma de constructivismo y transpersonalismo, expresado principalmente en el totalitarismo. También, *vid.*: Cubeddy, Raimondo: *La Filosofía de la Escuela Austríaca*, traducción del italiano, teniendo siempre presente la versión inglesa, de Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1997. Y, Ravier, Adrián O. (Coordinador): *La Escuela Austríaca desde adentro*, 4ª reimpression, 3 vols., Unión Editorial, S.A., Madrid, 2011-2013. Antecede Prólogo de Richard M. Ebeling, Prefacio de Gabriel J. Zanotti, e Introducción de Adrián O. Ravier.

<sup>(16)</sup> *Cfr.* Métall, Rudolf A.: “Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 6, Diciembre, Valparaíso, 1974, págs. 21-28. Publicado también en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, con el siguiente título: “Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de Teoría Jurídica”, Año VII, N° 19, Enero-Abril, México, D.F., 1974, págs. 3-9, traducción del alemán de

### III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AUSTRÍACO<sup>(17)</sup>

#### 1. PRELIMINARES

Ahora bien, conforme se ha expuesto en la doctrina procesal constitucional, el modelo austríaco o kelseniano es el punto de arranque para la configuración y expansión mundial de los Tribunales Constitucionales, plasmado en la Constitución Federal de Austria del 1º de octubre de 1920, en actual vigencia, con las reformas correspondientes [Capítulo VI, arts. 137-148 y Ley Federal del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofsgesetz*, abreviado *VergGG*) de 1953 y posteriores reformas (BGBl, 1953-1985) que desarrollan la organización y funciones del Tribunal Constitucional]<sup>(18)</sup>. Todo ello,

---

Jorge Sánchez Cordero Dávila. Se trata del número especial: *Estudios en memoria de Hans Kelsen*, compilado y dirigido por Rolando Tamayo y Salmorán. *Vid.*, del mismo autor: *Hans Kelsen. Vida y Obra*, traducción del alemán de Javier Esquivel, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1976, págs. 36-53. También, Schreier, Fritz: “Die Wiener rechtsphilosophische Schule”, en Métall, Rudolf Aladár: *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Hans Kelsen-Institut, Wien, 1974, págs. 419-436. Vorwort des Bruno Kreisky. Más de pronto, *vid.* Robles Morchón, Gregorio: *Hans Kelsen. Vida y Obra*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, en especial, Capítulo V: La Escuela de Viena, págs. 71-103. No han faltado las críticas, aun cuando sin fundamento, a la Escuela de Viena. En vía de ejemplo, *vid.* Bruera, José Juan: “La Lógica, el Derecho y la Escuela de Viena”, en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. XLIII, Octubre, Buenos Aires, 1945, págs. 289-293.

<sup>(17)</sup> Acerca del nacimiento del Tribunal Constitucional, *vid.* Lagi, Sara: *El pensamiento político Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la ‘Esencia y valor de la democracia’*, Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2007, págs. 168-187. También, *vid.* Caravita, Beniamino: *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1985, págs. 39-67.

<sup>(18)</sup> La Constitución en referencia fue revisada por Ley Constitucional de 30 de julio de 1925, así como por Ley Constitucional Federal de 7 de diciembre de 1929. Las huestes de Adolfo Hitler (1889-1945) invaden Austria el 4 de marzo de 1938 y se produce un golpe de Estado, la Constitución se encuentra en *vía crucis* y es suspendida. En consecuencia, al abolir el gobierno el Canciller Engelbert Dollfus (1892-1934), el sistema parlamentario austríaco quedó prácticamente anulado y las atribuciones de la Corte Constitucional y del Tribunal Supremo Administrativo se

sin obviar al Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) que se estableció en la Constitución de 1867 —producto del *Ausgleich* o *Compromiso*—, y que era competente para controlar los actos administrativos con base en recursos individuales que alegaban la violación de los derechos políticos<sup>(19)</sup>.

---

transfirieron a una Corte de Justicia Federal con acento “dictatorial”. Años más tarde fue restablecida la Constitución por Ley Constitucional de 1° de mayo de 1945, poco antes de que el III Reich alemán —del cual dependía Austria hasta ese entonces— capitulara incondicionalmente. Hasta la fecha, la Constitución ha sido enmendada por un aproximado de 31 leyes constitucionales que no han variado *in integrum* el contenido que le dio Hans Kelsen en 1920. El texto completo con las reformas de 1925 y 1929 puede consultarse en el Boletín de Legislación y Documentación Parlamentaria Extranjera, Madrid, 1930, pág. 3 y sgts. Kelsen, aparte de ser el creador de la Corte Constitucional, conforme se ha señalado, fue también magistrado y ponente (*Juge Rapporteur*), así como consejero permanente; cargo que desempeñó con elocuente brillantez desde 1920 hasta el año 1929 cuando renunció presagiando el holocausto de la raza judía residente en Austria, por parte de las tropas alemanas. Kelsen, como es sabido, era de origen judío por sus padres, pero había nacido en Praga, Checoslovaquia, cuando pertenecía al Imperio Austro-Húngaro, pero en rigor de verdad, el Jefe de la Escuela de Viena renunció a raíz de un incidente entre los tribunales ordinarios y la Corte Constitucional relativo al derecho de familia austríaco. No está por demás recordar el incidente que determinó la renuncia de Kelsen.

Albert Armin Ehrenzweig (1906-1974), citando a Rudolf Aladár Métall —discípulo y biógrafo de Kelsen— expone en un elocuente *Testimonio* el controvertido caso: “Las agencias administrativas habían otorgado dispensa del impedimento de un matrimonio existente, que impedía a los cónyuges católicos separados volver a casarse. Los tribunales ordinarios llegaron hasta invalidar matrimonios basados en tales dispensas, las que se sostenía violaban la integridad de los matrimonios católicos. El Tribunal Constitucional... revocó tales juicios, sobre la base de que sólo el Tribunal Administrativo Supremo podía pasar sobre la validez de las dispensas administrativas”. *Cfr.* Revista de Ciencias Sociales, N° 6, Diciembre, Valparaíso, 1974, pág. 375, nota 3.

<sup>(19)</sup> Acerca del proceso de formación de la Constitución de Austria de 1920, *vid.* Bongiovanni, Giorgio: *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998, págs. 140-174. Del mismo autor, *vid.* “Estado de Direito e Justiça Constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920”, en Costa, Pietro e Zolo, Danilo (Orgs.): *O Estado de Direito. História, teoria, critica*, tradução de Carlos Alberto Datolli, Martins Fontes, São Paulo, 2006, págs. 379-414. El texto de la Constitución de Austria, entre varias ediciones, se puede consultar en Mirkine-Guetzévitch,

Añádase aún lo que sigue: el Tribunal o Corte Constitucional de Austria (*Verfassungsgerichtshof*, abreviado *VfGH*) —que goza de prestigio indiscutible en el mundo jurídico— conforme iba adquiriendo experiencia, ampliaba su ámbito competencial, de manera tal que hoy en día tiene facultades para dirimir varios asuntos, tal como veremos a continuación<sup>(20)</sup>. Debe señalarse que los tribunales ordinarios austríacos no tienen competencia para dirimir la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales promulgados conforme a ley (Const., art. 89,1). Más bien, están facultados para interponer la súplica ante el Tribunal Constitucional cuando existan objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de un decreto. De igual forma, estatuye la Constitución que si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional “recurso de anulación” de dicha ley (art. 89,2). Si el decreto que el Tribunal Supremo (Corte Suprema) tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, en el recurso que interpusiera ante el Tribunal Constitucional debía solicitar que este dictara resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o inconstitucional (art. 89,3). Se infiere, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional era el único órgano encargado de ver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes<sup>(21)</sup>.

---

Boris: *Les constitutions de L'Europe nouvelle*, deuxième édition revue et augmentée, Librairie Delagrave, Paris, 1930, págs. 126-162.

<sup>(20)</sup> Vid. Pegoraro, Lucio: *Lineamenti di Giustizia Costituzionale Comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, págs. 22-26. Pegoraro denomina a la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana “modelo eurístico”.

<sup>(21)</sup> Una visión panorámica del fundamento del Tribunal Constitucional de Austria se puede consultar en Acosta Sánchez, José: *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, págs. 246-263. Antecede Prólogo de Manuel Jiménez de Parga. Acerca del contenido y estructura de la Constitución de 1920, *vid.*, Mirkine Guetzévitch, Boris y Tibal, André: *L'Autriche*, Librairie Delagrave, Paris, 1932, págs. 12-17. *Cfr.*, también, Giovannelli, Adriano: “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, del

De ahí su notoria diferencia con lo que sucede en el mundo cultural anglosajón a través del Sistema o Modelo Americano (*Judicial Review*) en donde la función de control constitucional recae en los tribunales ordinarios (Poder Judicial), y las consecuencias, por tanto, tienen efectos *inter partes*<sup>(22)</sup>. Para nuestros propósitos es válido significar, siguiendo a Roberto Blanco Valdés que, con independencia de la corrección jurídica de algunas de las afirmaciones de Marshall y de la coherencia de su pronunciamiento con otros previos de la Corte [Suprema Federal], lo relevante es que ... su forma de razonar va a situarlo ante la necesidad inaplazable de *justificar* constitucionalmente la exigencia de inaplicar aquellas normas que fuesen incompatibles con la Constitución y, lo que es más importante, la paralela obligación de los tribunales para optar por tal inaplicación en los casos en que apreciase aquella incompatibilidad<sup>(23)</sup>.

---

contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”, en AA.VV., *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, t. I, Cedam-Casa Editrice Dott., Padova, 1985, págs. 381-444. Publicado también como Apéndice en el libro del mismo autor, que lleva por título *Dottrina Pura e Teoria della Costituzione in Kelsen*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1983, págs. 235-317. De igual forma, *vid.* Frisch Philipp, Walter: “La forma en que se plasmó la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen en la Jurisdicción Constitucional austríaca creada por él”, en *Jurídica*, N.º. 2, México, D.F., 1970, pág. 125 y sgts. También, *vid.* Alonso García, Enrique: “El Tribunal Constitucional austríaco”, en AA.VV.: *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 411-459. Incluye bibliografía especializada.

<sup>(22)</sup> *Vid.*, por todos, Fernández Segado, Francisco: “Los inicios de la *judicial review*”, en su libro *La evolución de la Justicia Constitucional*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2013, págs. 35-922. Del mismo autor: “Los modelos de Justicia Constitucional”, en la referida obra, págs. 923-1014. Ambos ensayos incluyen bibliografía especializada, y son de útil consulta. También, *vid.* Cárdenas, Raúl de: *La inconstitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1943.

<sup>(23)</sup> *Cfr.* Blanco Valdés, Roberto L.: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2006, págs. 180-181. Antecede Prólogo de José Antonio Portero Molina y Prólogo a la nueva edición de Miguel Artola. *Vid.*, también, *Law Review Duquesne*, Volume 45,

## 2. COMPOSICIÓN, NÚMERO Y ELECCIÓN

Bástanos consignar aquí, que en el cuadro del ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional con sede en Viena, estará compuesto por un Presidente (*Präsident*), un Vicepresidente (*Vizepräsident*), de otros doce miembros y de seis suplentes (*Ersatzmitglieder*), así lo establece el artículo 147, 1 de la Constitución. Todos ellos magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos de las facultades de Derecho y Ciencia Política (art. 147,2)<sup>(24)</sup>. Una parte son elegidos por el Gobierno Federal (Presidente, Vicepresidente y seis miembros más) y la otra es elegida por el Parlamento Federal, de forma paritaria entre cada una de las Cámaras (tres miembros de cada Cámara). Los miembros del Tribunal Constitucional jurarán (*geloben*), antes de tomar posesión del cargo, observar inquebrantablemente la Constitución y las demás leyes de la República, así como el cumplimiento escrupuloso de su deber (Ley del Tribunal Constitucional, art. 8)<sup>(25)</sup>. El *status* de los magistrados constitucionales se expresa en su independencia funcional, orgánica y reglamentaria.

---

Number 3, Spring, 2007, dedicado a la *Judicial Review* in the Americas. Sobre la experiencia del modelo austríaco, *vid.* Caravita, Beniamino: *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, ob. cit., págs. 181-200.

<sup>(24)</sup> Sobre ello, *vid.*, por todos, Troper, Michel: “Kelsen et la Court Constitutionnelle”, en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): *Ciencia Jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, ob. cit., págs. 445-461.

<sup>(25)</sup> La Ley del Tribunal Constitucional se puede consultar en el Boletín de Legislación Extranjera, N<sup>o</sup> 155-156, Setiembre-Octubre, Madrid, 1994, págs. 23-44, traducción del alemán de Mariano Daranas Peláez. Además, aparece publicada en el libro de González Rivas, Juan José: *Análisis de los sistemas de Jurisdicción Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 235-270. De igual forma, hemos tenido a la vista la versión italiana que incluye el Reglamento Interno, edición a cargo del ex magistrado constitucional Öhlinger, Theo: *Legge sulla Corte Costituzionale austriaca*, Centro Editoriale Europeo, Firenze, 1982.

### 3. NATURALEZA DE LAS ATRIBUCIONES<sup>(26)</sup>

Entre las vías operativas de la Jurisdicción Constitucional se atribuye y confía competencia al Tribunal Constitucional para conocer:

#### A) Acciones (pretensiones) de carácter patrimonial<sup>(27)</sup>

En efecto, el Tribunal Constitucional tiene legitimación para conocer de las acciones de carácter patrimonial (*Vermögensrechtliche Ansprüche*) contra la Federación, los Estados, los distritos, los municipios y las agrupaciones de municipios que no puedan sustanciarse mediante el procedimiento judicial ordinario (*im ordentlichen Rechtsweg*) ni por resolución de una autoridad administrativa (Const., art. 137). Quiere ello decir que las acciones de carácter patrimonial —excepcional— tienen que sustanciarse necesariamente mediante el procedimiento constitucional. Su contenido tiene que ser de Derecho Público y no de Derecho Privado, siendo en el fondo una jurisdicción contenciosa-administrativa.

---

<sup>(26)</sup> Vid. Moraes, Alexandre de: *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição*, 3ª. edição, Editora Atlas, S.A., São Paulo, 2013, págs. 99-120. Antecede Apresentação de Dalmo de Abreu Dallari. Entre varios, *vid.* Öhlinger, Theo: “L’evoluzione della Giurisdizione Costituzionale in Austria”, en Lombardi, Giorgio (A cura di): *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Maggioli Editore, Italy, 1985, págs. 37-59.

<sup>(27)</sup> Cfr. Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D’Autriche*, Economica Paris, 1986, pág. 287. Avant-propos par Georges Vedel y Annexe par Louis Favoren: “La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la Justice Constitutionnelle”. (Édition de 1928). No le falta razón a Eisenmann cuando sostiene que: “La Haute Cour Constitutionnelle de la République d’Autriche est le premier exemple que l’on connaisse d’une juridiction constitutionnelle spéciale” (pág. 289). Del mismo autor, *vid.* “Dix ans d’Histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, Janvier-Février-Mars, Paris, 1928, págs. 5-27. Al final, incluye el texto de la Constitución Federal de 1920.



## B) Tribunal de Conflictos de competencia administrativa<sup>(28)</sup>

En rigor, la figura del Tribunal de Conflictos lo encontramos en el *Proyecto Kremser* de 1848, que no llegó a entrar en vigor, y que daba nacimiento a un Tribunal Supremo del Imperio (*oberste Reichsgericht*)<sup>(29)</sup>. Este recordado órgano tenía competencia para resolver los conflictos de atribución entre la administración y los tribunales de justicia. Por su parte, tras las reformas constitucionales de 1925 y 1974, la Constitución austríaca de 1920, otorga al Tribunal Constitucional facultad de actuar como Tribunal de Conflictos, inspirándose en cierto grado al modelo francés, en las cuestiones de competencia (*Kompetenzkonflikte*)<sup>(30)</sup>:

- a) Entre los tribunales y autoridades administrativas.
- b) Entre el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) y los demás tribunales, en especial entre el Tribunal Administrativo y el Tribunal Constitucional mismo (¿Juez y parte?), así como entre los tribunales ordinarios y otros tribunales.

---

<sup>(28)</sup> Cfr. Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*, ob. cit., págs. 273-276. También, *vid.* Hinterauer, Werner: "Tribunal Constitucional de Austria", en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y autonomías territoriales*, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 1985, págs. 102-106.

<sup>(29)</sup> Al respecto, *vid.*, Gómez Montoro, Ángel J.: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, en especial, págs. 45-49. Antecede Prólogo de Manuel Aragón Reyes. Dentro de ese ámbito material, el modelo suizo es de suma importancia, teniendo en cuenta que la historia de la Confederación Helvética empieza en el año 1291, con una estructura política estatal que antes no había en Europa, y que arrastraba desde el Imperio romano mediante los tres cantones primitivos: Uri, Schwyz y Unterwalden, hasta la Constitución Federal para la Confederación Suiza, de 12 de setiembre de 1848, luego la de 1874. Y dentro del marco así delimitado, el conflicto positivo (*positif*) y el conflicto negativo (*négatif*) ya se dejaba notar desde el siglo XIX en Suiza. En tal sentido, *vid.* Aubert, Jean-François: *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, t. 2, Jurisprudence Générale Dalloz-Editions Ides et Calendes, Paris-Neuchâtel, 1967, págs. 580-589.

<sup>(30)</sup> *Vid.* García Roca, F. Javier: *El conflicto entre los órganos constitucionales*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987, pág. 37.



- c) Entre los Estados, o entre un Estado (*Länder*) y la Federación (*Bundesländer*), conforme lo establece el artículo 138,1 de la Constitución. Tales atribuciones son propias en un Estado Federal como lo es Austria (Const., art. 2,1).

