

Pureza metódica y control de constitucionalidad (Reflexiones sobre el artículo “Los comienzos de la justicia constitucional europea” de Thomas Olechowski)

POR **CARLOS ENRIQUE PETTORUTI** (*)

El artículo del Prof. Thomas Olechowski “Los comienzos de la justicia constitucional europea” nos hace pensar que las disputas por el poder, la entronización de las ideologías y el derecho como una espada de doble filo para controlar o concretar ambas constituyen problemas que se han presentado en reiteradas ocasiones y bajo innumerables formas a lo largo de la historia de la humanidad. Pero también remarca que durante el siglo XX y a raíz de los cimbronazos que en la cultura europea produjeron la Primera y la Segunda Guerras Mundiales, fue cuando con mayor intensidad se han planteado fundamentos y teorías tendientes a establecer el control del poder político a través del derecho y viceversa. No es casual que estas concepciones surgieran en el marco del régimen político y constitucional de la república de Weimar en Alemania y de los Habsburgo en Austria.

Las ideas de cambio y pluralidad que se daban en la época y los problemas que éstas acarrearán fueron enfocadas desde concepciones filosóficas muy dispares: o bien proponiendo una unidad impuesta a través de la consagración de determinados principios metafísico-axiológicos o bien a través de la regulación tolerante que permitiera una convivencia de subjetividades.

La influencia de las circunstancias de la época se evidencia en las concepciones filosófico-políticas de Hans Kelsen y de Carl Schmitt.

Kelsen surgió como un pensador que enmarcó el positivismo jurídico austríaco de la época con base en una verdadera teoría del conocimiento. Ésta fue una verdadera marca epistemológica del Círculo de Viena. El mismo Alfred Verdross señaló que para esos tiempos, en la Universidad de Viena se necesitaba una teoría que

(*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Prof. Titular Ordinario Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, UNLP. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y corresponsal en la Argentina del Hans Kelsen-Institut de Viena.

unificara las distintas ramas jurídicas y esa tarea fue asumida por Hans Kelsen. Por ello, la Teoría Pura del Derecho también tiene importantes implicancias políticas pues en su momento estableció las bases para consolidar el Estado de Derecho.

La preocupación de Kelsen por el Derecho y la organización del Estado se funda en la necesidad de lograr una identidad de representación ontológica entre Derecho y Estado, ante la realidad de un Estado austríaco compuesto por grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, para cuya fundamentación eran insuficientes otras teorías que, como ficciones, pretendían encontrar la unidad del Estado en algún nexo psicosocial o biológico de los hombres que lo integran.

Kelsen también defendió las tendencias parlamentarias contra las ideas de las dictaduras fascistas y bolcheviques en su obra titulada “El problema del parlamentarismo”. La situación política vivida en Austria y Alemania en los comienzos de la década de 1930 también lo llevó a escribir desde Colonia, Alemania “¿Quién debe ser el tutor de la Constitución?”

Kelsen sostuvo siempre la necesidad del control constitucional del poder a través de la función jurisdiccional, ya que la constitución, como máxima norma jurídica positiva de un sistema de normas que unificadas se identifican con el Estado, presupone que todo conflicto de intereses es, necesariamente, un conflicto de carácter jurídico y como tal, sujeto a la decisión controversial de los jueces.

Con la caída de la República de Weimar y el advenimiento del nacionalsocialismo alemán en 1933 surge una concepción distinta del Estado entendido no tanto como una comunidad de leyes sino como una comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) fundada sobre la sangre y la raza.

En ese contexto el principio de contralor jurídico constitucional propuesto por Kelsen fue subvertido: los jueces no deben controlar las decisiones políticas con instrumentos jurídicos sino que, a la inversa, las normas son controladas a través de las ideologías políticas. El juez es concebido aquí como un representante de esa comunidad viviente y debe atenerse más que a las leyes a los principios y a las directrices políticas de quien encarna el espíritu de dicha comunidad (el denominado “*Führerprinzip*” o “principio del líder”).

Las ideas opositoras a la República de Weimar, aún antes de que Adolf Hitler fuera designado canciller, fueron especialmente sostenidas por Carl Schmitt, quien en el año 1928 realizó uno de sus más importantes trabajos científicos: Su Teoría de la Constitución o “*Verfassungslehre*”, en donde efectuó un análisis jurídico sistemático de la Constitución de Weimar, a la cual inculpaba de sostener un liberalismo neutralizador y debilitador del Estado, que no permitía solucionar los problemas de la democracia de masas, ya que la fuente del parlamentarismo democrático se hallaba en lo que él consideraba como el caduco método de gobierno

burgués. Consecuentemente, el principio que debería regir la democracia no es el pluralismo o la libertad, sino la igualdad, que se halla por sobre los conceptos liberales de discusión y publicidad.

Se afirma que la desilusión de Schmitt respecto del sistema parlamentario y sus debilidades fue uno de los motivos que lo instaron a formar parte del Nacionalsocialismo y a escribir el artículo “El Führer protege al Derecho” (*Der Führer schützt das Recht*), publicado en el año 1934 en donde se consolida la afirmación del control del derecho por el poder político al señalar que el Führer debe proteger al derecho del peligro de los malos usos, pues es él quien a través de la fuerza de su poder de conducción constituye la máxima fuente jurídica. Concluye afirmando que el verdadero líder (Führer) también es juez.

Estas investigaciones del Prof. Olechowski respecto del sistema del control constitucional europeo y la decisiva influencia que en el mismo han tenido las ideas kelsenianas permiten evidenciar, por así decirlo, que la Teoría Pura del Derecho de Kelsen no fue únicamente “teoría”, ni fue solamente “pura”. Implicó un profundo análisis de las consecuencias prácticas entre las relaciones entre el derecho, la organización constitucional de una nación y la filosofía política, remarcando que toda concepción de la vida, especialmente de toda doctrina política, se contextualiza necesariamente en un sistema filosófico y así entender, fundamentalmente, que nuestra vida se desarrolla en un mundo real y humano y no en un mundo imaginario de teorías abstractas.

El Profesor Dr. Thomas Olechowski nació en Viena en 1973 y estudió allí Ciencias Jurídicas e Historia. En 1998 se doctoró y en 2003 comenzó a ejercer la docencia en Historia del Derecho austríaco y europeo. Desde entonces se ha desempeñado como profesor extraordinario de la Universidad de Viena. Entre 2004 y 2014 fue docente de la Universidad Paneuropea de Bratislava. En 2008 fue elegido como miembro correspondiente de la Academia Austríaca de Ciencias, de la cual es miembro pleno desde 2013. Es presidente de la Comisión de Historia del Derecho de la Academia Austríaca de Ciencias desde 2010. En 2011 fue nombrado director del Instituto Hans Kelsen de Viena, cargo que ejerce hasta la actualidad.

Los temas de investigación del Prof. Olechowski hallan estrecha relación con el trabajo que aquí se presenta, pues se refieren a la Historia Constitucional de los siglos XIX y XX, la Historia de las Ciencias Jurídicas y Hans Kelsen.

En esta ocasión me ha encomendado la traducción del idioma alemán de este destacado trabajo de investigación en el cual aborda y desarrolla el contexto histórico y teórico en el cual se fue conformando el sistema de control constitucional europeo. Esto ciertamente, resulta para mí una grata distinción, además de la relevancia que el tema posee y que es de común interés para la Teoría Política, el Derecho Constitucional y la Teoría General del Derecho.

Thomas Olechowski: *Los comienzos de la justicia constitucional europea* (*)(**)

I. Causa pequeña - gran efecto

Cuando el 4 de marzo de 1801 Thomas Jefferson asumió el cargo como tercer presidente de los Estados Unidos, encontró que su predecesor, John Adams, había hecho nombramientos de jueces federales hasta el último segundo, pero que también Adams no había tenido tiempo para entregar todos los certificados de nombramiento a los interesados. Jefferson le indicó a su nuevo Secretario de Estado, James Madison, que no entregara estos decretos de nombramiento ya firmados. En tanto, uno de los jueces que hasta ese momento no había sido nombrado, William Marbury, presentó una demanda ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sin embargo, ésta desestimó la acción el 24 de febrero de 1803 por falta de jurisdicción. De hecho, el artículo 13 de la Ley del Poder Judicial de 1789 establece que la Corte Suprema es el tribunal competente en tales casos, pero esa disposición sería inconstitucional y, por lo tanto, no debería aplicarse, por cuanto es la Constitución la que específicamente establece la competencia del Alto Tribunal (1).