De lo dicho se infiere claramente que al Tribunal Constitucional no solo le alcanza competencia de índole administrativa sino también judicial. Es más todavía, el Tribunal Constitucional declara a instancia del Gobierno Federal o de un Gobierno Regional, si un acto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo recae en la esfera de competencia de la Federación o en la de los Estados (art. 138,2). Naturalmente, bastante ha influido en ello el hecho de que Austria, desde 1920, se erige en un típico Estado Federal, integrado por nueve *Länder*, en donde se deja notar una autonomía constitucional relativa, con la existencia de órganos comunes e instituciones simétricas<sup>(31)</sup>.

### C) **Ilegalidad de decretos y ordenanzas**

A la par, yendo a otros espacios, observamos que se le atribuye al Tribunal Constitucional conocer de la ilegalidad (*Gesetzwidrigkeit*) de los decretos emanados de autoridades federales o regionales, así como de las órdenes de órganos de tutela de los municipios, dictadas al amparo del artículo 119, a, párrafo 6 de la Constitución. Actúa, de igual forma, para resolver la ilegalidad, a instancia de cualquier tribunal, Gobierno Federal o regional (de parte), también lo hace de oficio cuando el decreto en cuestión debe constituir el presupuesto para una decisión del propio Tribunal Constitucional (art. 139,1). Se pronuncia también sobre la ilicitud de cualquier ordenanza a instancia de toda persona que alegue haber sido lesionada en sus derechos de modo directo por dicha ilicitud, cuando la ordenanza haya cobrado fuerza ejecutiva para la persona afectada.

---

<sup>(31)</sup> *Vid.*, el libro de Vernet i Llobet, Jaume: *El sistema federal austríaco*, Escola D'administració Pública de Catalunya-Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997. Antecede Prólogo de Heinz Schäffer. Y, Douin, Claude-Sophie: *Le fédéralisme autrichien*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, en especial, págs. 130-141. Préface de André Cocatre-Zilgien.

Y yendo al fondo de la cuestión, es dable significar la actuación que asume el Tribunal Constitucional cuando se tiene que aplicar una ordenanza determinada, y la parte afectada o alegante “desestime” la reclamación. Al respecto, la actitud que toma en este caso es continuar las actuaciones procesales iniciadas para examinar la legalidad de la ordenanza en cuestión (art. 139,2).

Por consiguiente, ¿cómo se procede para anular la ordenanza por razón de ilegalidad? Veamos. En este aspecto, el Tribunal Constitucional solo podrá anularla si se ha solicitado explícitamente la anulación, o el propio Tribunal estuviera obligado a aplicarla al litigio pendiente ante él. Sin embargo, si el propio Tribunal Constitucional llega a la convicción de que la ordenanza entera carece de fundamento legal, o ha sido dictada por un órgano incompetente o ha sido promulgada en forma ilegal, deberá anular la ordenanza entera por ilegal (*gesetzwidrig*), siempre y cuando no vaya contra los intereses jurídicos de la parte que ha interpuesto la demanda conforme al último inciso del párrafo 1º del artículo 139 de la Constitución; así lo señala el artículo 139,3 de dicha Norma Fundamental.

Sobre este punto, una vez emitido el fallo del Tribunal Constitucional, la autoridad suprema competente de la Federación o del Estado Regional está obligada a aplicar de inmediato la anulación. Se aplicará por analogía en los pronunciamientos que se dicten en los supuestos del párrafo 4º del artículo 139 de la Constitución. La anulación entra en vigor el mismo día que se publica, en caso de que el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración, este no podrá exceder de seis meses, o bien de un año (art. 139,5).

#### D) Inconstitucionalidad de las leyes<sup>(32)</sup>

Bastante mayor interés tiene esta atribución. En dicho marco de análisis, como recuerda con acierto evidente Fernández Rodríguez,

---

<sup>(32)</sup> Cfr. Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D’Autriche*, ob. cit., págs. 213-221. Desde una óptica comparada, vid. Cervati, Angelo Antonio: “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, tedesca ed italiana”, en *Quaderni Costituzionali*, vol. IX, núm. 2, agosto, Bologna, 1989, págs. 257-285.

el control de constitucionalidad de las leyes es una competencia muy extendida, como es lógico, al tratarse de la atribución primigenia de la Jurisdicción Constitucional. Al menos, desde un punto de vista teórico. El carácter normativo y supremo de la Constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas esas notas de normatividad y superioridad. Esta función característica de la Jurisdicción Constitucional fue la que diseñó Hans Kelsen, y que trasunta en la actividad que despliega el Tribunal Constitucional austríaco desde la Constitución de 1920<sup>(33)</sup>. Y, para ser más concreto, desde la primera elección de los jueces constitucionales llevada a cabo del 15 al 20 de julio de 1921, y en donde quedó constituido de la siguiente manera: Presidente Vittorelli (1851-1932); Vicepresidente Adolf Menzel (1857-1938); Friedrich Austerlitz (1862-1931); Hans Kelsen (1881-1973)<sup>(34)</sup>; Robert Neumann-Ettenreich (1857-1926); Julius Ofner (1845-1924); Rudolf Ramek (1881-1941); Julius Sylvester (1854-1944); Friedrich Engel (1867-1941); Alois Klee (1876-1944); Gustav Harpner (1864-1924); Karl Hartl (1878-1941); Michael Mayr (1864-1922) y Karl Pawelka (1867-1945)<sup>(35)</sup>.

En efecto, ante la vulneración de la supremacía constitucional y/o jerarquía normativa, se acude al Tribunal Constitucional mediante vía de impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) consagrado en el artículo 140 de la Constitución. El proceso

---

<sup>(33)</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio: *La Jurisdicción Constitucional Iberoamericana*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2014, pág. 40. Antecede Presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Prólogo de Néstor Pedro Sagüés. Del mismo autor compostelano es de suma utilidad su libro *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2002. Antecede Prólogo de Roberto L. Blanco Valdés.

<sup>(34)</sup> Todas las contribuciones de Hans Kelsen al nacimiento del Tribunal Constitucional aparecen publicadas en el libro *Hans Kelsen Werke, Veröffentlichte Schriften 1919-1920*, Band 5, Mohr Siebeck, in Kooperation mit dem Hans Kelsen Institut, Tübingen, 2011. Herausgegeben von Matthias Jestaedt.

<sup>(35)</sup> Cfr. Kelsen, Hans: *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di Mario G. Losano, Edizioni, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pág. 120, nota 183.

constitucional a seguir ante el Tribunal austríaco, es característico del modelo kelseniano y ha tenido notoria influencia para aplicarlo en otros países que tienen Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución [constitucionalidad].

Como quiera que fuere, lo cierto es que, a instancia del Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), del Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, el Tribunal Constitucional entenderá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional; inclusive, puede conocer de oficio el propio Tribunal Constitucional cuando tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente (art. 140,1). Se atribuye también al Tribunal Constitucional dirimir sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes regionales, a instancia del Gobierno Federal; o un tercio de los componentes de la Asamblea Regional, siempre y cuando estos últimos componentes estén autorizados por ley constitucional regional (*Landesversammlungsgesetz*); y de las leyes federales presumiblemente inconstitucionales, a instancia de un Gobierno Regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional.

Asimismo, puede acudir ante el Tribunal Constitucional para objetar una ley inconstitucional, cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona, sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual (art. 140, 1 *in fine*). Si la ley no está en vigor, se deberá solicitar al Tribunal Constitucional que dicte resolución en el sentido de que la ley objetada era ilegal o inconstitucional<sup>(36)</sup>.

Como es fácil de ver, en su análisis lógico-jurídico, el Tribunal o Corte Constitucional austríaco puede anular una ley inconstitucional (*ein Gesetz als Verfassungswidrig aufheben*) solamente cuando se haya

---

<sup>(36)</sup> Es decir, se aplica por analogía lo estipulado en el artículo 89,3 de la Constitución.

pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal Constitucional tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él. Sin embargo, puede darse el caso de que el Tribunal Constitucional vea que toda la ley ha sido dictada por un órgano legislativo no competente o promulgada de modo inconstitucional, entonces, por mandato constitucional, deberá derogar la ley en su totalidad declarándola inconstitucional (art. 14,3)<sup>(37)</sup>.

Pero eso no es todo. También deberá tener en cuenta el Tribunal Constitucional al momento de emitir sentencia, que si la ley objetada ya no está en vigencia y el procedimiento constitucional hubiere sido incoado de oficio o se hubiese interpuesto recurso de algún tribunal o por persona que haya sido perjudicada en sus derechos por la inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional deberá decidir si la ley es o no inconstitucional (art. 140,4)<sup>(38)</sup>.

Tras lo antes dicho, es importante señalar que el Tribunal Constitucional necesariamente tiene que pronunciarse aunque la ley ya no esté en vigencia. Se trata, de esta forma evitar *a posteriori* violaciones de derechos consagrados en la Constitución. Advierte el Tribunal Constitucional que, al emitir sentencia estimatoria por la cual anula la ley inconstitucional, obliga en el acto al Canciller Federal o al Gobernador regional competente a publicar la derogación. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Conforme lo dispone la Constitución, el plazo no podrá exceder de un año (art. 140,5).

Aunado a lo anterior, es también de interés resaltar que, el Tribunal Constitucional austríaco prevé los efectos de la sentencia que pronuncia para no dar origen a futuras confusiones. En efecto, al anular la ley inconstitucional, entrará en vigor el mismo día en

---

<sup>(37)</sup> Sobre el tema, *vid.* Cruz Villalón, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 398-402. Antecede Prólogo de Ignacio M<sup>a</sup> de Lojendio Irure.

<sup>(38)</sup> En este caso debe aplicarse lo prescrito en el artículo 140,3 de la Constitución.

que surta efecto la derogación, a no ser que disponga otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional. Para ello deberá especificarse en la publicación relativa a la anulación de la ley, si alguna disposición legal vuelve a entrar en vigor, y en caso afirmativo, cuáles son (art. 140,6).

En consecuencia, se colige que en la esfera procesal la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no tiene efectos retroactivos; las leyes impugnadas por inconstitucionales se plantean directamente ante el Tribunal Constitucional, no existe vía previa; la cuestión o litigio resuelto por el Tribunal Constitucional mediante sentencia tiene efectos *erga omnes*, no *inter partes*, o sea, como afirma Vanossi: “para todos y para siempre”<sup>(39)</sup>. Acá radica la característica más notable de los Tribunales Constitucionales, especialmente del austríaco, que en rigor de verdad, es un organismo de naturaleza especial, separado e independiente de la magistratura ordinaria.

Sin mengua alguna, la idea de supremacía de la Constitución es el corazón de la teoría constitucional de Kelsen, y por tanto, permite al Tribunal Constitucional derogar leyes que tienen vicio de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Para esto, el pensamiento kelseniano se funda en tres dimensiones o planos: 1. El sistema jurídico está ordenado jerárquicamente, es decir, tiene una estructura jerárquica (*Stufenbau*). 2. La Constitución, por lo general, determina el contenido de la legislación. 3. La Constitución tiene un cierto grado de rigidez, o lo que es igual, ella no puede ser modificada mediante legislación ordinaria<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Cfr. Vanossi, Reinaldo: *Teoría Constitucional*, t. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 89.

<sup>(40)</sup> Vid. Moreso, Juan José: “La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen”, en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (Editor): *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, págs. 359-360. A estos caracteres responde también las reflexiones precisas, como era usual en él, del siempre recordado Pablo Lucas Verdú (1923-2011): “El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra Hans Kelsen)”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N.º. 68, Abril-Junio, Madrid, 1990, págs. 7-93.

**E) Inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales e infracciones al Derecho Internacional<sup>(41)</sup>**

Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico nacional la Constitución es el máximo grado escalonado, los tratados internacionales estarán subordinados a ella, aunque tampoco puede desconocerse la hipótesis, teóricamente hablando, de que los tratados estén dentro del orden jurídico internacional y como tal encima de la Constitución. Sin embargo, seguirán subordinados a la norma constitucional; no se puede, por lo tanto, desconocer la preeminencia de la Constitución que es tajante<sup>(42)</sup>. A tal fin: “Los tratados internacionales —afirma Kelsen— deben ser interpretados de modo que sostengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes. Ellos pueden, así, ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual”<sup>(43)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Las contribuciones de Kelsen al Derecho Internacional se puede consultar en Monaco, Ricardo: “Kelsen e la Teoria del Diritto Internazionale”, en Ermacora, Roehrsen, Carlo (A cura di): *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, ob. cit., págs. 39-51.

<sup>(42)</sup> La bibliografía al respecto es inmensa. Entre varios, *vid.* Puente Egido, José: *La Teoría Pura del Derecho y la Ciencia del Derecho Internacional*, Instituto «Francisco de Vitoria», Madrid, 1962, págs. 75-88. Antecede Prólogo de Antonio de Luna. También, *vid.* Antonioli, Walter: “Hans Kelsens Einfluss auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Engel, Salo y Métall, Rudolf A.: *Law State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Pres, Knoxville, 1964, págs. 21-28; Bernstorff, Jochen von y Dunlap, Thomas: *The Public International Theory of Hans Kelsen*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, págs. 172-179. Y, Grussmann, Wolf-Dietrich: “Giurisdizione Costituzionale austriaca e Comunità Europee”, en *Diritto e Società*, Nuova Serie, N.º. 4, Padova, 1991, págs. 699-712.

<sup>(43)</sup> *Cfr.* Kelsen, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)”, traducción del francés de Rolando Tamayo y Salmorán, en *Revista Anuario Jurídico*, I, México, D.F., 1974, págs. 470-515, en concreto, pág. 481.

Más adelante, sustentando su posición sobre la atribución del Tribunal Constitucional para someter a su competencia los tratados internacionales, expresa Kelsen que: “ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se considera que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la Jurisdicción Constitucional. Jurídicamente, nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales... siendo una fuente de derecho equivalente a la ley, el tratado internacional podría derogar leyes; es pues, del más alto interés político que el tratado internacional esté conforme a la Constitución y respete, particularmente, aquellas reglas, que determinan el contenido de las leyes y de los tratados”<sup>(44)</sup>.

Es de valorar también que, mediante reforma del 4 de marzo que entró en vigor el 7 de abril de 1964, se atribuyó al Tribunal Constitucional competencia para pronunciarse sobre la ilicitud (*Rechtswidrigkeit*) de los tratados internacionales cuando estos infrinjan un derecho constitucional (art. 140, a, 1). De resultas de todo ello, el Tribunal Constitucional, al declarar ilegales o inconstitucionales los tratados internacionales, estos no podrán ser aplicados desde el día mismo que se haga público el fallo, por los órganos llamados a su ejecución, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo dentro del cual el tratado en cuestión haya de seguir aplicándose. Si son tratados internacionales de índole política (*politische Staatsverträge*) el plazo no podrá exceder de dos años; ni de un año para los demás tratados internacionales.

Con todo, al momento que el Tribunal declara la ilegalidad o inconstitucionalidad de un tratado internacional que se cumple mediante promulgación de leyes o de decretos, dejará de surtir efecto toda resolución adoptada conforme al párrafo 2º del artículo 50 u ordenanza dictada al amparo del párrafo 1º del artículo 65 de la Constitución; así lo establece claramente el artículo 140, a, 2. Se puede dar el caso que se presenten infracciones al Derecho Internacional (*Verletzungen des Völkerrechts*). Como

---

<sup>(44)</sup> *Ibidem*, págs. 496-497.



es evidente, siguiendo la línea directriz constitucional, corresponderá por tanto al Tribunal Constitucional conocer estos asuntos (art. 145).

### F) Recurso, reclamación o queja constitucional

Otra vía que se emplea para acudir al Tribunal Constitucional cuando se afectan los derechos fundamentales es el recurso, reclamación o queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) establecido en el artículo 144 de la Constitución y reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*) de 1952. Sus antecedentes los encontramos en la Constitución del Emperador de Austria, Rey de Hungría y Bohemia, Francisco José I (1830-1916) de 21 de diciembre de 1867 (*Dezemberverfassung*) que encomendaba la competencia al Tribunal Supremo (*Reichsgericht*). Cabe señalar que la queja constitucional austríaca, desde sus inicios (1920-1929) hasta la fecha ha tenido variantes de poca importancia sin perder su contenido y eficacia de medio impugnatorio<sup>(45)</sup>.

Atendiendo a este fin, el actor o accionante del recurso de queja (*der Beschwerdeführer*) que se estime lesionado por una resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional contrario al derecho, tiene la vía expedita para hacer conocer al Tribunal Constitucional de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas. Bajo los mismos supuestos conoce también el Tribunal Constitucional de las reclamaciones contra el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y coerción contra una persona determinada, la que se interpondrá solamente después de agotada la vía administrativa cuando esta proceda (art. 144,1)<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Desde una perspectiva comparada, *vid.* Anzon, Adele: “Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania Federale, Austria e Spagna”, en *Politica del Diritto*, vol. XX, num. 2, Giugno, Bologna, 1989, págs. 329-345.

<sup>(46)</sup> *Cfr.* Ermacora, Felix: “Diritti umani e Giurisdizione Costituzionale in Austria”, en Lombardi, Giorgio (A cura di): *Costituzione e Giustizia Costituzionale*

Del mismo modo, si el Tribunal Constitucional, al momento de resolver estima que la resolución impugnada del órgano administrativo, o el ejercicio de la potestad administrativa directa de mando y coerción no ha lesionado derecho alguno en el sentido del párrafo 1º del artículo 144 de la Constitución y no se trate de un caso excluido por el artículo 133 de la competencia del Tribunal Administrativo, deberá conjuntamente con la sentencia desestimatoria, si así lo instare el recurrente, trasladar al propio Tribunal Administrativo la reclamación, para que resuelva si el recurrente ha sido lesionado en alguna otra clase de derecho por la decisión de referencia o por el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y de coerción (art. 144, 2).