Los hechos esbozados aquí en el caso de “Marbury vs. Madison” han caído hoy en el olvido. Sin embargo, el fundamento de la decisión de la Corte Suprema ha adquirido notoriedad porque fue la primera vez que planteó la cuestión de cómo proceder con las leyes que estuvieran en contradicción con la Constitución. Y llegó a la conclusión de que: “O la Constitución es una ley suprema (*superior paramount law*) que no puede ser modificada por los procedimientos comunes, o bien está en el mismo nivel que las leyes ordinarias y se puede cambiar como otras leyes, tan pronto como el legislador lo desee. Si la primera alternativa es verdadera, entonces, un acto legislativo que contradice la constitución no es una ley. Si la segunda alternativa es cierta, entonces, las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar una fuerza que, por su esencia, no puede ser restringida. Seguramente

(*) *Die Anfänge der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit*. Traducción del alemán por Carlos Enrique Pettoruti.

(**) Versión ampliada de mi publicación originaria en inglés “The Beginnings of Constitutional Justice in Europa” en: M. Rask Madsen/C. S. Thornhill (editores), *Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law*. Cambridge University Press 2014 (pp. 77-95). La introducción de los editores no se reproduce aquí.

(1) Stourzh (1989, p. 66 f); Paulson (2003); Haase/Struger (2009, p. 22 f); Heller (2010, p. 37).

habrá quienes hayan diseñado constituciones como las más altas y fundamentales normas de una nación, y consecuentemente en un Estado organizado sobre este fundamento, un acto legislativo que contradice a la constitución es nulo (*void*)” (2).

Esta declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales en el caso “*Marbury vs. Madison*” es considerada generalmente el origen del modelo estadounidense de jurisdicción constitucional. Por supuesto, debemos añadir que este origen fue precedido por una larga historia, que se remonta a la Inglaterra del siglo XVII. Ya en 1766, un tribunal de condado de la colonia británica de Virginia había resuelto que una ley (en este caso, la famosa Acta de Sellos de 1765) no debería pretender validez si era inconstitucional (3). La importancia de la decisión en el caso “*Marbury vs. Madison*”, reside en que el principio de la revisión judicial fue reconocido por primera vez por el tribunal más alto de los Estados Unidos y sus principios se han mantenido prácticamente sin cambios hasta el día de hoy.

Con esta revisión judicial advino para los tribunales estadounidenses un papel político muy importante, que influyó prontamente en el debate en Europa. Pero sólo podía aplicarse en unos pocos países; uno de los tempranos ejemplos es el Tribunal Supremo de Noruega, el Højesterett, que ya en 1814 dictó una sentencia al respecto. En Dinamarca, el principio de revisión judicial era conocido desde 1912, pero recién en 1999 el Højesteret danés declaró inconstitucional una ley aprobada por el Parlamento (4). Entre los muchos opositores a la revisión judicial, mencionaré aquí sólo a Otto von Bismarck, quien en 1863, en el momento del conflicto constitucional prusiano, declaró que “el futuro político del país” no puede depender “de los fallos individuales de un tribunal, como si resultara de la opinión subjetiva de los votantes” (5). Pero finalmente, el principio de la revisión judicial pudo prevalecer en Alemania; primero de manera vacilante en 1921, y luego plenamente en 1925, cuando el Reichsgericht alemán, el más alto tribunal en asuntos civiles y penales, declaró que las disposiciones de la Constitución del Reich “imponen a los jueces que dejen de lado las disposiciones contradictorias de leyes posteriores” (6). A pesar de todo, esto no tuvo consecuencias prácticas: Ni en el caso mencionado, ni en ningún otro caso hasta 1933, jamás fue declarada la inconstitucionalidad de una ley por el Reichsgericht (7).

(2) Corte Suprema de los EE. UU., *Madbury vs. Madison*, Sentencia del 2 de febrero de 1803, citada por Urofsky (2002) N° 46; también Paulson (2003, p. 228).

(3) Stourzh (1987, p. 37); Paulson (2003, p. 225).

(4) Haase/Struger (2009, pp. 229, 232).

(5) Bismarck, 22 de abril de 1863, ante la Cámara de Diputados, citado por Triepel (1929, p. 9).

(6) Fallo del 4 de noviembre de 1925, RGZ 111, pp. 320-335, aquí 323.

(7) Para detalles, véase Stolleis (2003); Sellert (1990, p. 1053); Haase/Struger (2009, p. 78).

II. El Tribunal Constitucional de Austria y Hans Kelsen

El modelo estadounidense de jurisdicción constitucional contrasta con un segundo modelo en el derecho constitucional, que es de un origen mucho más joven y que a veces se conoce como el “modelo europeo”, también como el “modelo austríaco”, o como el “modelo Kelsen” (8). Esto hace referencia a una clara alusión a la Constitución Federal austríaca de 1920, que fue co-diseñada decisivamente por Hans Kelsen, que preveía una jurisdicción constitucional completamente diferente, esto es, que esta competencia estuviera concentrada en un solo Tribunal Constitucional.

Sin embargo, se argumenta que la Constitución Federal de Austria de 1 de octubre de 1920 no fue el documento constitucional más antiguo con un modelo constitucional de este tipo. Siete meses antes, existió la Carta Constitucional de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920, que también preveía un solo Tribunal Constitucional y prohibía la revisión judicial por parte de los demás tribunales (9). Ahora se sabe que la escuela fundada por Kelsen, la Teoría Pura del Derecho tuvo muchos seguidores también en Checoslovaquia, especialmente en Brno, la sede del Tribunal Constitucional de Checoslovaquia. Sin embargo, como lo plateó Jana Osterkamp en una reciente disertación, en el surgimiento del Tribunal Constitucional Checoslovaco no participó el “padre” de estas disposiciones Jiří Hoetzel, quien era un decidido oponente a Kelsen (10).

Las razones por las que la República de Austria y la República de Checoslovaquia introdujeron casi simultáneamente un sistema de tribunales constitucionales tan claramente opuestos al modelo estadounidense son más profundas, y sus raíces se encuentran en la constitución de la Monarquía de los Habsburgo, de la cual surgieron ambas repúblicas (Osterkamp, 2011, p. 276).

En este caso, solo se considerará la mitad austríaca de la monarquía austro-húngara (11). El Reino de Hungría, al igual que el Reino Unido, no tenía una constitución en el sentido formal, y carecía del requisito previo de un Tribunal Constitucional. De hecho, recién en 1989 se estableció un Tribunal Constitucional en Hungría, y el Reino Unido permaneció como uno de los pocos países europeos

(8) Haager/Struger (2009, p. 37); Schultz (2010, p. 2 f); Stourzh (2011, p. 171).

(9) Spáčil (2008, p. 16); Schelle (2009, p. 22); Heller (2010, p. 186).

(10) Osterkamp (2009, p. 10). Ella refuta así una visión generalizada, que también es compartida por Haase /Struger (2009, p. 58).

(11) Véase para mayor amplitud una descripción general de la situación constitucional: Rumpler y otros (2000).

que no tiene una constitución ni un Tribunal Constitucional (12). Por el contrario, en 1867 en el Imperio de Austria se habían promulgado cinco leyes fundamentales, que en su totalidad conformaban la Constitución; los cambios a esta Constitución solo se podían hacer si al menos dos tercios de los miembros presentes en ambas cámaras del Consejo Imperial (“Reichsrat”) los aprobaban. Las leyes de este tipo también formaban parte de la Constitución; por lo tanto, en los finales de la monarquía el conjunto del derecho constitucional estaba diseminado a través de una innumerable cantidad de leyes que establecían cada vez más detalles, una característica que no sólo se mantuvo, sino que se fortaleció en la República de Austria, de modo que hasta la actualidad el Derecho Constitucional Austriaco se caracteriza por una fragmentación única en el mundo (13).

Ahora bien, uno podría pensar que la distinción entre leyes simples aprobadas por una mayoría simple y leyes constitucionales aprobadas por una mayoría calificada traería como consecuencia que las leyes que violan las leyes constitucionales fueran nulas. Pero no fue el caso. Más bien, a los tribunales se les prohibió expresamente revisar las leyes (14); el “mal hábito” estadounidense de la revisión judicial tan bien conocido en Austria, fue rechazado (15).

A raíz de esto, la distinción entre leyes constitucionales y leyes simples resultó jurídicamente irrelevante (Kelsen, 1914, pp. 202, 390); lo cual fue criticado por el jurista Georg Jellinek en 1885 quien exigió un “Tribunal Constitucional para Austria” (16). Él citó varios ejemplos en los cuales los parlamentarios habían señalado que si una ley bajo tratamiento se hallaba en conflicto con la Constitución, se requeriría una mayoría de dos tercios para que esta ley fuera constitucional. Sin embargo, la decisión sobre si una ley requería una mayoría simple o una mayoría de dos tercios fue responsabilidad exclusiva del Presidente del Parlamento, y esto

(12) Haase/Struger (2009, pp. 134, 267). De todas maneras, ni siquiera el Reino Unido ha sido inmune a la jurisdicción constitucional. Se notan las actuales tendencias en el Reino Unido, que son un impacto de la legislación de EE. UU. y por sobre todo de la Declaración de Derechos Humanos de 1998; ver Woodhouse (2004, pp. 152-153); Elliott (2003, p. 35).