Conforme se desprende de lo expuesto, el Tribunal Constitucional austríaco es muy celoso en cautelar los derechos fundamentales [derechos constitucionales] garantizados constitucionalmente; si no actúa en casación cuando sea requerido, obliga en el acto al Tribunal Administrativo para que se pronuncie sobre la cuestión en litigio, actuando de esta forma como un verdadero guardián de la Constitución. El autor del recurso, reclamación o queja constitucional puede ser persona física o jurídica de Derecho Privado, incluso de nacionalidad distinta. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional para que actúe, le interesa que el reclamante se sienta lesionado de sus derechos. El plazo para plantear el recurso es de seis semanas contadas a partir de la notificación del acto administrativo inconstitucional. El proceso constitucional se inicia al momento de interponer el recurso, debiendo entregarse copia a la autoridad administrativa, que hasta entonces se

---

*nel Diritto Comparato*, ob. cit., pág. 61 y sgts. Del mismo autor: “El Tribunal Constitucional austríaco”, en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 275. Antecede Prólogo de André Tunc e Informe general introductorio de Louis Favoreu. También, en el mismo colectivo, *vid.* Öehlinger, Theo: “El Tribunal Constitucional austríaco”, para quien: “La limitación de la competencia del Tribunal Constitucional a ciertos actos administrativos es una de las características esenciales de la jurisdicción del Derecho Público en Austria. Tanto esta limitación como la creciente complejidad de la Administración Pública y la diferenciación de actos administrativos provocan múltiples problemas” (págs. 492-493).

presume que haya violado un derecho, para que dentro de un plazo que la ley señala pueda dar contestación (*Gegenschrift*)<sup>(47)</sup>.

Con la previsión debida, Mauro Cappelletti (1927-2004) no titubea en apuntar que el procedimiento se divide en dos etapas: *a*) La primera, de carácter preparatorio (*Vorverfahren*), prevalentemente escrita, que se desarrolla a través de un intercambio de escritos entre el recurrente y la autoridad que eventualmente haya intervenido en la causa. *b*) Si el Tribunal Constitucional no ha rechazado *a limine* el recurso impugnatorio, la causa después de haber sido instruida por un “juez relator”, pasa al debate final que tiene carácter oral y el Tribunal Constitucional actúa en sesión plena, siendo esta la última etapa<sup>(48)</sup>.

En este orden de cosas, en el procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional austríaco encontramos algunos rasgos característicos: las audiencias son de carácter oral, se sigue el principio de la

---

<sup>(47)</sup> Austria ha ido más allá de sus fronteras y ha admitido la Jurisdicción Supranacional, cuyo origen lo encontramos en 1949, formado en aquel momento por quince Estados, suscrito el 4 de noviembre de 1950 y complementado por el Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952. Debe agregarse a ello, lo suscrito en Turín el 18 de octubre de 1961 y que entró en vigor el 26 de febrero de 1965, dando nacimiento así a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, compuesta de dos órganos jurisdiccionales con sede en Estrasburgo, que son la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Para un estudio sobre la influencia de la Jurisdicción Supranacional en Austria, *cfr.* Comte, Philippe: “La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. IV, N° 1, Ginebra, 1962, págs. 109-149; y Liebscher, Viktor: “Austria y el Convenio para la protección de los derechos humanos”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. IV, N° 2, Ginebra, 1963, págs. 307-318.

<sup>(48)</sup> *Cfr.* Cappelletti, Mauro: *La Jurisdicción Constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*, traducción del italiano y “Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana”, por Héctor Fix-Zamudio, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1961, pág. 37. En versión italiana: *La Giurisdizione Costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1955.

publicidad garantizándose de esta manera el litigio o proceso constitucional que en rigor de verdad tiene un carácter netamente jurídico sin desconocer la influencia política en menor grado; la anulación de la norma cuestionada entra en vigor una vez publicado en el *Bulletin Officiel*; el veto judicial que se le atribuye al Tribunal Constitucional al momento de actuar es también característica notoria<sup>(49)</sup>.

**G) Impugnaciones o acciones electorales (Control del procedimiento electoral)<sup>(50)</sup>**

Es de notar que, en la esfera de atribuciones que le otorga la Constitución, el Tribunal Constitucional también actúa como Tribunal Electoral para conocer de las impugnaciones del Presidente Federal, contra las elecciones a las asambleas de representación popular y a los órganos deliberantes de los Colegios Profesionales legalmente establecidos (art. 141, 1, a); de las impugnaciones contra elecciones de Gobiernos regionales y de los órganos municipales encargados de las funciones ejecutivas (art. 141, 1, b); de las peticiones de las asambleas de representación popular de que sea privado de su mandato alguno de sus miembros (art. 141, 1, c); de las peticiones de los órganos deliberantes (asambleas representativas) de los Colegios Profesionales legalmente establecidos de que sea privado de su mandato alguno de los miembros del órgano en cuestión (art. 141, 1, d); y cuando en las leyes federales o regionales reguladoras de las elecciones esté prevista la declaración de privación del acta de diputado por decisión de un órgano administrativo, sobre la impugnación de las decisiones por las que se haya declarado la pérdida del mandato de miembro de una asamblea de representación popular, en algún órgano municipal

---

<sup>(49)</sup> *Cfr.* Grant, James A.C.: “El control judicial de la legislación en la Constitución austríaca de 1920”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año VII, N°. 21, Septiembre-Diciembre, México, D.F., 1974, págs. 73-81.

<sup>(50)</sup> *Cfr.* Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D’Autriche*, ob. cit., págs. 281-285.

encargado de la función ejecutiva o en un órgano deliberante de un Colegio Profesional legalmente establecido, una vez agotada la vía jerárquica (art. 141, 1, e).

Podemos colegir, por consiguiente, que solamente basta la “presunta ilegalidad” del procedimiento electoral para que proceda la impugnación o acción ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia, el Tribunal Constitucional definirá la impugnación electoral, si es que ha existido presunta ilegalidad del procedimiento electoral y si ha influido sobremanera en el resultado de las elecciones.

#### **H) Responsabilidad constitucional y penal de altos funcionarios públicos<sup>(51)</sup>**

Atribución importante del Tribunal Constitucional es conocer las acusaciones por las que se exija a los órganos supremos de la Federación o de los Estados “responsabilidad constitucional” por las infracciones de ley cometidas, mediante culpa, en el ejercicio de sus cargos (art. 142, 1). Están comprendidos el Presidente Federal por violar la Constitución, los miembros del Gobierno Federal y órganos de igual jerarquía cuando infringen la ley, miembros del Gobierno Regional, Gobernador Regional, órganos de la capital federal Viena, Presidente o Presidente en funciones del Consejo Académico Regional. El Tribunal Constitucional, al expedir sentencia condenatoria (*das verurteilendes Erkenntnis*) dispondrá la pérdida del cargo así como, al apreciarse circunstancias especialmente agravantes, la pérdida temporal de los derechos políticos. Si se trata de infracciones mínimas se limitará el Tribunal Constitucional a declarar que solamente se ha cometido una “infracción legal”.

También es atribución propia del Tribunal Constitucional la facultad de acusación (*Anklage/impeachment*) contra los altos funcio-

---

<sup>(51)</sup> Cfr. Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D’Autriche*, ob. cit., págs. 277-280.

narios que se ha mencionado, por causa de acciones perseguibles en la jurisdicción penal que guarden relación con la actuación oficial del imputado (art. 143). Está fuera de toda duda que las sanciones son las mismas que se aplican a los que tienen responsabilidad constitucional. A nuestro entender, se puede deducir de lo expuesto que el juicio político austríaco es la acusación que realiza el Cuerpo Legislativo ante el Tribunal Constitucional, diferenciándose del llamado juicio político americano donde la facultad de juzgamiento de altos funcionarios públicos corresponde a la Cámara de Representantes [Diputados] que los acusa ante el Senado. De esta manera, el Tribunal Constitucional austríaco adquiere una función netamente jurídica-política, limitándose a frenar las pasiones de los detentadores del poder, a su vez, evitando las jurisdicciones especiales y sometiendo a los altos funcionarios a un control jurídico independiente e imparcial.

#### **I) Competencia para los conflictos de los convenios entre la Federación y los Estatutos, y entre los Estados**

Una última atribución del Tribunal Constitucional austríaco, que reconoce la Constitución, es la de declarar, a instancias del Gobierno Federal o del Gobierno Regional afectado, si existe un convenio en el sentido del artículo 15, párrafo 1 y si se ha cumplido o no las obligaciones derivadas del mismo, siempre que no se trate de acciones [pretensiones] de contenido patrimonial (art. 138, a, 1). Cuando se prevea así también los convenios de los Estados entre sí, corresponde al Tribunal Constitucional determinar, a instancia del Gobierno regional afectado, si existe el convenio en cuestión y si se han cumplido las obligaciones derivadas de él, siempre que no se trate de acciones de contenido patrimonial (art. 138, a, 2).

#### **IV. PUNTUALIZACIONES CONCLUSIVAS**

Al llegar a estas alturas, ya es hora de dar término a los renglones. De las consideraciones anteriores derivan, como corolario necesario, las siguientes conclusiones:

1. En realidad, el libro colectivo —*Sobre la Jurisdicción Constitucional*— que ahora se da a la estampa, constituye una bibliografía de primer orden que nos permite, en el umbral del siglo XXI, continuar avivando el debate acerca del Control Constitucional Concentrado, que ha irradiado prácticamente ambos lados del Atlántico, incluyendo los países de la denominada, hasta hace poco, Europa del Este. Todo ello, en definitiva, revela el valor y la importancia que reviste el pensamiento kelseniano en el mundo jurídico, reafirmando así, día a día, la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional. No en balde, Kelsen —*homo juridicus* de carácter solemne y ejemplar— ha sido catalogado como el jurista del siglo XX.
2. La función hermenéutica que cumple el Tribunal Constitucional austríaco, tanto como legislador *negativo* como, luego de la II Guerra Mundial, legislador *positivo*, es de capital importancia, de tal forma que su influencia a nivel internacional se ha dejado sentir, dando como resultado su expansión, especialmente, después de la Segunda Guerra Mundial, con resultados satisfactorios en diversos países. Y en América Latina ha ido apareciendo con una sostenida periodicidad, lo cual llevó a decir a Kelsen, Jefe de la Escuela de Viena y artífice principal de la Jurisdicción Constitucional (control a través de un Tribunal Constitucional), que este último constituye su “criatura más querida” (*sein liebstes kind*).
3. En la Europa democrática, el Control Constitucional Concentrado, luego de la caída del Muro de Berlín y de la Perestroika, ha adquirido poderes absolutos, especialmente, en el caso de la derogación de las leyes que tienen vicios o tufillos de inconstitucionalidad. En ese sentir, es evidente que el Derecho Constitucional austríaco, sobre la base de la jurisprudencia constitucional, viene delimitando de manera contundente los meridianos y los paralelos de la Teoría de la Constitución, cuyas raíces tempranas se gestaron en el período weimariano (1919-1933). En conclusión, en los albores del nuevo milenio, sin olvidar las tensiones entre la Política y el Derecho, la

creación jurisprudencial de la Constitución que realiza el Tribunal Constitucional austríaco —que en la práctica ostenta un auténtico poder normativo y una nítida función integradora— es digno de todo encomio.

Viena, marzo de 2014.

Lima, marzo de 2015.



# Una polémica latinoamericana en torno a Kelsen y la paternidad del Derecho Procesal Constitucional

---

GERARDO ETO CRUZ (\*)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. ¿Quién ha sido el fundador del Derecho Procesal Constitucional? 3. Los orígenes históricos del Derecho Procesal Constitucional. 4. La polémica latinoamericana: Kelsen y el Derecho Procesal Constitucional. 5. Kelsen: el escenario de la época. 6. Las grandes bases teóricas del Derecho Procesal Constitucional en Kelsen: sus obras capitales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque la disciplina hoy denominada *Derecho Procesal Constitucional* ya nadie la discute con esos términos en América Latina, ella tiene un largo periplo desde su génesis, desarrollo y su aplastante presencia en pleno siglo XXI. Sin embargo, no deja de llamar la atención

---

(\*) Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en las universidades Nacional de Trujillo, Mayor de San Marcos y San Martín de Porres. Ex magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

la forma en que se gesta, sobre todo la vinculación con uno de sus más caracterizados protagonistas de esta disciplina: Hans Kelsen. Hoy, y a lo largo de estos últimos noventa y cuatro años transcurridos desde que se creara por Kelsen la Alta Corte Constitucional en Austria en 1920<sup>(1)</sup>, pasando luego por la celeberrima polémica entre Kelsen *vs.* Schmitt<sup>(2)</sup>; el largo proceso de desarrollo teórico que seguiría desde Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti, Fix-Zamudio y los actuales pensadores de esta disciplina, aparentemente estaría como un capítulo ya cerrado en la historia del pensamiento jurídico sobre el Derecho Procesal Constitucional.

Sin embargo, bien podrá observarse que el tema no es una disputa ya cerrada. ¿Quién fue el creador de esta disciplina?, ¿epistemológicamente cabe hablar de un “creador” de una disciplina del conocimiento?; o ¿quién fue su mentor?, o ¿quién habría de calificar determinada materia como “objeto” de esta disciplina que vagamente fue comprendido en sus orígenes por el Derecho Constitucional General (Teoría Constitucional)?; y luego por el Derecho Constitucional particular. Estos aspectos si bien hoy pueden pasar por desapercibidos por un importante sector; interesa en estas breves líneas llamar la atención de lo que aquí podríamos denominar la polémica latinoamericana en torno a Kelsen y la paternidad del Derecho Procesal Constitucional, y que brevemente pasamos a reseñarla.

En los últimos tiempos, dos reconocidos tratadistas, Néstor Pedro Sagüés y Domingo García Belaunde, han intentado ver y ubicar en su justo medio la presencia de Kelsen en torno a esta disciplina. Y ha terciado en esta eventual polémica, aunque no necesariamente frontal, pero

---

(1) Eisenmann, Charles: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Economica / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1928.

(2) Schmitt, Carl y Kelsen, Hans: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi, traducción de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 2009.

pacífica, el profesor mexicano hoy juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. No pretendo entrar en la presente disputa, puesto que no hay *casi* nada que decir; con todo, es nuestra intención replantear la presente problemática, no en términos apologéticos en favor o en contra de Kelsen quien, sin disputa alguna, ha sido el jurista del siglo XX<sup>(3)</sup>. Sin embargo, nos interesa rescatar: a) la indudable vinculación de Kelsen a esta disciplina que hoy ya de por sí es imparable a nivel planetario; y, b) por otro lado, desarrollar la tesis de que este académico, pese a su ingrata experiencia malograda que tuvo en el Tribunal Constitucional Austríaco; bien puede tomarse en cuenta el haber sido acaso uno de los primeros jueces del primer Tribunal Constitucional que ha existido a lo largo de estos noventa y cuatro años de tribunales constitucionales en el mundo<sup>(4)</sup>.

## 2. ¿QUIÉN HA SIDO EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

Hoy ya no cabe negar la irrefutable presencia de una nueva disciplina llamada Derecho Procesal Constitucional. Incluso en algún momento, desde la orilla latinoamericana Néstor Pedro Sagüés identifica hasta tres “cumpleaños” de esta disciplina<sup>(5)</sup>. Y en este

---

(3) En 1999, la BBC de Londres realizó una encuesta a nivel mundial, entre los lectores de la *BBC News Online*, para elegir al “pensador del milenio” (la serie mensual *Your Millennium*), cuyo título recayó en Karl Marx, el cual se impuso a otras grandes figuras como Albert Einstein, Isaac Newton, Charles Darwin, Immanuel Kant, René Descartes, entre otros. [Fuente: <http://news.bbc.co.uk/hi/english/static/events/z/millennium/sep/winner.stm>; recuperado el 26/11/14]. Pero, en lo que respecta a los grandes pensadores del Derecho, la doctrina es unánime en proclamar a Hans Kelsen como el jurista del siglo XX [véase, por ejemplo, Mantilla Pineda, Benigno: *Hans Kelsen: el jurista del siglo XX*, Señal Editora, Medellín, 2003].

(4) Walter, Robert: “Hans Kelsen e le origini della costituzione federale austriaca del 1920”, en *Scienza & Politica*, Vol. 3, No. 5, 1991, pp. 29-41.

(5) Sagüés, Néstor Pedro: “Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, pp. 21-35.

contexto, se daba por supuesto o sobreentendido que habría sido Kelsen, genio y figura del Círculo de Viena<sup>(6)</sup> que se expandió allende a sus fronteras con la célebre “Teoría Pura del Derecho”, el que habría delineado y perfilado las grandes bases teóricas de la hoy llamada disciplina procesal constitucional. Sin embargo, efectivamente en los últimos años, desde la orilla igualmente latinoamericana, primero fue Néstor Pedro Sagüés quien ha esgrimido, entre otras cosas, que Hans Kelsen no habría sido el “fundador del Derecho Procesal Constitucional”, conforme veremos en su exposición. Y, a ello, se ha sumado igualmente Domingo García Belaunde en la que coincide, aunque con enfoques distintos, en allanar la tesis de que Kelsen no puede ser identificado como el padre o el gran gestor del Derecho Procesal Constitucional; sino más bien, lo de mentor debería atribuírsele a otro académico, si bien nacido en Europa, pero de los predios ibéricos, nos referimos a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Frente a estos planteamientos, ha terciado mucho más recientemente, Eduardo Ferrer Mac-Gregor sosteniendo que Kelsen bien puede ser identificado, en el marco de los orígenes científicos de esta disciplina, acaso como el que aportó en sus primeros o pioneros años del inicio y gestación de esta disciplina.

De nuestra parte, estimamos que más allá de esta pacífica polémica, existe la posibilidad de replantear, en otros términos, si Kelsen fue efectivamente:

- a) El gran modelador de esta disciplina; pero no su gestor (Sagüés).
- b) El fundador o pionero de esta disciplina.
- c) Que, en rigor, otro sería el fundador formal; pero materialmente siempre se podría atribuir a Kelsen la autoría material (García Belaunde).

---

<sup>(6)</sup> Stadler, Friedrich: *El Círculo de Viena. Empirismo lógico, ciencia, cultura y política*, traducción de Luis Felipe Segura Martínez, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

- d) O, que bien son diversos los académicos que de una u otra manera han confluído a gestar esta vertiente, y cuyos orígenes se ubican en determinadas épocas o años (Ferrer Mac-Gregor).

Consideramos que tanto los planteamientos de Néstor Pedro Sagüés (a), como los de Domingo García Belaunde (c) y Eduardo Ferrer (d); en puridad, y a lo larga no se contraponen, son distancias de matices si se ve desde otra óptica, conforme se explicará a lo largo de esta breve nota.

Recordando a un viejo filósofo, hay verdades que son ciertas en cuanto afirman; y falsas en cuanto niegan. Este apotegma filosófico de carácter suasorio, bien cabe utilizarse en la problemática que involucra esta nota. Ni puede negarse lo que afirman los citados autores; ni puede tomarse como absolutamente verdadero lo que niegan. Bien cabe una suerte de sincretismo armónico de conciliar planteos, propuestas y afirmaciones. Después de todo, recordemos el poema de Ramón de Campoamor que, con gran aliento filosófico solía decir, en su poema *Las dos linternas*:

“En este mundo traidor  
nada es verdad ni mentira;  
todo es según el color  
del cristal con que se mira”.

### 3. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista epistemológico, para que exista una ciencia, es necesario que exista *prima facie*, un contenido ontológico que es la materia u objeto de estudio de determinada ciencia. Es evidente que, en nuestro caso, la aparición del Derecho Procesal Constitucional —otros *nomen iuris* son, la Justicia Constitucional, Jurisdicción Constitucional o Control Constitucional— supuso previamente la existencia de un conjunto de normas instrumentales que tenían como fin tutelar lo que hoy se conoce como derechos iusfundamentales; distinto de los derechos ordinarios de las personas; puesto que para este sector

sustantivo existen hoy como en la antigüedad, un conjunto de leyes procesales que se identifican con los Códigos Procesales Civiles, que regulaban los problemas derivados de los derechos subjetivos privados.

En nuestro caso, la legislación procesal constitucional no sólo sería la única materia que puede identificarse como el coto de caza del Derecho Procesal Constitucional; sino otros temas como los fallos y sentencias emblemáticas que protegen algún derecho de relevancia constitucional, bien sea en su expresión del control del poder, o tutela de las libertades fundamentales de la persona. Lo propio, a lo largo de los orígenes históricos, encontramos la presencia de determinados órganos jurisdiccionales distintos a la estructura y composición de los jueces ordinarios, que van a desarrollar un determinado tipo de competencia que habría de advertirse que no era un simple órgano adscrito a la impartición de justicia clásica.

Todo esto lleva a sostener, inversamente a la lectura de los evangelios —primero fue el verbo y luego la carne— esto es, primero fue la materia procesal constitucional y posteriormente se impuso la necesidad de contar con una disciplina que cubra su estudio idóneo. Hoy es consenso que la materia o el núcleo medular de estudio por el Derecho Procesal Constitucional es la Jurisdicción Constitucional, los procesos constitucionales y la magistratura constitucional<sup>(7)</sup>.

---

(7) Véase, al respecto, AA.VV.: *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Gerardo Eto Cruz (Coordinador), 2 tomos, Adrus, Arequipa, 2011; AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, 4 tomos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), 5ª. edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Editorial Porrúa, México, 2006; AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili (Coordinador), Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005; AA.VV.: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Tomo I - *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons Editores, México, 2008 (La obra está compuesta en total por XII tomos); AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, 2 tomos, Víctor Bazán (Coordinador), AbeledoPerrot, Buenos

En nuestro caso, bien cabe advertir una suerte de orígenes históricos del Derecho Procesal Constitucional y que han sido delineados a través de estos momentos de singular aparición, que nos permitimos quintaesenciar en los siguientes temas:

- a) El hábeas corpus *amendment act* de 1679<sup>(8)</sup>.

---

Aires-Bogotá-México-Santiago, 2010; AA.VV.: *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili (Director), 3 tomos, La Ley, Buenos Aires, 2010; AA.VV.: *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Enrique M. Falcón (Director), 2 Tomos, Rubinzal - Culzoni editores, Buenos Aires, 2010; AA.VV.: *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Juan Manuel Acuña (Coordinadores), Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2010; Abad Yupanqui, Samuel: *Derecho Procesal Constitucional. Antecedentes, desarrollos y desafíos en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004; Escobar Fornos, Iván: *Derecho Procesal Constitucional*, Hispamar, Managua, 1999; Escobar Fornos, Iván: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 9, México, 2005; Eto Cruz, Gerardo: *Breve Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Impresiones gráficas, Trujillo, 1992; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, 5ª. edición, Porrúa, México, 2010; Fix-Zamudio, Héctor: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, FUNDAR, Querétaro, 2002; Llobregat, José: *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Civitas, Navarra, 2009; García Morelos, Gumesindo: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Domingo García Belaunde, 2ª. edición, Librería Editorial Platense, La Plata, 2009; Gimeno Sendra, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988; García Belaunde, Domingo: *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Idemsa, 2ª. edición, Lima, 2009; García Belaunde, Domingo: *En torno al Derecho Procesal Constitucional (Un debate abierto no concluido)*, Porrúa, México, 2011; González Pérez, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, 2 tomos, Porrúa, México, 2011.

(8) Véase, al respecto, a Bonet Navarro: Ángel: *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Guara, Zaragoza, 1982; La Ripa, Juan Francisco: *Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón: orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno*, Imprenta de Francisco Moreno, Zaragoza, 1764; Vallarta, Ignacio: *Obras completas. El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, Tomo V, Porrúa, México, 1980; Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas corpus*, 4ª. edición, Astrea, Buenos Aires, 2008; Gimeno Sendra, Vicente: *El proceso de Habeas Corpus*, 2ª. edición corregida, actualizada y ampliada por Javier Vecino Sifuentes, Editorial Tecnos, Madrid, 1996; Sánchez Viamonte, Carlos: *El Hábeas Corpus. La libertad y su garantía*, Valerio Abeledo

- b) El caso *Marbury vs. Madison* de 1803<sup>(9)</sup>.
- c) El amparo en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841<sup>(10)</sup>.
- d) El Tribunal Constitucional de Austria de 1920<sup>(11)</sup>.

---

Editor-Librería Jurídica, Buenos Aires, 1927; y Gude Fernández, Ana: *El Hábeas Corpus en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

<sup>(9)</sup> Véase: AA.VV.: *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la Justicia Constitucional*, David Cienfuegos Salgado (Coordinador), El Colegio de Guerrero-Editora Laguna, México, 2005; AA.VV.: *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Pablo Luis Manili (Coordinador), Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 46, México, 2011; Acosta Sánchez, José: *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998; Cueva Fernández, Ricardo: *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Presentación de Alfonso Ruiz Miguel, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

<sup>(10)</sup> Entre las obras de indispensable consulta, figuran las siguientes: Barragán Barragán, José: *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2ª. edición, Universidad de Guadalajara, México, 2000; Estrada Sámago, Rafael y Estrada Michel, Rafael: *1857, Rabasa y otros ensayos de historia y control constitucional*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 53, México, 2012; Gaxiola, Jorge F.: *Mariano Otero, creador del juicio de amparo*, Editora Cultura, México, 1937; Lira González, Andrés: *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972; Otero, Mariano: *Obras*, 2 tomos, Recopilación, selección, comentarios y Estudio Preliminar de Jesús Reyes Heróles, Porrúa, México, 1967; Reyes, Rodolfo: *El juicio de amparo de garantías en el derecho constitucional mexicano*, Establecimientos topográficos de Jaime Ratés, Madrid, 1916; Reyes, Rodolfo: *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1934; Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José: *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2002; Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José: *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2004; y Vallarta, Ignacio: *Obras completas. El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, Tomo V, Porrúa, México, 1980.

<sup>(11)</sup> Véase, entre otros, a Bassols Coma, Martín: *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981; Cruz Villalón, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,



En esta perspectiva, cabe hablar de que antes de los pioneros en “descubrir” o identificar las presuntas “paternidades”, la *materia procesal constitucional* ya existía incluso antes de sus obvios orígenes científicos.

¿Qué es lo que había ocurrido con posterioridad a los orígenes históricos del Derecho Procesal Constitucional? Pues que estas materias habían sido clásicamente estudiadas por el Derecho Constitucional a secas, bien que se le identifique en su triple dimensión de Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional Comparado y Derecho Constitucional Particular. Lo cierto era que estas materias “reclamaban” una vertiente disciplinaria que cubra su estudio con la correspondiente metodología científica del Derecho.

Conforme fue progresivamente evolucionando el Derecho Constitucional —recuérdese que Pellegrino Rossi (1787-1848) fue su primer catedrático en el siglo XIX— estas materias habían sido acaso tocadas tangencialmente. Es más, incluso se puede aseverar que —sólo el *hábeas corpus amendment act*— precede incluso al Derecho Constitucional como disciplina, los demás —nos referimos al caso *Marbury vs. Madison*, el amparo en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 y el Tribunal Constitucional Austríaco de 1920— el Derecho Constitucional precede a estas materias.

Con todo, en el marco y evolución del Derecho Constitucional, habían capítulos destinados a estudiar estas materias, conforme se podía registrar en los manuales incluso modernos como pueden ser los clásicos trabajos de André Hauriou, Maurice Duverger y Georges Burdeau, en Francia; Giuseppe de Vergottini, Pizzorusso y Santi Romano, en Italia;

---

1987; Grant, J. A.: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, UNAM, México, 1963; Palomino Manchego, José F.: *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003; Ruíz Lapeña, Rosa María: *El Tribunal de Garantías en la Segunda República española*, Bosch, Barcelona, 1982; y Oehlinger, Theo: “El Tribunal Constitucional austríaco”, en *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, pp. 475-533.

Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller y Erich Kaufmann, en Alemania; entre otros.

Cabe ya preguntarse: ¿cuándo el Derecho Procesal Constitucional se independiza del Derecho Constitucional?

Es evidente que el Derecho Procesal Constitucional estaba históricamente *subsumido* en el Derecho Constitucional, es decir, había una *relación de inclusión*, el Derecho Constitucional comprendía al Derecho Procesal Constitucional; esta disciplina estaba “dentro” del Derecho Constitucional. Tal hecho ha pasado desapercibido pero en la realidad y por muchas décadas así ha ocurrido. De allí que, en parte, no le faltaría razón a Sagüés si se le ve en perspectiva, que el Derecho Procesal Constitucional es de *naturaleza mixta* (que tiene de constitucional y de procesal)<sup>(12)</sup>.

Sin embargo, bien puede identificarse puntos de quiebre en el avance y desarrollo del Derecho Procesal Constitucional y su desgajamiento del Derecho Constitucional.

Un primer momento histórico, desde el punto de vista de su evolución científica —ya no nos referimos a su evolución histórica— bien podemos encontrarlo en el Primer Coloquio Iberoamericano de Jurisdicción Constitucional que se llevó a cabo en Heidelberg en 1963<sup>(13)</sup>.

Esta década es probable que marque uno de sus inicios —la década de los 60— en la cual constitucionalistas *puros*, por decirlo, así empezaban a escudriñar con otros lentes inquisidores la presencia

---

(12) Vid. García Belaunde, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Estudio Preliminar de Gerardo Eto Cruz, Editorial Marsol, Trujillo, 1998. Hay 2ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2002; y Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002; Nogueira Alcalá, Humberto: *El Derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 33 y ss.

(13) Cascajo Castro, José Luis: “La Jurisdicción Constitucional de la Libertad”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 199, Madrid, 1975, p. 161.

del *control constitucional* en términos ya no de enfoque o perspectiva clásicamente política. En efecto, hasta esos años aún pesaba el viejo “concepto político” de Constitución, con todas las consecuencias que ello suponía en los trabajos académicos y que lúcidamente Héctor Fix-Zamudio lo decanta en el marco moderno de la defensa de la Constitución, en tanto ella comprende dos grandes partes: la protección de la Constitución y la garantías constitucionales, aun cuando su estudio sobre la defensa de la Constitución aparece por 1994; ya Fix-Zamudio había enfilado muchos años antes con su tesis sobre el amparo<sup>(14)</sup>.

A todo ello, luego seguiría el II Coloquio llevado a cabo en Sochagota, Boyacá, Colombia en 1977<sup>(15)</sup>. Hubieron luego otras más (como el de Chile, México, España, etc.); pero todos estos encuentros no hacen más que confirmar un tema: que los constitucionalistas tomaban “conciencia” de que ya no se encontraban con tópicos clásicos del *estudio sustantivo* de la Constitución; sino de otro conjunto de temas o

---

(14) Fix-Zamudio, Héctor: *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 1ª. edición, IJ / UNAM, México D.F., 1994; 2ª. edición, 1998, pp. 21 y ss. (se mantiene incorporado en el trabajo al alimón con Salvador Valencia Carmona: *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, 7ª. edición, Porrúa / UNAM, México D.F., 2010, pp. 183 y ss. La obra pionera fueron sus seis ensayos redactados entre 1955 a 1963, y que se publicó bajo el título de: *El juicio de amparo*; antecede una presentación de Antonio Martínez Baez, Porrúa, México D.F., 1964; cabe aquí aclarar que el primer trabajo fue su tesis de licenciatura, titulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (Facultad de Derecho, UNAM, México D.F., 1955); puede verse una versión más orgánica en su *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª. edición, Porrúa/UNAM, México D.F., 1999, pp. 97 y ss.; y más recientemente, junto con Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho de amparo*, Porrúa / UNAM, México D.F., 2011, pp. 17 y ss.; una visión panorámica del pensamiento del amparista mexicano puede verse en: José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores): *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (Con especial referencia al Derecho Procesal Constitucional)*, 3ª. edición, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Cuadernos del Rectorado, Lima, 2008 (existen dos ediciones publicadas en México).

(15) AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado, Bogotá, 1989.

instituciones de otro carácter, más *instrumental* que incidía básicamente en los siguientes rubros:

- a) Por un lado, la presencia de órganos jurisdiccionales *sui generis* o *ad hoc* que impartían “Justicia Constitucional”.
- b) Que habían o debían existir un conjunto de instrumentos de carácter procesal que traten de afirmar la tutela de los derechos fundamentales de las personas y que dichos instrumentos, por su naturaleza son instrumentos de *tutela de urgencia* y que se diferencian de los procesos ordinarios, porque éstos tutelan el derecho ordinario (derechos subjetivos privados).
- c) Y, básicamente el estudio de los sistemas de impartición de Justicia Constitucional que existía en la comparativa mundial; y del cual Piero Calamandrei fue el primero en diseñar e identificar una suerte de los clásicos modelos de Jurisdicción Constitucional y que hoy se ha tornado en una compleja modalidad que dista de su versión clásica, y del cual hay incluso muchos reclaman la muerte de estos sistemas para identificar contemporáneamente a otros<sup>(16)</sup>.

Pese a que estos encuentros de académicos datan de los años sesenta, setenta y ochenta del siglo XX, el Derecho Procesal Constitucional recién habría de devenir en una disciplina consolidada a fines de los setenta. Es más, aquí cabe identificar períodos, cuyos orígenes científicos han sido advertidos por Eduardo Ferrer; las etapas de gestación, desarrollo y consolidación serían como sigue:

#### A) **Etapa o período de gestación.**

Que a su vez corresponde a cinco momentos:

---

<sup>(16)</sup> *Vid.*, por ejemplo, al francés Tusseau, Guillaume: *Para acabar con los “modelos” de Jurisdicción Constitucional. Un ensayo de crítica*, Porrúa, México D.F., 2011, específicamente, pp. 25 y ss., y 111 y ss.: igualmente *vid.* Hernández Valle, Rubén: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México D.F., 2005, pp. 16 y ss.

- a) Periodo 1928-1942.
- b) Periodo 1944-1947.
- c) Periodo 1950-1956.
- d) Periodo 1955.
- e) Periodo 1955-1956<sup>(17)</sup>.

### **B) Etapa de desarrollo (1970-1990).**

Esta etapa cabe ya ubicarla a partir de la década de los setenta y comprende dos décadas; se trataría de la etapa cuya génesis culmina ya con publicaciones puntuales y específicas en artículos, ensayos, ponencias, libros e incluso tratados con el nombre de Derecho Procesal Constitucional.

### **C) Etapa de consolidación (1990 a la actualidad).**

Es la etapa contemporánea y que bien tiene ya una presencia que llega casi a tres décadas.

A su turno, Domingo García Belaunde replantea desde otra óptica a los que desarrollaron o alternaron, sin proponerse, esta disciplina. El lector podrá atisbar otro enfoque, que a la larga, permite desde otra perspectiva apreciar la evolución y desarrollo del Derecho Procesal Constitucional:

“1. Precursores: que dividimos en dos: lejanos y cercanos

- a) Lejanos son Coke, Sieyès, Marshall, Story y Cooley. No entramos aquí a los que podemos llamar “lejanísimos”, pues con ello podríamos llegar incluso a la antigua Grecia.

---

<sup>(17)</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

- b) Cercanos son Maurice Hauriou y Hans Kelsen, si bien solo este último estructuró una fundamentación sólida y contundente.
- 2. Fundadores: en rigor solo sería Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, por lo que hemos dicho antes (1944).
- 3. Forjadores: que podríamos dividir en dos:
  - a) En sentido estricto: Héctor Fix-Zamudio (1955)
  - b) En sentido amplio: Couture, Calamandrei, Cappelletti (1948-1970).
- 4. Expansión y crecimiento: que cubre, sobre todo en la América Latina, a los que analizan, estudian y publican sobre el tema desde la década de 1970. En este grupo debemos colocar las contribuciones de Néstor P. Sagüés desde la década de los ochenta, y las mías propias, que son ligeramente anteriores, pero que iniciamos de forma independiente uno del otro. Luego han venido, pienso yo, dos hornadas dedicadas a lo mismo: la primera, que encabeza Osvaldo A. Gozaíni, con obra copiosa y sugestiva; y la segunda y más joven está representada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que tiene sobre sus espaldas una obra ejemplar<sup>(18)</sup>.