(13) Heller (2010, p. 95); véase también Stourzh (2011, p. 170).

(14) Artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del 21.12.1867, Gaceta Jurídica del Reich para el Imperio de Austria N° 144/1867.

(15) Esto se trató especialmente cuando el emperador emitió una “patente” en 1913, relacionada con el conflicto de nacionalidad en Bohemia, es decir, una norma que deliberadamente no era una ley ni una ordenanza, de manera tal que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Administrativo se hallaron frente al interrogante de si tenían la facultad para revisar esta patente, posibilidad que finalmente negaron. Este episodio mayormente desconocido pero importante en la historia del Tribunal Constitucional es discutido por Stourzh (2011, p. 139). También debe agregarse que el joven Hans Kelsen publicó un artículo periodístico anónimo sobre este tema: “La Comisión Administrativa de Bohemia ante el Tribunal Administrativo”, Neue Freie Presse N° 17673 del 5.11.1913, 3.

(16) Jellinek (1885). Véase Olechowski (2010, p. 35); Osterkamp (2011, p. 280).

se decidió por mayoría simple! Por lo tanto, en los hechos, la mayoría simple de los diputados tenía el poder de aprobar leyes que diferían de la Constitución pero sin embargo carecían de la posibilidad de ser revisadas judicialmente.

Georg Jellinek era de la opinión de que el Parlamento excedía sus poderes si por mayoría simple aprobaba leyes que requerían una mayoría calificada, y, por lo tanto, exigía al respecto una decisión judicial que resolviera tal conflicto de competencias (17). Este razonamiento es comprensible por cuanto en esa época ya existía un tribunal en Austria que en ese momento se pronunció sobre conflictos de competencias: El Reichsgericht (18) (Tribunal Supremo), establecido en 1869. Éste había sido designado en otras oportunidades como el “Tribunal Constitucional” (19), ya que a pesar de que no poseía atribuciones para realizar una revisión judicial, tenía otra serie de funciones que estaban relacionadas con la protección de la Constitución. Para nombrar algunas de ellas: el derecho a decidir sobre conflictos de competencia y el derecho a examinar la constitucionalidad de los actos administrativos. Precisamente aquí es donde se exhibió el problema de la falta de una justicia de control constitucional. Por el año 1883 el editor de un periódico presentó una queja ante el Tribunal Supremo porque las autoridades administrativas lo habían retirado de circulación de los “Trafiken” (puestos callejeros de venta de periódicos), el editor invocó, entonces, la garantía de la libertad de prensa establecida en la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Supremo encontró que la autoridad administrativa podía fundar su decisión en una disposición de la Ley de Prensa de 1862; y no hubo posibilidad de realizar un examen acerca de si la Ley de Prensa de 1862 colisionaba con la Constitución (Olechowski, 2010, p. 34).

Cuando Hans Kelsen fue comisionado pocas semanas después de la proclamación de la república, en el otoño de 1918, por el nuevo canciller estatal Karl Renner para preparar un proyecto de ley con la cual la competencia de la antigua Corte Suprema fuera transferida a una nueva corte republicana, propuso como nombre para esta corte “Tribunal Constitucional” (20). Y afirmó que había una gran necesidad de que existiera “un tribunal al servicio de la protección de la Constitución en todos los sentidos” (21). Provisionalmente, sólo se confirieron al Tribunal

(17) Jellinek (1885, p. 20); Heller (2010, p. 131); Olechowski (2010, p. 36).

(18) Heller (2010, p. 99); Olechowski (2010, p. 32).

(19) Heller (2010, p. 127); Jabloner (2011, p. 220).

(20) El nombre exacto propuesto por Kelsen para el nuevo tribunal fue en alemán “Verfassungsgericht” (Tribunal Constitucional); el canciller Karl Renner lo cambió a “Verfassungsgerichtshof” (Corte Constitucional), lo que sustancialmente no constituye ninguna diferencia.

(21) Stourzh (1989, p. 314); Schmitz (2003, p. 244); Olechowski (2009, p. 214).