¿Qué se puede advertir de todo esto? Pues varios aspectos:

- a) Que la *etapa de gestación* fue una etapa en donde bien cabe hablar ya de la presencia del Derecho Procesal Constitucional; pero vinculado a la presencia de corporaciones jurisdiccionales distintas a las del Poder Judicial. En efecto, si bien los primeros Tribunales Constitucionales se ubican en el período de entreguerras, como son los de Austria, Che-

---

(18) García Belaunde, Domingo: “El Derecho Procesal Constitucional y su génesis”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1397-1398.

coslovaquia y España<sup>(19)</sup>, estos entes, a la postre, dejaron el terreno abonado a nivel de escasos académicos como los ya enunciados (Kelsen, Jerusalem, Alcalá-Zamora, Couture, Calamandrei, Cappelletti, Fix-Zamudio<sup>(20)</sup>) que tuvieron la virtud de reflexionar sobre la base ontológica de lo que existía; es decir, frente a un fenómeno que reclamaba un *status* disciplinario más específico antes que el enfoque genérico de la Teoría Constitucional, estos pensadores y escribas del Derecho observaron y precisaron diligentemente el decantamiento del Derecho Constitucional *sustantivo* del *procesal*, contando, conforme veremos en su momento, con el período más acabado en esta etapa de gestación por Héctor Fix-Zamudio<sup>(21)</sup>.

Creemos que esta etapa de gestación; no solo estaba marcada por la presencia de los Tribunales Constitucionales bien sea en su primera o segunda generación<sup>(22)</sup>; sino por la presencia progresiva de instrumentos procesales específicos que ya existían; no solo a través del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes del tipo norteamericano; sino del control abstracto; pero aparte de ello, porque incluso ya la ONU, en la década de los sesenta se preocupó por indagar en su momento con ilustres tratadistas, para analizar determinados procesos constitucionales en Latinoamérica

<sup>(19)</sup> Cruz Villalón, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.

<sup>(20)</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009. Prólogo de Néstor Pedro Sagüés.

<sup>(21)</sup> Vid., *supra*, cita 7.

<sup>(22)</sup> Fernández Rodríguez, José Julio: *La Justicia Constitucional europea en el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002; Nogueira Alcalá, Humberto: *La Jurisdicción Constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Porrúa, México, 2004; del mismo autor: *El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*, Librotecnia, CECOCH, Santiago de Chile, 2009.

y encuentra sus demarcaciones, afinidades y diferencias, básicamente con el hábeas corpus y el amparo<sup>(23)</sup>.

Todos estos factores influyeron decisivamente para que la etapa de gestación abonara un terreno fértil, para lo que vendría después.

- b) La etapa del desarrollo es la etapa donde los académicos del Derecho Constitucional no sólo se reúnen y tienen sus encuentros científicos como son los Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional, sino que en esta etapa, si bien se desarrolló y abordó temas sustantivos y procesales; en este periodo está presente ya los tribunales constitucionales, salas o cortes constitucionales en diversos países de Latinoamérica<sup>(24)</sup>. En consecuencia, tenemos por un lado: a) la presencia de cortes de Justicia Constitucional; b) procesos constitucionales latinoamericanos normalmente identificados en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas

---

(23) Naciones Unidas: *Seminario sobre amparo, hábeas corpus y otros recursos similares*, organizado por la ONU, en colaboración con el Gobierno Mexicano, México D.F., 1961. Actualmente, puede verse una versión moderna de este regio instituto en Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores): *El derecho de Amparo en el mundo*, UNAM/Porrúa/Konrad Adenauer, México D.F., 2006.

(24) Prueba de ello son las tres conferencias mundiales de Justicia Constitucional (*World Conference on Constitutional Justice*) realizadas bajo la organización de la Comisión de Venecia: I Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, realizada en Cape Town, Sudáfrica, los días 22 al 24 de enero de 2009, con el eje temático “La influencia de la Justicia Constitucional sobre la sociedad y en el desarrollo de una jurisprudencia global en derechos humanos”; la II Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, realizada en Río de Janeiro, Brasil, los días 16 a 18 de enero de 2011, con el eje temático “Separación de poderes e independencia de los Tribunales Constitucionales y Cortes equivalentes” y la III Conferencia Mundial de Justicia Constitucional que se llevó a cabo en Seúl, Corea del Sur, los días 28 de septiembre a 1° de octubre de 2014, con el eje temático “Justicia Constitucional e integración social”. Los trabajos y conclusiones de estas conferencias se encuentran en la siguiente dirección electrónica: [http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_WCCJ](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ).



data, acción de tutela, proceso de cumplimiento, mandato de *injunção*, mandato de *segurança*, recurso de exhibición, recursos extraordinarios, control difuso de constitucionalidad de las leyes, control concentrado, etc.

Desde luego, no es de admirarse que esta sea la etapa de desarrollo y esplendor, y ello no solo se ve y aprecia en la cantidad, sino en calidad de la bibliografía y producción constitucional<sup>(25)</sup>, así como del desarrollo pretoriano de la diversa jurisdicción nacional; tanto como del control de convencionalidad proveniente de la Corte de Estrasburgo<sup>(26)</sup>, como de la de San José de Costa Rica (Corte IDH)<sup>(27)</sup>.

- c) En lo que respecta a esta etapa, de la consolidación y desarrollo, se trata de la etapa actual, contemporánea y que no sólo está marcada por la producción bibliográfica aplastante; sino por otros factores muy particulares que vamos aquí a precisar:
- Por un lado, se trata de una significativa presencia de tribunales constitucionales (Perú, Ecuador, Chile, Bolivia), Salas Constitucionales adscritas al Poder Judicial (Colombia, Honduras, Costa Rica) que han venido impartiendo Jurisdicción Constitucional a lo largo de los años; asimismo, salas propias de las Cortes Supremas, como son los casos de México, Brasil, Argentina, que igualmente ejercen una verdadera Jurisdicción Constitucional tan igual que los ortodoxos modelos concentrados

---

<sup>(25)</sup> Vid. una aproximación bibliográfica en Eto Cruz, Gerardo: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, 3ª. edición, Adrus, Lima, 2013.

<sup>(26)</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier (Compilador): *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004.

<sup>(27)</sup> Puede verse las compilaciones de García Ramírez, Sergio (Coordinador): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México D.F., 2001; y Landa Arroyo, César (Compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2005.

en su versión kelseniana. En tal perspectiva, se aprecia tres características muy marcadas que hay que identificar: *a)* que sus fallos se retroalimentan al hilo de un *ius constitutionale commune* en derechos fundamentales en América Latina<sup>(28)</sup>, así como, *b)* del influjo y retroalimentación entre los propios tribunales constitucionales o salas o cortes entre sí, vía un diálogo jurisprudencial entre ellos<sup>(29)</sup>; y *c)* el paso del diálogo recíproco horizontal entre Cortes<sup>(30)</sup>, a un Control de Convencionalidad vertical que impulsa la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>(31)</sup>.

Pero al mismo tiempo, muchos fallos ya no son, en materia de control constitucional de la parte orgánica de la Constitución, fallos como habría querido Kelsen, esto es, la de ser *legislador negativo*; sino que en los últimos años, se viene predicando sentencias interpretativas en la versión manipulativas<sup>(32)</sup>, generando un posicionamiento que impacta por partida doble en el mundo académico, y en el mundo político. En el primero, porque dichos fallos motivan estudios y análisis concienzudos de las mismas; y en el plano político ello ha generado gruesos e intermitentes enfrentamientos entre estos tribunales, salas o

(28) Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinadores): *Ius constitutionale commune en Derechos Humanos en América Latina*, Porrúa, México D.F., 2013.

(29) Brito Melgarejo, Rodrigo: *El diálogo entre los Tribunales Constitucionales*, Porrúa, México D.F., 2011.

(30) Ayala Corao, Carlos: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

(31) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (Coordinadores): *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Corte Internacionales*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2013.

(32) Díaz Revorio, Francisco Javier: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, 1ª. edición, Lex Nova, Valladolid, 2001. Prólogo de Luis López Guerra.

cortes constitucionales con el legislador; impacto que muchas veces generan más de una relación conflictiva en los sistemas políticos de los países donde se producen<sup>(33)</sup>.

- Por otro lado, estas mismas cortes constitucionales, en lo que atañe a la protección de los derechos fundamentales de las personas, han venido reformulando en sus fallos, heterodoxas reflexiones que han permitido a partir de la distinción entre norma regla y normas principio<sup>(34)</sup> diseñar nuevas concepciones o redimensiones de los derechos fundamentales<sup>(35)</sup>, es decir, hoy los derechos fundamentales son lo que son a partir de cómo los asumen y conciben estos tribunales constitucionales<sup>(36)</sup>. De allí que la expansión conceptual de estos derechos incluso hoy tienen un profundo impacto en las asignaturas de cursos de derechos humanos o de la teoría general de los derechos humanos, o de la interpretación constitucional<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> García Belaunde, Domingo (Coordinador): *¿Guerra de Cortes?: A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Palestra, Lima, 2008. Vid., igualmente, Eto Cruz, Gerardo (Coordinador): *La sentencia constitucional en el Perú*, CEC, Lima, 2010.

<sup>(34)</sup> Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

<sup>(35)</sup> Peces-Barga, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995; Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª. reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; Carpio Marcos, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004.

<sup>(36)</sup> AA.VV.: *Los derechos fundamentales. Estudios sobre los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010; Fernández Segado, Francisco: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>(37)</sup> AA.VV.: *Interpretación Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), Porrúa, México, 2005; Peces-Barba, Gregorio y Fernández García, Eusebio (Directores): *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*. t. I, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2003; así como el tomo II: Siglo XVIII.

- A todo ello, se suma otro factor que se puede apreciar en la praxis jurisdiccional: hoy ya no solo cabe reservar a estos entes jurisdiccionales la alocución de que ellos son hoy, señeramente, el *señor del derecho*<sup>(38)</sup>, en franca contraposición a la posición clásica o dieciochesca de que antiguamente el señor del derecho era la ley o el Parlamento<sup>(39)</sup>. Hoy, se ha sumado otro espacio que lo han abierto estos tribunales constitucionales y no siempre en términos positivos; pero que, al fin de cuentas están allí. Nos referimos a que estas jurisdicciones constitucionales expresadas en estas corporaciones de tribunales, salas o cortes se vienen convirtiendo en el “señor del proceso”, en tanto sus magistrados que lo integran vienen creando o recreando nuevas reglas procesales y procedimentales, muchas que innovan a la propia legislación procesal constitucional pre-establecida; y otras tantas reglas que no solo son innovaciones permitidas vía interpretación, sino creaciones que no han sido previstas ni por la Constitución, ni por la legislación de la materia<sup>(40)</sup>.

Definitivamente, estos son los actuales escenarios que perfilan las actuales características y en donde en esta etapa se está gestando

---

<sup>(38)</sup> Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, 8ª. edición, Trotta, Madrid, 2008.

<sup>(39)</sup> Laporta, Francisco J.: *El imperio de la ley: una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007; *vid.*, especialmente, pp. 283 y ss.: *Imperio de la ley y globalización*.

<sup>(40)</sup> Entre la bibliografía sobre este tema, véase a Rodríguez Patrón, Patricia: *La ‘autonomía procesal’ del Tribunal Constitucional*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003; Eto Cruz, Gerardo: “Una problemática no resuelta en la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica. ¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?”, en *Constitución y procesos constitucionales*, Tomo II, Adrus, Lima, 2013, pp. 335-381; Landa Arroyo, César: “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, en AA.VV.: *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho (Colaboraciones peruanas)*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea (Coordinadores), IDEMSA, Lima, 2009, pp. 437-471, entre otros.

apreciaciones positivas en el marco de la reflexión; pero también otras apreciaciones que se manifiestan en diversos países no sólo de Europa; sino de latinoamérica, nos referimos a la generación de *glosadores* y *post-glosadores* de los Tribunales Constitucionales. Este es un hecho que tampoco es negativo si quien está en la vida profesional debe estar “al día” con lo que produce y resuelve un determinado Tribunal Constitucional. Mas, lo negativo es que el mundo académico no debe estar atado a todo lo que necesariamente digan las cortes constitucionales. Por eso, estos fallos, como todo fallo no es ni verdadero ni falso; sino útil o inútil, pero sí opinable. Lo cierto es que en este aspecto, se requiere que los estudios de pre y post-grado tengan la suficiente fortaleza y valentía para discernir y reflexionar, muy al margen de la posición que manejan los tribunales constitucionales. Desde luego, también cabe señalar que existen los “enemigos” de los tribunales constitucionales. Una cosa es ser un simple “glosador” o “post-glosador” de lo que diga un Tribunal Constitucional; otro tanto es ser crítico; y otra cosa es ser enemigo del Tribunal Constitucional. Muchos de estos enemigos, desde luego no provienen de las canteras académicas; sino de los intereses políticos; es más, muchos pueden incluso identificarse con algunas agrupaciones políticas partidarias, sectores ultraconservadores de empresarios o de una prensa que hace una delicia de escándalo en torno a fallos que pueden ser o no compartidos por toda la opinión pública, así como de congresistas que tienen representación nacional en los escaños parlamentarios.

No obstante, este complejo *maremágnum* de matices y situaciones que se presentan, todo ello no hace más que robustecer nuestra disciplina; sobre todo la proveniente de las orillas latinomericanas cuyo laboratorio resulta ser muy complejo y en donde se observan tribunales constitucionales con características muy singulares, como otros de factura neo-conservadora, desde tribunales constitucionales Hércules<sup>(41)</sup> predecibles; y tribunales constitucionales que trasuntan madurez; hasta otros tantos

---

(41) Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Planeta Agostini, Madrid, 1993, pp. 182 y ss.

míticos o religiosos, es decir, la eclosión de modalidades y matices de la organización jurisdiccional permite etiquetar las diversas corporaciones jurisdiccionales en modelos *estándar*. Pero no cabe duda que todo ello, en el plano de cada sistema político afirma la gobernabilidad, el control, la transparencia y la seguridad jurídica. Aparte que constituyen el sistema de cierre definitivo de las controversias constitucionales.

#### 4. LA POLÉMICA LATINOAMERICANA: KELSEN Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Como ya se ha señalado, esta polémica ha pasado casi desapercibida en el escenario académico. Bien se puede aludir a que es una polémica que surge en Latinoamérica, básicamente desde Argentina, Perú y México. Los primeros protagonistas son Domingo García Belaunde y Néstor Pedro Sagüés. En rigor, con ambos profesores ha resurgido la disputa en torno a si, efectivamente, Kelsen fue o no el fundador del Derecho Procesal Constitucional, lo cual gran parte de la doctrina lo daba ya por descontado.

Para ubicar la opinión mayoritaria, el profesor Domingo García Belaunde y Eloy Espinosa-Saldaña, hace mucho tiempo formularon una encuesta en torno a diversos temas relacionados con esta disciplina<sup>(42)</sup>. Entre otros aspectos, un importante sector de académicos como entrevistados respondió que habría sido Kelsen el fundador del Derecho Procesal Constitucional; y se tomó como referencia, lo que en su momento así lo afirmara Niceto Alcalá-Zamora. Sin embargo, muy recientemente Domingo García Belaunde ha criticado el planteo de Niceto Alcalá-Zamora en los siguientes términos: “La tesis originariamente planteada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo de que Kelsen es el fundador de una disciplina que se llama ‘Derecho Procesal Constitucional’ me parece una exageración que no se compadece con la realidad. No solo porque

---

<sup>(42)</sup> García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinadores): *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006.

Kelsen no usa el término, sino porque no pretendió fundar o formular una disciplina cuyo fundamento procesal desconocía”<sup>(43)</sup>.

En esta misma línea, otro no menos descollante académico como lo es Néstor Pedro Sagüés, igualmente ha enfilado sus reflexiones con anterioridad y en la que virtualmente Domingo García Belaunde coincide con el profesor rosarino. En efecto, el profesor argentino alerta que “si el Derecho Procesal Constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos ‘procesos constitucionales’ del hábeas corpus, amparo, *writ of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías procesales y el principio de supremacía constitucional, resultaría desacertado atribuirle a Hans Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería”<sup>(44)</sup>. El propio Domingo García Belaunde reafirma esta postura de Sagüés:

“En cuanto al origen de la disciplina atribuido a Kelsen, [Sagüés] anota que sin negar los méritos y aciertos del maestro de Viena, ello no puede considerarse exacto, toda vez que existen instrumentos de defensa que se remontan a cientos de años atrás, que precisamente hoy son parte de la disciplina, por lo que tal paternidad resulta exagerada”<sup>(45)</sup>.

En rigor, estas apreciaciones, estimamos que, sin ser falsas, no son del todo ciertas, pues no se trata aquí de atribuirle a Kelsen la autoría intelectual de una disciplina académica que él ni siquiera fue consciente de ello. Y, en efecto, es verdad que diversos “procesos

---

<sup>(43)</sup> García Belaunde, Domingo: “Kelsen en París: una ronda en torno al “modelo concentrado”, en *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, 2ª edición, IDEMSA, Lima, 2009, p. 148.

<sup>(44)</sup> Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984 (hay 2ª. edic., 1989), pp. 11 y ss.

<sup>(45)</sup> García Belaunde, Domingo: “El derecho procesal constitucional en expansión (crónica de un crecimiento: 1933-2006)”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 14, Número 27, julio-diciembre 2013, pp. 43-44.

constitucionales” son de vieja raigambre histórica y que han existido antes que el propio Kelsen. En este sentido, lo expresado por el distinguido procesalista argentino es correcta, en tanto se le mire en perspectiva histórica; pero también el propio profesor Néstor Pedro Sagüés honra la figura de Kelsen cuando reconoce que el fundador de la Teoría Pura del Derecho “bien puede ser el gran modelador contemporáneo de la disciplina, y quizá el jurista que más contribuyó a definirla en el siglo XX”<sup>(46)</sup>.

En igual sentido García Belaunde justicieramente explica y precisa que “lo realmente importante y fundacional de Kelsen, que es prácticamente suyo y de nadie más, es la fundamentación del modelo concentrado, al que llega solamente después de arduos estudios y tras la publicación de su *Teoría General del Estado* (1925), así como del ejercicio de la alta magistratura”<sup>(47)</sup>. Luego, arriba a la conclusión de que:

“(...) detrás de todo ello Kelsen aborda dos tesis que son claves: la primera es que la Constitución tiene un significado y un valor jurídico y que debe ser aplicada jurídicamente. La segunda es que debe existir un órgano *ad hoc*, al margen de los clásicos poderes del Estado, que pueda ejercer precisamente la defensa jurídica de la Constitución contra los que intentan desconocerla.

Ambas tesis eran radicalmente nuevas en la época y de manera especial en Europa, y por eso es que no tuvieron mayor impacto ni tampoco una rápida aceptación. De hecho, aparte de la misma Austria, la situación en Alemania no era muy halagüeña en aquel momento y el otro Tribunal Constitucional, el vecino checoslovaco, tuvo una vida accidentada y además con largos períodos de inactividad y solo llegó a emitir una sentencia. El tercer Tribunal que existió en el período de

---

<sup>(46)</sup> Sagüés, Néstor Pedro: op. cit., pp. 11-12.

<sup>(47)</sup> García Belaunde, Domingo: “Kelsen en París: una ronda en torno al “modelo concentrado”, op. cit., pp. 141-142.



entreguerras, el español de 1931, solo logró instalarse en 1933 y colapsó al inicio de la guerra civil de 1936. Para efectos prácticos, la tesis de Kelsen no tenía referentes y tampoco mayor recepción en la doctrina. De hecho, podríamos decir que casi no trascendió<sup>(48)</sup>.

En este *intermezzo* polémico, ha terciado mucho más recientemente Eduardo Ferrer Mac-Gregor. El profesor mexicano sostiene que el planteo de Sagüés reposa en la concepción del Derecho Procesal Constitucional como fenómeno histórico social, que en realidad es la concepción “amplia” a la que se alude<sup>(49)</sup>. En cambio, —para Ferrer Mac-Gregor— la postura de Domingo García Belaunde “descansa no en su vertiente histórico social, sino en la concepción científica, es decir, en la disciplina que se encarga de su estudio. La pregunta que se hace García Belaunde es otra: ¿cuándo nace la ciencia que estudia el Derecho Procesal Constitucional? O si se prefiere ¿en qué momento surge su concepción como nueva disciplina jurídica? Como ha quedado establecido, el constitucionalista peruano con agudeza pone de relieve a través del análisis documental que el primer jurista en advertir la existencia de una nueva disciplina con la denominación precisa de “Derecho Procesal Constitucional” es Alcalá-Zamora y Castillo, cuando en su exilio en la Argentina (1944-45) y luego en México (1947), de manera expresa así lo afirma. Por un lado, *i*) advierte la existencia de una nueva rama procesal; por otro, *ii*) le otorga un nombre. Esta postura descansa en una concepción “formal” de fundador, al identificarla con el individuo que “descubre” su existencia y la “bautiza”. Eso es precisamente a lo que se limitó Alcalá-Zamora y Castillo, a señalar: 1) la existencia de una “legislación procesal constitucional” desde un trabajo publicado originalmente en Italia en 1938 que elaborara un año antes en su primer exilio en París, derivado del conocimiento que tenía del Tribunal de Garantías Constitucionales, al que le había

---

(48) García Belaunde, Domingo: op. cit., pp. 142-143.

(49) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

dedicado un ensayo que publicó en 1933; 2) la denominación de la disciplina, que queda reflejada en el título de su libro recopilatorio *Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional)*, publicado en Argentina (1944), que incluye los dos artículos mencionados en el punto anterior, y que puntualmente advierte en una breve reseña a un comentario sobre un libro de amparo, que aparece en la *Revista de Derecho Procesal de Argentina* (1945); y 3) el surgimiento de un “proceso constitucional” y que el fundador de esta rama del Derecho lo es el jurista Hans Kelsen, como lo apunta en su libro mexicano publicado en 1947 (...). Sin embargo, sus aportaciones hasta ahí llegaron como lo reconoce el propio García Belaunde<sup>(50)</sup>.

A criterio de Ferrer Mac-Gregor, Kelsen sí hizo aportes desde una perspectiva de los orígenes científicos de esta disciplina. Y, en este sentido, no discrepa ni con Sagüés ni con Domingo García Belaunde. Sin embargo, como se verá más adelante, Kelsen bien puede ser identificado como el artífice de esta disciplina<sup>(51)</sup>, por un lado; y el fundador material del Derecho Procesal Constitucional, por el otro.

Más allá de estos planteamientos, cabe rescatar al profesor García Belaunde, quien ha replanteado no sólo una fecha “nominal” —como quería Ferrer— en torno a la “aparición” del *nomen iuris* del Derecho Procesal Constitucional. Y es que esa fecha histórica aparece por vez primera en 1930. Veamos en palabras del propio autor:

“Y fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985) quien empleó, si bien en forma tímida y algo vacilante, el término ‘Derecho Pro-

<sup>(50)</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 89.

<sup>(51)</sup> Eto Cruz, Gerardo: “Un artífice del Derecho Procesal Constitucional: Hans Kelsen”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador): *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, Tomo I, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte, México D.F., 2003. Un primer esbozo de lo que aquí defendemos fue publicado en Eto Cruz, Gerardo: “Las reflexiones ius-filosóficas de Hans Kelsen y sus aportes al Derecho Procesal Constitucional”, en *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*, Grijley, Lima, 1997.

cesal Constitucional’ un poco al pasar y al referirse al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931, rubro en el cual incluyó también al Tribunal de Cuentas. Esto lo hizo en 1933 en su ‘Programa de Derecho Procesal’ (Librería Porto, Santiago de Compostela, 1933, 99 pp.). Pero utilizando al mismo tiempo el de ‘justicia política o constitucional’, con lo cual demuestra que el concepto no le quedaba claro al autor, pues no volvió al tema durante más de una década. Más tarde, en diversos ensayos, Alcalá-Zamora hablará de ‘legislación procesal constitucional’ y ‘procesos constitucionales’, sobre los cuales se extendió largamente. Y es tan sólo en su exilio argentino que aclara el concepto, lo usa conscientemente y da fe de sus alcances y sentido. Y ello aparece en el título que dio a una colección de textos suyos: *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944. Y con posteridad repitió el aserto, con mayor amplitud y detalle, en una reseña bibliográfica que publicó en la ‘Revista de Derecho Procesal’ (tomo III, 2da. Parte, 1945) que en Buenos Aires dirigía Hugo Alsina. Y volvió sobre lo mismo en un libro clásico que publicó en México (...).

Esta fecha, 1933, pero sobre todo el bienio 1944-1945, puede considerarse como de la fundación del ‘Derecho Procesal Constitucional’ debido a un procesalista español, radicado en la Argentina y que luego reiteró en su exilio mexicano”<sup>(52)</sup>.

Algunos clásicos y contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional.

A lo planteado por Eduardo Ferrer, mucho más reciente, García Belaunde nos presenta un esquema cronológico de la recepción de los autores y de los países a los que corresponde. Adviértase que este autor reivindica el año 1933 en que se marca el hito de la aparición en el mundo científico de esta disciplina. Pero aclara luego: “con el antecedente, más

<sup>(52)</sup> García Belaunde, Domingo: “El Derecho Procesal Constitucional en expansión...”, op. cit., p. 15.

bien vago, de 1933, queda claro que el período 1944-1945 es la fecha en que tal disciplina apareció”<sup>(53)</sup>.

Así, la propuesta de los académicos que utilizaron y forjaron esta disciplina son:

- a. 1944-1945. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Argentina), si bien con el antecedente de 1933, antes indicado.
- b. 1947. Niceto Alcalá Zamora y Castillo (México).
- c. 1948. Eduardo J. Couture (Uruguay).
- d. 1955. Héctor Fix-Zamudio (México).
- e. 1957. Mauro Cappelletti (Italia).
- f. 1958. José Frederico Marques (Brasil).
- g. 1960. Fernando Álvarez Tabío (Cuba).
- h. 1971. Domingo García Belaunde (Perú).
- i. 1973. Peter Häberle (Alemania).
- j. 1977. Humberto J. La Roche (Venezuela).
- k. 1979. José Almagro Nosete (España).
- l. 1979. Néstor P. Sagüés (Argentina).
- m. 1988. Hugo Pereira Anabalón-Humerto Nogueira Alcalá (Chile).
- n. 1988. Juan M. Pellerano Gómez (República Dominicana).
- o. 1993. Sebastián Rodríguez Robles (Panamá).
- p. 1994. Ernesto Rey Cantor (Colombia).

---

<sup>(53)</sup> García Belaunde, Domingo: “El Derecho Procesal Constitucional en expansión...”, op. cit., p. 73.

- q. 1995. Rubén Hernández Valle (Costa Rica).
- r. 1998. José Decker Morales (Bolivia).
- s. 1998. Louis Favoreu (Francia).
- t. 1999. Iván Escobar Fornos (Nicaragua).
- u. 2005. Pablo Pérez Tremps (Ecuador)<sup>(54)</sup>.

Domingo García Belaunde si bien fue el pionero en el Perú en identificar el Derecho Procesal Constitucional como disciplina científica en 1970, su evolución de su pensamiento en esta materia puede verse en nuestro trabajo titulado “El pensamiento del Derecho Procesal Constitucional en Domingo García Belaunde”<sup>(55)</sup>. A ello hay que agregar a su clásico libro: *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001; otros recientes trabajos:

- El Derecho Procesal Constitucional en expansión (Crónica de un crecimiento: 1944-2006).
- Las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio.
- El Derecho Procesal Constitucional: un concepto problemático.
- El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema).
- Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional.
- Encuentros y desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional.

---

<sup>(54)</sup> García Belaunde, Domingo: “El Derecho Procesal Constitucional en expansión...”, op. cit., pp. 73-74.

<sup>(55)</sup> Eto Cruz, Gerardo: “El pensamiento del Derecho Procesal Constitucional en Domingo García Belaunde”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador): *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, Tomo IV, Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

- Interpretación constitucional e interpretación procesal constitucional.
- Kelsen en París: una ronda en torno al “modelo concentrado”<sup>(56)</sup>.

Y mucho más reciente, Domingo García Belaunde reitera esta temática con un último ensayo titulado “Un largo viaje en busca de una nueva disciplina. O cómo apareció el ‘Derecho Procesal Constitucional’ en América Latina”<sup>(57)</sup>.

## 5. KELSEN: EL ESCENARIO DE LA ÉPOCA

Se han escrito diversos trabajos sobre la ubérrima producción bibliográfica de Hans Kelsen, así como también existen diversas biografías en torno a su vida<sup>(58)</sup>. Con todo, ella de por sí está preñada de diversos episodios que van desde su nacimiento mismo en Praga, el 11 de octubre de 1881, hasta su deceso físico en Berkeley, en 1973, habiendo llegado a la cima de los 92 años con una fecunda lucidez afirmada por los años y con un tren incansable de trabajo de toda una vida consagrada, aun con los diversos episodios de diversas adversida-

---

<sup>(56)</sup> Todos estos trabajos se pueden ver en García Belaunde, Domingo: *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, 2ª. edición revisada, corregida y aumentada, IDEMSA, Lima, 2009.

<sup>(57)</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo (Coordinador): *En torno al Derecho Procesal Constitucional (Un debate abierto y no concluido)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 47, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., 2011, pp. 167-188.

<sup>(58)</sup> En el año 2008, la Universidad Externado de Colombia ha publicado la versión en español de la *Autobiografía* de Hans Kelsen, en su Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 50. El editor de la obra es Matthias Jestaedt y contiene un Estudio Preliminar suyo. La traducción y presentación corresponden a Luis Villar Borda. El libro fue editado en cooperación con el Instituto Hans Kelsen y está enmarcado en el proyecto de este Instituto de publicar las obras completas de quien es considerado el más grande jurista del siglo XX, con motivo del 125 aniversario del nacimiento de Hans Kelsen, que se cumplió el 11 de octubre de 2006.

des por su descendencia judía, a la reflexión y producción científica. Desde luego, no es la intención aquí hacer algún perfil biográfico en torno a Kelsen<sup>(59)</sup>, pues de los principales autores que se han ocupado (fundamentalmente Rudolf Aládar Métall, León Gross, Benjamín Akzin, Víctor Alarcón Olguín y, aquí en el Perú, José F. Palomino Manchego)<sup>(60)</sup>, resulta de por sí difícil agregar otros elementos novedosos en torno a su vida y obra. Sin embargo, y siguiendo a Hegel, el filósofo de la historia viviente que recuerda que toda reflexión se inscribe dentro del horizonte concreto de la vida de una época afirmaba este pensador que: “Por lo que concierne al individuo, cada uno es, sin más, hijo de su tiempo, y también la filosofía es al propio tiempo aprehendido con el pensamiento”, resulta de vital importancia

---

<sup>(59)</sup> Un panorama objetivo y fiel del decurso biográfico de Kelsen, acaso uno de los tantos “genios austrohúngaros”, nos lo da William M. Johnston: “Hans Kelsen (1881-1973) fue sin duda el jurista austríaco más influyente del siglo XX. De ascendencia judía y natural de Praga, en 1883 se trasladó a Viena, donde cursó la enseñanza secundaria. Ya en la Universidad de Viena, Otto Weininger le despertó el interés por la filosofía. En 1905 Kelsen escribió su tesis sobre la obra *De monarchia* de Dante bajo la dirección del temible Edmund Bernatzik. Más tarde estudió en Heidelberg bajo la supervisión de Jellinek, y en Berlín bajo la de Gerhard Anschütz, todo ello antes de hacerse, a partir de 1911, profesor en la capital vienesa, donde su único amigo era Adolf Menzel (1857-1938), bohemio de nacimiento e historiador de la teoría social griega. Durante el periodo 1917-1929, Kelsen ejerció como profesor de Derecho Constitucional en Viena. Fue allí donde redactó —a petición de Renner— el borrador de la Constitución nacional adoptada en 1920, para convertirse luego en asesor del Tribunal Supremo austríaco. Entre 1929 y 1933, Kelsen impartió clases en Colonia y más tarde en Ginebra y Praga, antes de pasar a los Estados Unidos en 1938. Después de trabajar como profesor en Harvard durante dos años, entre 1942 y 1952 enseñó en la Universidad de California en Berkeley, lugar en el que vivió desde entonces. Kelsen —una de las mentes más brillantes y abiertas de la teoría social del siglo XX— ha sabido combinar el virtuosismo a la hora de sistematizar sus teorías con una gran erudición al estilo de sus amigos Tomar Spann y Otto Bauer”. En Johnston, William M.: *El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938)*, traducción de Agustín Coletes Blanco y otros, KRK ediciones, Oviedo, 2009, pp. 257-258.

<sup>(60)</sup> Al respecto, puede verse la Bio-Bibliografía de Kelsen por José F. Palomino en Kelsen, Hans: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, 3ª. edición, Lima, 2001, pp. 111 y ss.

ubicarse en el contexto y escenario en que surgió el pensamiento del Jefe de la Escuela de Viena.

Si bien Kelsen nace en Praga, como ya se tiene dicho, es bueno recordar que la región de Checoslovaquia pertenecía al antiguo Imperio Austro-Húngaro; de allí que se explica que la formación académica de Kelsen se desarrolla fundamentalmente en Viena<sup>(61)</sup>. Por entonces, Viena era todavía una antigua ciudad imperial, la que luego, y a través de la famosa *Wiener Schule*, pasaría una pléyade de discípulos a degustar la sal de su inteligencia bajo el aurea académica de los años 20 y 30<sup>(62)</sup>.

---

(61) El historiador estadounidense William M. Johnston ha enfocado un profundo estudio en la Europa de los siglos XIX y XX, específicamente del Imperio de los Habsburgo, allí explica cómo a partir de los años 1850, el sistema educativo fue renovado por completo: “En 1850, la enseñanza secundaria se prolongó, pasando de seis a ocho años y, en lugar de enseñar todas las materias, a partir de este momento cada profesor daría clase solamente de su especialidad. Es también la época de la introducción de las ciencias naturales en los planes de estudios, y los profesores más jóvenes y motivados se encargaban de los cursos superiores, en los cuales, según Josef Breuer, ‘lejos de soslayarse, se promovía la crítica y el intercambio de opiniones’. El primer establecimiento reformado de acuerdo con tal orientación pedagógica fue el Akademisches Gymnasium [Instituto universitario] que, entre otros, contaría con Breuer, Arthur Schnitzler, Hugo von Hofmannsthal, Hans Kelsen y Ludwig von Mises entre sus alumnos. Otra institución ya no laica y, por lo tanto, mejor vista por los aristócratas, fue el Schottengymnasium, entre cuyos alumnos estuvieron Eugen von Böhm-Bawerk, Friedrich von Wieser y judíos como Heinrich Friedjung y Otto Weininger. Los benedictinos que impartían docencia allí, incluido el abad Ernest Hauswirth (1818-1901), distinguido historiador, no favorecían el clericalismo; no más de lo que lo hicieron en Kremsmünster, donde durante la década de 1820 Adalbert Stifter había estudiado a Kant y a diversos autores josefinistas. En un ambiente de gran respeto al aprendizaje académico, a los estudiantes que eran los primeros de la clase, como ocurrió con Sigmund Freud y Otto Weininger, se les otorgaba la dignidad de *Mustershüler*, aunque, como ocurría en otros ámbitos académicos, muchos prodigios se apagaron precozmente”. En Johnston, William M.: *El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938)*. op. cit., pp. 196-197.