Constitucional las atribuciones del antiguo Tribunal Supremo (22), pero esas competencias se fueron ampliando con las posteriores reformas realizadas hasta la Constitución Federal de 1920. Esto guardaba relación con el principal problema en materia constitucional en Austria, como lo era su transformación en un estado federal (23). Incluso durante la Primera Guerra Mundial, Renner había expresado la idea de convertir a Austria en un estado federal. El gobierno federal y los estados regionales respectivamente, deberían tener parlamentos independientes; la cuestión de la separación de competencias se fue haciendo cada vez más importante. Renner difundió la idea de un “Tribunal Constitucional Federal”, que podría determinar, a solicitud del gobierno federal, si un acto legislativo debería ser competencia federal o regional (24) (25).

Entre la proclamación de la República en 1918 y la sanción de la Constitución Federal en 1920 hubo una constitución provisional que duró dos años. Aunque Austria no era un verdadero estado federal, ya estaba dividido en estados federados (o regiones) que tenían sus propias asambleas legislativas (26). En enero o febrero de 1919, por disposición de Renner, Kelsen produjo un dictamen en el que planteaba el plan para convertir a Austria en un estado federal y las posibles alternativas. En este contexto, sugirió la creación de un “Tribunal Constitucional” que revocaría las leyes regionales cuando las mismas colisionaran con las leyes del estado federal (27). Poco antes de que fuera publicado este informe en la “Revista de Derecho Público” (28), la Asamblea Constituyente tomó esta propuesta y enmendó la constitución provisional, de manera tal que las leyes emitidas por las de las asambleas legislativas regionales debían ser anunciadas antes de su promulgación local al gobierno federal, y éste tenía el derecho de cuestionar su inconstitucionalidad dentro de los 14 días ante el Tribunal Constitucional (29). De hecho, en

(22) Ley de 25.1.1919 estableciendo un Tribunal Constitucional germano-austriaco, Boletín de Leyes del Estado para la República de la Austria alemana N° 48/1919 ver Heller (2010, p. 149).

(23) Öhlinger (2003, p. 212) considera que la discusión sobre el federalismo es esencial para los comienzos de la jurisdicción constitucional en Austria y dice que el “poder de la Corte Constitucional fue obviamente diseñado como un instrumento para resolver conflictos entre las leyes federales y provinciales”.

(24) Jabloner (2011, p. 221); Öhlinger (2003, p. 211); Schmitz (2003, p. 242).

(25) *Nota del traductor*: La palabra “Land” equivale a “país”. Cuando en una organización federal se mencionan los “Länder” (plural de “Land”) se hace referencia a los estados, provincias o regiones que componen el Estado Federal. Según la actual organización política territorial de la República de Austria, se halla dividida en 9 estados federados denominados “Bundesländer”.

(26) Véase para más detalles Merkl (1919).

(27) Olechowski (2009, pp. 215-216); Jabloner (2011, p. 224).

(28) Kelsen (1919).

(29) Ley del 14-03-1919 sobre el Parlamento, Gaceta del Estado N° 179/1919, artículos 13 y 15. Véase Schmitz (2003, p. 247).

el aproximadamente año y medio que estuvo en vigencia este reglamento, hubo al menos dos de estos casos (30). Por supuesto, fue problemático porque le dio al gobierno federal la oportunidad de luchar contra las leyes regionales, pero los estados regionales no poseían el mismo derecho respecto de las leyes federales. Sobre este problema, en octubre de 1919 el abogado tirolés Stephan Falser redactó un proyecto de constitución fuertemente federal, en el que estableció el derecho mutuo de apelación para los gobiernos federal y regionales (31).

Finalmente, esta disposición también fue incluida en el texto definitivo de la Constitución Federal de 1920 (artículo 140) (32). Esta disposición, que continúa vigente hoy en día, es de gran importancia teórica para la estructura federal de Austria, pero en la práctica rara vez se ha aplicado. El verdadero fundamento del éxito posterior del modelo de Tribunal Constitucional austríaco debe buscarse en otra parte. El artículo 140 de la Constitución Federal también autoriza al Tribunal Constitucional a iniciar él mismo un procedimiento de examen de constitucionalidad cuando en algún otro caso deba aplicar una ley de cuya constitucionalidad dude.