(62) Recientemente se ha publicado la versión española de la magnífica obra de Stadler, Friedrich: *El Círculo de Viena. Empirismo lógico, ciencia, cultura y política*, traducción de Luis Felipe Segura Martínez, Fondo de Cultura Económica, México,



En puridad, y en cinematográfica y veloz perspectiva, Kelsen fue profesor de la Universidad de Viena desde 1917 a 1930. De 1930 a 1933 enseñó en la Universidad de Colonia, de donde prácticamente tuvo que salir, pues fue víctima de una intriga antisemita<sup>(63)</sup>, cuando ya los vientos del nacional-socialismo arreciaban Europa<sup>(64)</sup>; pasó luego a Ginebra, y de allí, en 1940, a Estados Unidos. En este país, enseñó en parte en la Universidad de Harvard y luego en forma definitiva en Berkeley (California). Allí se jubila en 1952, falleciendo el 19 de abril de 1973<sup>(65)</sup>.

Pero, no vayamos a raudo vuelo y ubiquémonos en el escenario de los primeros años. Por entonces, el joven Kelsen, en la primera década del presente siglo, logró desempeñar diversos cargos prácticamente

---

2010. Allí se puede apreciar *in extenso* la presentación de un vasto estudio científico, histórico en torno al grupo de pensadores y filósofos de la primera mitad del siglo XX. Kelsen es abordado en las páginas 50-52, 73, 81, 83, 194, 379, 401, 404, 407, 506, 507, 525, 527, 566 y 571.

(63) Vid. el trabajo de Vidal, César: *El Holocausto*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 163 y ss. Frierich Stadler ha relatado al respecto lo siguiente: “En la terrible situación económica por la que atraviesa Austria tras la primera Guerra Mundial, los trabajadores intelectuales en las escuelas superiores pasan, en general, a formar parte de una clase media política y económicamente pauperizada. El efecto de esta transformación es similar tanto entre los profesores como entre los estudiantes. La mayoría de ellos se convierte en integrante de una falange antidemocrática y antisemita en ascenso en el contexto ideológico del nacionalsocialismo y el catolicismo político. El enemigo a vencer era también aquí el liberalismo en cualquiera de sus vertientes. Según quedó documentado en el capítulo anterior, en la desesperada labor defensiva frente a la acometida nacionalista en las universidades encontramos a profesores de educación superior como Carl Grünberg, Max Adler, Segmund Freud, Jarl y Charlotte Bühler, Moritz Schlick, Karl Menger, Hans Kelsen, aunque también a Julius Tandler y a muchos otros científicos, sobre todo judíos”, en Stadler, Friedrich: *El Círculo de Viena*, op. cit., p. 566.

(64) Shirer, William L.: *Auge y caída del tercer Reich*. Vol. I. Triunfo de Adolf Hitler y sueños de conquista, traducción de Jesús López Pacheco y Mariano Orta Manzano, Editorial Planeta, 1989, *vid.*, en concreto, el Capítulo III “Versalles, Weimar y el Putsch de la cervecería, pp. 89 y ss.

(65) Seguimos aquí toda la referencia de su vida con la magistral obra de Aládar Métall, Rudolf: *Kelsen. Vida y obra*, UNAM, México, 1976.

como un funcionario real del Imperio Austro-Húngaro. Recuérdese que hasta antes de la década de los veinte, Austria como tal no existía. Austria, en realidad formaba parte de una unión real con Hungría y que diera nacimiento al Imperio Austro-Húngaro (1867-1918), el que fuera gobernado durante siglos<sup>(66)</sup> por diversos emperadores y cuyo último monarca fue el Rey Francisco José I (1830-1916). El régimen del Imperio estaba por entonces prefigurado a través de un jefe de Estado (que era, en Viena, Emperador de Austria, y en Budapest, Rey de Hungría), así como también de los tres ministerios de Asuntos Exteriores, Guerra y Hacienda, además de dos delegaciones legislativas nombradas por cada Parlamento para resolver las cuestiones de orden general<sup>(67)</sup>. Kelsen, a la sazón, desempeñaba el cargo de asesor del Ministerio de Guerra, cuya cartera estaba en manos del general Rodolf von Stöger-Steiner. Este período comprende entre los años 1914-1918, etapa en que el joven Kelsen fue llamado, en agosto de 1914, a incorporarse al regimiento y que entró en calidad de “primer teniente, de la reserva”. Años atrás había ya publicado su primer libro bajo el sugestivo título de la *Teoría del Estado de Dante Alighieri*<sup>(68)</sup> aparecida en 1905, y seis años después

<sup>(66)</sup> Sobre estos aspectos, puede consultarse a Rousseau, Chales: *Derecho Internacional Público*, Editorial Ariel, Barcelona, 1966, pp. 107-108.

<sup>(67)</sup> Rousseau, Charles: *op. cit.*

<sup>(68)</sup> La versión italiana se titula *La teoría dello statu in Dante*, Maximiliano Boni Editore, Bologna, 1974, 215 pp., el título original es: *Die staatslehre des Dante Alighieri* (traducción del prof. Wilfrido Sangiorgi), 1995; *vid.* la introducción de Vittorio Frosini: Kelsen e Dante, IX-XXIV. (Existe ya la versión española con el título ya aludido: Kelsen, Hans: *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*, edición y traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK Ediciones, Madrid, 2007). Es interesante rescatar parte de lo que expresa Requejo Pagés: “[Kelsen] contaba veinticuatro años cuando lo publicó en 1905, siendo entonces un súbdito del Imperio Austro-Húngaro, es decir, del último vestigio, apenas ya reconocible, del viejo Imperio Romano, próximo a sucumbir para siempre con el fin de la Gran Guerra. Andando el tiempo de Kelsen se convertiría en el teórico del Derecho y del Estado más relevante del siglo XX y nunca volvería a publicar una investigación de las características de esta obra, casi extravagante en el conjunto de su inabarcable bibliografía. Y, sin embargo, no deja de ser tentadora la idea de que en éste su primer libro se adivina ya el verdadero y último propósito de su admirable construcción

habría de publicar las primeras bases de su futuro pensamiento jurídico a través de su trabajo *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollada con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Esta edición fue publicada en alemán en 1911. Kelsen, por entonces, frisaba apenas los treinta años.

Lo cierto es que, ya iniciada la segunda década del siglo XX, y siendo asesor del general Rudolf von Stöger-Steiner, irónicamente el último ministro de guerra de la milenaria dinastía de los Habsburgo, la situación política debió ser demasiado conflictiva por los movimientos secesionistas que ya imperaban en la unión real de la doble monarquía. En efecto, ya en 1914, y quizá desde mucho antes, se iba incubando la desintegración del Imperio: Hungría aspiraba a transformar el régimen de una *unión real* a una *unión personal* a través de una separación de tres niveles: económico, militar y, posteriormente, el diplomático. Al no encontrarse una solución que significara el fortalecimiento del imperio a través de una solución que por entonces fue una fórmula tripartita (unión de Austria, Hungría y Croacia) o una alternativa federal;

---

doctrinal. Está, sobre todo, la coincidencia con el poeta en la preocupación por la armonía y el sistema en la ordenación de unas fuerzas que responden a lógicas por completo irreductibles. En el caso de Dante, el Imperio y el Papado; en Kelsen, los Estados nacionales soberanos. En uno y otro, estructuras de poder con pretensiones absolutas y excluyentes, por definición, de toda relación que no se resuelva en términos de supremacía de una de ellas sobre las restantes. El poeta intentó superar el antagonismo con la reducción de los contendientes en la unidad de la voluntad de Dios; y no pudo lograrlo en la medida en que la unidad sólo podía ser efectiva si no radicaba en una voluntad trascendente, de la que cualquiera de las partes pudiera pretender erigirse en valedora. Kelsen recurrió también a la trascendencia para fundamentar la validez de los sistemas normativos nacionales, cifrando en una norma hipotética fundamental, no positiva, la existencia jurídica de todas las normas formalizadas en la abstracción conceptual del Estado. Resolvía así el problema de la validez última de cada singular ordenamiento positivo, pero quedaba abierta la cuestión de la coexistencia entre una pluralidad de Derechos cuyas normas fundamentales no coincidían en un vértice común y superior, ya fuera positivo o, cuando menos, también imaginado. En esto Kelsen era prisionero de la autarquía hobbesiana, que hacía de la guerra la pauta de la relación entre los Estados”. En Kelsen, Hans: *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK ediciones, Oviedo, 2007, pp. 21-23.

agravado, por otro lado, por las luchas étnicas fue que se desencadenó la separación del sistema dual. En rigor, el sistema Austro-Húngaro descansaba bajo un pedestal que, a la postre, no fue sólido: la dinastía y el ejército.

La muerte del emperador Francisco José I (22 de noviembre de 1916), quien estaba en el poder desde 1848, y con anterioridad a ello, el asesinato de su sobrino Francisco Fernando, ocurrido en 1914, que los llevó a declarar la guerra a Serbia y que constituiría el preludio de la Primera Guerra Mundial y la derrota militar misma que sufriera el imperio en 1918, marcó el golpe de gracia definitivo para la separación. En efecto, a la muerte del Emperador, le sucede el último del imperio: Carlos I, quien fuera Emperador de Austria y Rey de Hungría entre 1916 y 1918. Este monarca pretendió dar una solución federalista en su manifiesto del 18 de octubre de 1918; empero, no fue capaz de conseguirlo, pues un mes más tarde abdicaría del trono, el 13 de noviembre de 1918, y se proclama la flamante República de Austria.

En este contexto, y al independizarse Austria, Kelsen deja de ser un funcionario real del imperio y pasa a ser un funcionario demócrata en la nueva República Federal de Austria. Precisamente a Kelsen, quien ya era una luminaria y famoso jurista, se le encomienda que elabore la Constitución para la novel república. Ello ocurre en 1918, una vez que finaliza su asesoría en el Ministerio de Guerra y habría de abandonar el servicio militar. Fue el canciller Karl Renner quien comisionó a Kelsen para que coopere en la preparación de la Constitución austríaca, impartándole solo algunos lineamientos de los que debería tener dicho texto constitucional<sup>(69)</sup>. Hans Kelsen —no es necesario precisarlo— estuvo siempre alejado de todo tipo de vinculación político partidaria, pues no se afilió a ningún partido, pese a que —como muy bien precisa su biógrafo Rudolf Aládar Métall— le ofrecían que se inscribiera en uno de

---

<sup>(69)</sup> Para mayores detalles sobre el *iter* del Tribunal Constitucional de Austria, véase el libro de Pedro Cruz Villalón: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, específicamente pp. 246-261.

ellos. En consecuencia, tuvo una amplia libertad al confeccionar el texto constitucional. Y así elaboró diversos proyectos en los que se tomaban en cuenta diversas posibilidades políticas. Pero la intención de Kelsen fue la de codificar, de manera sistemática e inobjetable, los principios políticos que le habían encomendado, pero construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado. Veamos en boca y recuerdo retrospectivo del propio Kelsen esta etapa: *“Después de haber dejado, a fines de octubre de 1918, el servicio militar y haber retomado mi actividad académica, fui convocado por el doctor Karl Renner, canciller del gobierno provisional germano-austriaco, a su oficina, la cancillería estatal, para cooperar en la preparación de la Constitución definitiva austro-alemana. El propio Renner había propuesto la primera Constitución provisional. Muy pronto se mostró la necesidad de complementarla. En los correspondientes trabajos constitucionales cooperé solo ocasionalmente. Mi tarea principal fue el proyecto de Constitución definitiva. Dado que Renner estaba completamente copado con las negociaciones de paz y los delicados problemas económicos, no podía interesarse sino muy poco por el problema de la Constitución. Él tuvo que limitarse a darme las directivas políticas esenciales: estructura estatal federal, y democracia en tanto ésta fuera posible en el marco de una Constitución representativa. En esto debía utilizarse como modelo, en tanto pareciera posible, la Constitución de Weimar, que se encontraba igualmente en preparación. No obstante, lo último solo fue posible en una muy pequeña medida, pues Renner asumió en la solución del problema presidencial un punto de vista ampliamente más democrático al de la Constitución de Weimar; y porque su parte característica, la regulación de los derechos fundamentales, no fue tomada en consideración por nosotros. El partido Social-Cristiano logró precisamente impedir una nueva reglamentación de los derechos fundamentales y dejar en vigencia la antigua ley fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos, como parte de la nueva Constitución; lo que de ninguna manera era de lamentar, pues la antigua ley fundamental del Estado no fue el peor producto del liberalismo político del siglo XIX. Mi propia tendencia era la de codificar los principios políticos que se me daban de una manera técnico-jurídica libre en lo posible de reparos y con esto construir garantías efectivas para*

*la constitucionalidad de la función estatal. Yo contemplaba como núcleo jurídico de la Constitución el aporte sobre las garantías de la Constitución y la administración. En esta dirección pude conectar con instituciones de la vieja Monarquía: el Tribunal del Reich y el Tribunal Administrativo. El último podía tomarse sin sustanciales modificaciones —el Tribunal del Reich se conformó como un genuino Tribunal Constitucional— el primero de este tipo en la historia del Derecho Constitucional. Ningún tribunal había recibido anteriormente la competencia de anular leyes con efecto general y no limitándose al caso concreto, a causa de su contrariedad con la Constitución. Elaboré numerosos proyectos teniendo en cuenta muy diversas posibilidades políticas. Con respecto a la parte jurídica-técnica del proyecto, tenía yo completa libertad. Renner estaba, como ya se dijo, demasiado absorbido por otros reclamos, y el miembro del Gabinete cuya especial tarea era la preparación de la Constitución, el profesor de historia de la Universidad de Innsbruck doctor Michael Mayr, perteneciente al Partido Social Cristiano, no tenía comprensiblemente ningún interés en los problemas específicamente jurídicos. Él me dejaba plena libertad a ese respecto. Yo tuve la impresión, de que consideraba como su tarea principal la de alejar del texto de la Constitución aquellas determinaciones no deseadas por el Partido Social Cristiano. De hecho, la Asamblea Nacional constituida aprobó con proporcionalmente pocas modificaciones uno de los proyectos elaborado por mí. El aparte que me llega más cerca y que considero mi obra personal, el control de constitucionalidad, no sufrió en las negociaciones parlamentarias ninguna modificación”<sup>(70)</sup>.*

Como se puede apreciar, en vida, Kelsen habría de referir con orgullo que el establecimiento de un Tribunal Constitucional era la pieza central de la Constitución que había elaborado. Es decir, el propio Kelsen rescata que la mayor creación que había puesto en la confección de la Constitución austríaca de 1920 había sido, no cabe duda, la creación sin precedentes y pionera en el mundo de un Tribunal Constitucional que

---

<sup>(70)</sup> Kelsen, Hans: *Autobiografía*, traducción de Luis Villar Borda, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 129-133.

iba a tener la potestad de impartir justicia en materia constitucional<sup>(71)</sup>. Dígase de paso que, hasta ese entonces, en puridad, no había ningún órgano jurisdiccional distinto al Poder Judicial. Es verdad que un año antes, Checoslovaquia ya había afirmado un Tribunal Constitucional; empero no resulta difícil presumir que los planteamientos teóricos de Kelsen hayan sido tomados en cuenta a través de sus discípulos con lo que trabajarían el texto constitucional checo. Lo propio habría de ocurrir con los juristas españoles como Luis Legaz Lacambra y Luis Recaséns Siches, quienes influyeron en las Cortes Constituyentes de la Constitución Republicana de España de 1931, que también crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>(72)</sup>.

## 6. LAS GRANDES BASES TEÓRICAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN KELSEN: SUS OBRAS CAPITALES

¿Cuáles fueron las grandes obras que habrían de modular o dejar sentadas las bases de lo que hoy se conoce como Derecho Procesal Constitucional? Indudablemente, la respuesta importa discriminar

---

(71) Domingo García Belaunde tiene la siguiente apreciación: “Se ha querido ver durante décadas que Kelsen fue el padre de la Constitución austríaca y también el padre del modelo concentrado de control constitucional, tal como se reflejó en el Tribunal Constitucional austríaco, pergeñado entre 1918 y 1919 y copiado con rapidez por la clase política checoslovaca que lo llevó prontamente y con anterioridad a nivel constitucional, pero que no tuvo ni la influencia ni la fuerza del austríaco. Todo esto, es decir, esta paternidad exclusiva atribuida a Kelsen es sin lugar a dudas una exageración de Escuela, ya que todo lo que a Kelsen se atribuye es en realidad obra de un equipo que lideraba el canciller Karl Renner, en donde las ideas y los proyectos de Kelsen fueron tomados muy en cuenta, pero que no fueron las únicas. Es decir, Kelsen prestó su indudable concurso y se encontraba en el justo lugar y en el momento preciso, pero no fue el único, aun cuando su presencia fue importante y en cierto sentido decisiva”. García Belaunde, Domingo: “Kelsen en París: una ronda en torno al “modelo concentrado”, op. cit., p. 141.

(72) Vid. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Edic. Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, más específicamente: *Significado y funciones del Tribunal de Garantías. Ensayos de Derecho Procesal*.

diversos trabajos de la multifacética producción jurídica. Bien es sabido que la vocación intelectual de Kelsen fue amplia y de intereses diversos; y si bien le ocupó gran parte de su vida la Teoría General del Estado y del Derecho reflejado en sus diversas obras, el Jefe de la Escuela de Viena transitó por diversos predios como son la Sociología del Derecho, el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional<sup>(73)</sup>, la Filosofía Política, etc. Pero reparemos, antes de proseguir con este excursus: Kelsen, por principio, no se propuso construir todo un amplio andamiaje para afirmar el nuevo edificio jurídico de lo que es el Derecho Procesal Constitucional. Dejó sentado, como ya se ha sostenido, el cimiento armado y ello fue el gran mérito kelseniano y del cual merece hoy reivindicarlo, como ya en su momento lo sostuviera el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

La infatigable pluma de Kelsen ha dado a luz una impresionante producción que van en más de seiscientas obras. Independientemente de ello, las grandes obras pilares de Kelsen se pueden ubicar en los siguientes trabajos, que aquí —por motivos tan solo expositivos— los podemos rubricar en tres áreas.

La primera, constituida por obras generales, donde incursiona si bien en reflexiones jurídicas, también se ubica aquí su pensamiento político y democrático. Se trata, en consecuencia, de su pensamiento que comprende diversas áreas que transitan desde la Teoría General del Estado, la Teoría General del Derecho, Filosofía del Derecho, Filosofía Política, entre otros aspectos. Cronológicamente son, entre otras, las siguientes:

- a) *Teoría Política del socialismo* (1923).
- b) *El problema de la soberanía y la teoría del Derecho Internacional* (1ª. edición, 1920 y 2ª. edición 1927).

---

<sup>(73)</sup> Véase, al respecto, a Ladavac, Nicoletta Bersier: “Hans Kelsen (1881-1973). Biographical Note and Bibliography”, en *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, No. 2, pp. 391-400.



- c) *Esencia y valor de la democracia* (1ª. edición, 1920 y 2ª. edición 1921).
- d) *El problema del parlamentarismo* (1925).
- e) *Teoría General del Derecho Internacional Público* (1928).
- f) *El Estado como integración. Una controversia de principio* (1930).
- g) *Forma de Estado y visión del mundo* (1933).
- h) *Forma de Estado y filosofía* (1933).
- i) *La aparición de la ley de la causalidad a partir del principio de retribución* (1939).
- j) *Los juicios de valor en la Ciencia del Derecho* (1942).
- k) *La paz por medio del Derecho* (1944).
- l) *La metamorfosis de la idea de Justicia* (1947).
- m) *Absolutismo y relativismo en filosofía y política* (1948).
- n) *Teoría política del bolchevismo. Un análisis crítico* (1948-1955).
- o) *El Derecho de las Naciones Unidas* (1950).
- p) *Ciencia y Política* (1951).
- q) *Principios del Derecho Internacional* (1952).
- r) *¿Qué es Justicia?* (1953).
- s) *Teoría Comunista del Derecho* (1955).
- t) *Los fundamentos de la democracia* (1955).
- u) *Justicia y Derecho Natural* (1959).
- v) *El fundamento del Derecho Natural* (1962).

Habría un segundo gran sector de su pensamiento que reposa en las bases teóricas del Derecho y del Estado, pero en forma más específica, y que diera lugar dentro del Círculo de Viena, a identificarse como la *Escuela del Derecho Político Puro*, cuyo afán tenía un solo norte: construir una teoría totalizadora del Derecho, despojado de toda opción ideológica frente al fenómeno jurídico. Estas obras capitales básicamente son:

- a) *Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollado con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, 1911 (la traducción al mundo hispano se ha hecho en 1983).
- b) *Teoría General del Estado* (1925).
- c) *Teoría Pura del Derecho* (edición alemana de 1934; traducción de Luis Legaz y Lacambra, Barcelona 1934).
- d) *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945).
- e) *Teoría Pura del Derecho* (edición francesa, 1953).
- f) *Teoría Pura del Derecho* (edición alemana, 1960).

Si bien la arquitectura principal de su pensamiento descansa en dichas obras, y sin perjuicio de la referencia a sus demás libros y a los cientos de artículos o ensayos publicados a lo largo de su vida, los que sí son definitivamente de indudable estirpe y prosapia del Derecho Procesal Constitucional son los siguientes:

- a) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)*, (traducción española de Rolando Tamayo y Salmorán, aparecida en *Anuario Jurídico*, México I, 1974, pp. 471-515; y la reciente revisión técnica de Domingo García Belaunde, aparecida en *Ius et Veritas*, núm. 9, Lima, 1994).
- b) *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, que apareció en 1930, en versión alemana, y fue traducido al italiano — con el que ha circulado en todos estos años— por Carmelo Geraci en el volumen recopilativo de los estudios del propio

Kelsen titulado *La giustizia costituzionale* (Giuffrè, Milano, 1981, pp. 231-291). En 1996, aparece la versión española por la Editorial Tecnos, a cargo de Guillermo Gasió (Estudio Preliminar). Traducción y notas de Roberto J. Brie y supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Estudio Preliminar, XLIV pp.

- c) *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana*, traducida del inglés por Domingo García Belaunde y aparecida tanto en el Perú como en España. La versión española en la Revista *Direito*, núm. 1, de la Universidad de Santiago de Compostela (1995). La versión peruana en *Ius et Veritas*, Lima, núm. 6, 1993 pp. 81-90.
- d) *La Jurisdicción Constitucional y administrativa al servicio del Estado Federal, según la nueva Constitución Austríaca del 1º de octubre de 1920*. Este trabajo reviste una particular característica, y que a la fecha no se ha traducido al mundo hispanohablante; si bien data su publicación en alemán en 1923, ha sido traducido, como ya se ha indicado líneas arriba, en versión italiana.

Con todo, he aquí las bases primigenias del Derecho Procesal Constitucional que, a decir del notable procesalista Alcalá-Zamora y Castillo, Kelsen fue el fundador de esta moderna disciplina procesal; a lo que el jurista azteca Fix-Zamudio, de manera convencional y en diversos trabajos, fija una fecha de inicio de esta particular rama jurídica: el año 1928, cuando Kelsen publica su magistral estudio sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)”.

En esta perspectiva, bien cabe señalar que Kelsen ha sido el artífice, entendido en su acepción de aquella “persona que es causa de algo” (Real Academia Española de la Lengua); otro es el mentor, el precursor, el modelador de la disciplina que hoy tiene un membrete de identificación: el Derecho Procesal Constitucional.

En este contexto, su producción intelectual si bien reposa en los cuatro trabajos arriba citados, bien cabe dirigir la atenta mirada a *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, pues la construcción teórica que allí realiza Kelsen habría de significar a la postre las bases de la citada disciplina. Al respecto Eduardo Ferrer inquiriere:

“¿Es este el trabajo fundacional del Derecho Procesal Constitucional? Ahí radica la duda de García Belaunde y su teoría resulta útil para advertir una sutil distinción: una cuestión es el primer estudio dogmático sobre la Jurisdicción Constitucional y otra situación distinta es la concepción científica de la disciplina procesal. Esta delicada distinción es la que nos puede llevar a diversas consideraciones no sólo sobre el fundador material de la disciplina, sino particularmente en la naturaleza propia de su concepción y desarrollo científico”<sup>(74)</sup>.

Pese a que este trabajo fue reflexionado hace ya muchos años, y de allí la propuesta de considerar a Kelsen el fundador de esta disciplina, Eduardo Ferrer enfila las siguientes reflexiones a propósito del ensayo de Kelsen:

“Su estudio de 1928 puede ser analizado desde varias disciplinas jurídicas, especialmente por el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Si bien ese estudio se refiere específicamente a los instrumentos técnicos jurídicos de la defensa constitucional, lo cierto es que también se encuentra en un plano superior y general de las disciplinas jurídicas. No puede considerarse que sea un ensayo desde la dogmática procesal, ya que sus planteamientos rebasan de suyo esta dimensión y se ubican en un plano de la Teoría General del Derecho. Es por ello que pensamos que este estudio constituye no el “nacimiento de la disciplina científica”, sino el “origen” de lo que vendría después. Representa el cimiento dogmático sobre el cual se fue construyendo el Derecho Procesal

---

<sup>(74)</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 91.

Constitucional desde la corriente del procesalismo científico de la época”<sup>(75)</sup>.

Por supuesto que el pensamiento kelseniano no se agota en dichos ensayos, pues éstos no son más que las inquietudes que surgieron en el contexto de vertebrar, para la flamante Austria republicana, un modelo de control constitucional que esté alejado del sistema político y del sistema norteamericano. A ello se suma, que al Tribunal Constitucional, que fue fruto de la capacidad heurística y creativa del sabio austríaco, se agrega una nota importante: él mismo fue su primer magistrado constitucional. En suma, Kelsen, recapitulando, crea en la Constitución austríaca un órgano jurisdiccional *ad hoc* para impartir Justicia Constitucional: el Tribunal Constitucional; fue a su vez magistrado de dicho Tribunal, incluso se le otorgó la membresía de ser magistrado vitalicio; y, años después, cuando el terreno estaba lo suficientemente fértil y maduro, publica su magistral ensayo sistematizando en forma precisa las ideas y los perfiles de la Corte Constitucional austríaca, que sin proponérselo, a la larga, sería el paradigma de la Jurisdicción Constitucional “concentrada”, “austríaca” o “kelseniana”.

Lima, 8 diciembre de 2014.  
Día de la Inmaculada Concepción.

---

<sup>(75)</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 99.



**PANNEAUX  
FOTOGRAFICO**





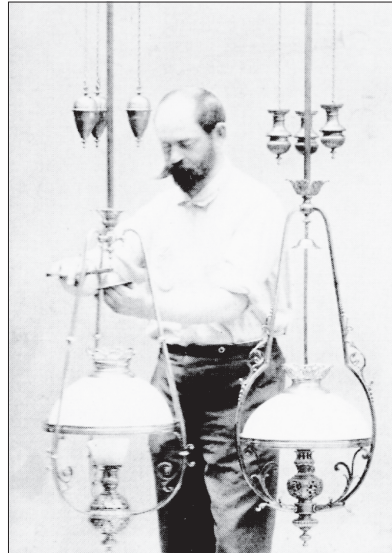




**Adolf Kelsen y Auguste Löwy, circa 1880.**



**Auguste Kelsen (1859-1950), 1929.**



**Adolf Kelsen (1850-1907), circa 1887.**



**Kelsen pequeño en Praga,  
fines de 1881, inicios de 1882.**



**Kelsen en Praga.**



**Kelsen a los cuatro años, 1885/1886.**



**Kelsen y Margarete Bondi, Italia 1913.**



**Hans Kelsen y Margarete con sus hijas  
Hanna Renata y María Beatrice, 1916.**



**Berkeley, Kelsen con su hija  
Enkelin Anne, 1916.**





**Ernst Kelsen (1883-1937).**



**Paul Friedrich Kelsen (1898-1975).**



**Kelsen, 1906/1907.**



**Kelsen con uniforme militar, 1915.**



**Kelsen, circa 1915.**



**Kelsen, Margarete y Hanna Kelsen, 1916.**



**La familia Kelsen,  
probablemente, en Viena, circa 1929.**



**Kelsen y sus hijas.**

**Kelsen, 1920.**



**Kelsen en Viena, circa 1925.**



**Hans Kelsen. Fotografía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena el 9 de diciembre 1921.**





kelsen, circa 1924.



kelsen, circa 1925.



Kelsen en el Tribunal Constitucional de Austria.  
Max Layer, N. N., el Presidente Paul von Vittorelli, Hans Kelsen y Karl Hartl, circa 1925.



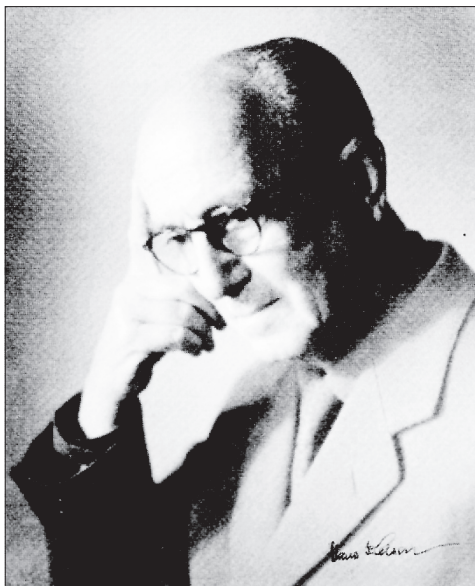
**Kelsen, Ginebra, circa 1935.**



**Kelsen, Ginebra, 1935.**



**Kelsen, Praga, 1936/1937.**



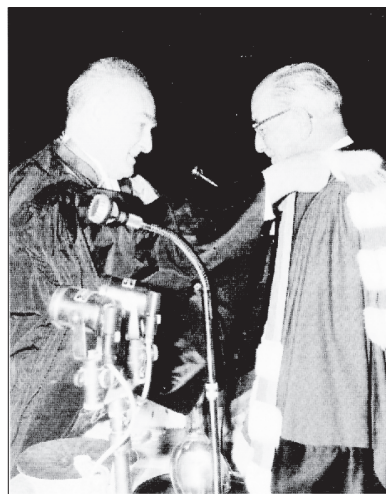
**Kelsen en New York, circa 1940.**



**Kelsen, Berkeley, 1958.**



**Kelsen, con ocasión del doctorado *Honoris Causa* de la Universidad de California, 28 de enero de 1952.**



**Kelsen, recibiendo el doctorado *Honoris Causa* de la Universidad de La Sorbona, París, 7 de noviembre de 1963.**



**Kelsen, recibiendo el doctorado *Honoris Causa*. 1º junio de 1967. En compañía del profesor y discípulo René Marcic (1919-1971), de la Universidad de Salzburg.**





**Kelsen, 1960.**



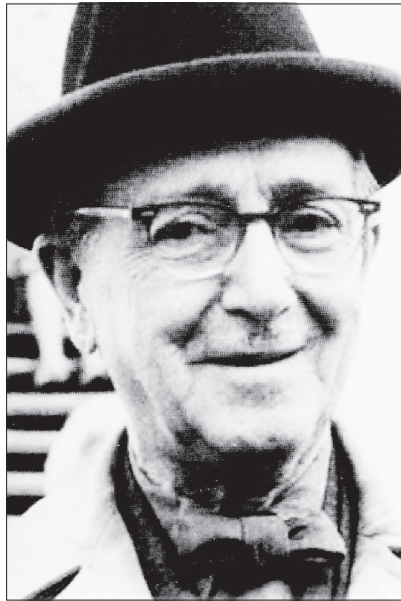
**Kelsen y su discípulo y biógrafo Rudolf Aladár Metall, (1903-1975).**



**En Berkeley, 1965.**



**En Salzburg, 1967.**



**En Viena, 1968.**



**Hans Kelsen (1881-1973).**



**Adolf Julius Merkl (1890-1970).**



**Alfred von Verdross (1890-1980).**



**Josef L. Kunz (1890-1970)**



**Rudolf Aladár Métall (1903-1975).**





**Margarete y Hans Kelsen  
en Berkeley, circa 1955.**



**En Berkeley, con su esposa, 1963.**



**En Berkeley, 1971, con ocasión de sus primeros 90 años.**



**Joseph Barthélémy**  
(1874-1945)



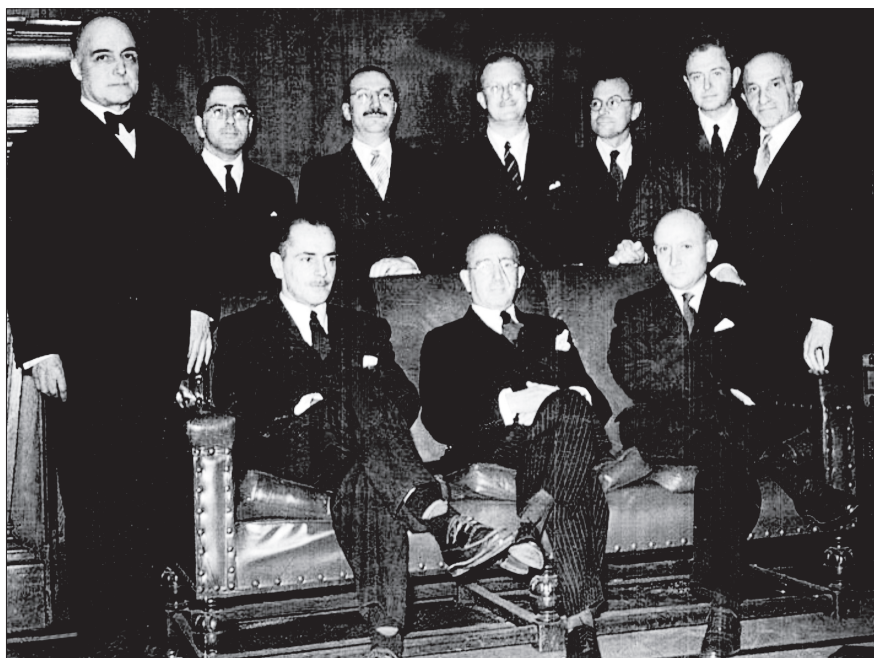
**Rudolf Laun**  
(1882-1975)



**Léon Duguit**  
(1859-1928)



**José Gascón y Marín**  
(1875-1962)



**Parados de izquierda a derecha: Lorenzo Carnelli, Fernando García Olano, Antonio de Benedetti, Moisés Nilve, Francisco Linares, Ambrosio L. Gioja y Otto Langfeder. Sentados de izquierda a derecha: Carlos Cossio, Hans Kelsen y Enrique Aftalion, en la visita de Kelsen a la Facultad de Derecho de la UBA, Argentina, en 1949.**

**Este libro se terminó de imprimir en los  
Talleres Gráficos de la Editorial Iustitia  
<mentejuridica@hotmail.com>  
el 27 de enero de 2017,**

**DÍA INTERNACIONAL DE CONMEMORACIÓN ANUAL EN  
MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL HOLOCAUSTO.**





**477 años**  
del nacimiento del  
**INCA GARCILASO DE LA VEGA**  
(1539 - 1616)



**407 años**  
de la publicación de los  
**COMENTARIOS REALES**  
(Lisboa, 1609)



*Hans Kelsen*

ISBN: 978-612-4362-00-2



9 786124 362002