Este texto proviene de Hans Kelsen. La influencia decisiva de Kelsen en la Constitución Federal no se debe solamente al hecho de que en el verano de 1919 escribió los proyectos en los que se basaron los trabajos constitucionales posteriores (33), también fue convocado en julio de 1920 como constitucionalista experto independiente (a-partidario) a participar en la subcomisión parlamentaria, hasta que en octubre se elaboró texto constitucional definitivo. En este comité, el 31 de agosto, Kelsen propuso que el Tribunal Constitucional por iniciativa propia pudiera realizar una revisión legislativa de oficio (34). Sin embargo, esta propuesta pareció demasiado amplia para los constituyentes. El Tribunal Constitucional podría haber revisado arbitrariamente todas las leyes en cualquier momento. Por lo tanto, Kelsen sugirió el 23 de septiembre una nueva formulación: “El Tribunal Constitucional se expide sobre la inconstitucionalidad de disposiciones federales o regionales a requerimiento de un tribunal, aunque también podrá conocer de oficio” (35).

(30) Las fuentes aquí son muy escasas; véase como más cercano Jabloner (2011, p. 224).

(31) Stourzh (1989, p. 332); Olechowski (2009, p. 227).

(32) *Nota del traductor*: Resulta oportuno aquí recordar la parte pertinente del texto del artículo 140 de la Constitución austríaca de 1920: “Artículo 140. Párrafo 1. El Tribunal Constitucional conoce sobre la inconstitucionalidad de las leyes regionales a requerimiento del Gobierno Federal, sobre la inconstitucionalidad de las leyes federales por petición de un Gobierno provincial, siempre que dicha ley sea requisito para que el Tribunal Constitucional intervenga de oficio”.

(33) Stourzh (1989, p. 317); Olechowski (2009, p. 216).

(34) Öhlinger (2003); Olechowski (2009, p. 227).

(35) Ermacora (1967).

Fue literalmente en el último minuto: una semana después, el 1 de octubre de 1920, se llevó a cabo la reunión final de la Asamblea Nacional Constituyente sobre la Constitución Federal, y la referida disposición fue adoptada en la versión citada anteriormente, como el artículo 140, párrafo 1 (36).

Si revisamos el caso precedentemente descrito una vez más, surge claramente lo que esto significó en la práctica: Si ahora el editor de un periódico invocaba la libertad de prensa y una autoridad administrativa afirmaba que la misma se hallaba limitada por la Ley de Prensa de 1862, aquí tendría la posibilidad de que la decisión del órgano administrativo fuera examinada por el Tribunal Constitucional. Si durante este proceso los jueces dudaban de la constitucionalidad de la Ley de Prensa, debían interrumpirlo e iniciar de oficio un nuevo procedimiento para examinar la Ley de Prensa en sí y, si fuera necesario, establecer la inconstitucionalidad de la ley. Recién una vez resuelto este segundo proceso, podía continuarse con el primero, y si mientras tanto la ley era derogada, la medida oficial generalmente se levantaba, también la disposición administrativa quedaba sin efecto.

Esta constelación de casos recuerda al sistema estadounidense, pero debe notarse que el sistema austríaco tenía un trasfondo muy diferente y surgió de una disputa sobre la federalización de Austria. Esta es también la razón principal por la que el Tribunal Constitucional era el único tribunal en Austria que podía decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, y que esta revisión de constitucionalidad estaba expresamente prohibida para otros tribunales. Si el Tribunal Constitucional determinaba que la ley era inconstitucional, la dejaba sin efecto con alcance general, lo cual era publicado en el Boletín Oficial de Leyes Federales. Pero, hasta tanto se produjera esa decisión, la ley permanecía vigente, a pesar de que fuera inconstitucional, no era nula con carácter absoluto, sino sólo relativamente nula. (Kelsen, 1929, p. 71).

El desarrollo en Checoslovaquia difirió en muchos aspectos del desarrollo en Austria (37): Aunque también estaba integrada por partes muy diferentes de la monarquía de los Habsburgo, Checoslovaquia no era un estado federal, sino un estado unitario; no había necesidad de examinar la consistencia de las leyes nacionales o provinciales con una constitución federal. Además, si bien la organización judicial de la monarquía de los Habsburgo había sido asumida tanto en Checoslovaquia de idéntica forma que en la República de Austria, en 1918 la legislatura checoslovaca no había logrado crear un tribunal separado para las competencias

(36) Ley por la cual se erigió la República de Austria como Estado Federal (Constitución Federal), del 01.10.1920, artículo 140, Boletín Oficial Federal de la República de Austria N° 1/1920; véase Öhlinger (2003, p. 213); Olechowski (2009, p. 227).

(37) Se puede hallar una buena comparación en Osterkamp (2011), en particular 281.

de la antiguo Tribunal Supremo Imperial, sino transferido las mismas a un Supremo Tribunal Administrativo (Nejvyšší správní soud) (38). Cuando en 1920 se estableció el Tribunal Constitucional (39), solamente tenía competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, mientras que en Austria esa es sólo una de las competencias, aunque central, del Tribunal Constitucional (40). Lo que faltaba, por lo tanto, era el “material”, eran casos en los que la corte checoslovaca podía decidir. Muy pocas autoridades estaban autorizadas para presentar una solicitud de revisión y, en la práctica, tenían poco interés en activar la jurisdicción del Tribunal Constitucional checoslovaco por diversas razones. Y, de hecho, este Tribunal tenía muy poca actividad, y hasta hace poco no estaba claro en la bibliografía si el Tribunal había estado alguna vez activo. El ya mencionado estudio de Osterkamp ha echado la claridad sobre este punto. De hecho, hubo una vez una derogación legislativa, y esto se hizo después de un proceso de un año, de manera grotesca en 1939, cuando Checoslovaquia ya había dejado de existir (Osterkamp, 2009, p 184).

III. “El Guardián de la Constitución”

El Tribunal Constitucional austríaco surgió en la Teoría del Estado europea, como el único en su tipo y causó una gran sensación. Cuando la Asociación de Profesores de Teoría General del Estado de Alemania se reunió en Viena en 1928, dos oradores trataron la cuestión de la jurisdicción estatal, además del anfitrión Kelsen, el constitucionalista de Berlín Heinrich Triepel, a quien el comité ejecutivo le pidió que diera una conferencia. Pero no se llegó a plantear la gran controversia propuesta; Triepel había abordado su tema de manera muy diferente, habló detalladamente sobre las acusaciones ministeriales y se dedicó a la cuestión de las leyes inconstitucionales solo marginalmente. Junto con Kelsen, admitió que cada uno de ellos habían “hecho una hilera en un bosque” sin encontrarse (41).

Así, la gran controversia siguió solo un año después, cuando el profesor berlinés Carl Schmitt, quien había estado ausente en la Conferencia de Viena, publicó un ensayo sobre el “Guardián de la Constitución” (42). En este trabajo, simplemente le negó al poder judicial la posibilidad de decidir sobre cuestiones constitucionales.

(38) Zákon o nejvyšším správním soudě, 2.11. 1918, *Sbírcezákonů a nařízení*, Nr 3/1918.

(39) Zákon kterým se uvozuje Ústavní listina Československé republiky, 29.2.1920, *Sbírcezákonů a nařízení*, Nr 121/1920.

(40) Haase/Struger (2009, p. 60).

(41) Triepel (1929); Kelsen (1929); Olechowski (2013).

(42) El artículo fue primeramente publicado en el Archivo de Derecho Público de 1929, luego fue ampliado en una monografía: Schmitt (1931). Véase sobre esta controversia en general Diner/Stolleis (1999).

La tarea de la justicia es expedirse en casos individuales concretos y aplicar leyes a un hecho. En la decisión sobre disputas constitucionales, sin embargo, no hay ningún hecho que pueda ser subsumido bajo una ley (Schmitt, 1931, p. 36). Antes de eso, Schmitt, al igual que Triepel, planteó un agudo contraste entre las cuestiones legales y las cuestiones políticas, un tribunal que decide sobre cuestiones políticas ya no es un tribunal.

Kelsen respondió a este trabajo en 1931 con su refutación “¿Quién debería ser el guardián de la constitución?” (43). Junto con la publicación de su discurso en 1928, este ensayo se convirtió en una teoría general de justificación del Tribunal Constitucional austríaco; elevó la situación jurídica creada para Austria a un nivel abstracto y, por lo tanto, lo convirtió en un modelo que sentó el ejemplo de muchos otros sistemas legales (Van Ooyen, 2008, p. VIII).

La imagen que usó Kelsen nos recuerda en cierta medida a la Corte Suprema de los Estados Unidos citada anteriormente, que se había referido a la Constitución como una ley suprema o “*paramountlaw*”. Kelsen también vio en la Constitución una norma suprema (Kelsen, 1929, p. 36); pero amplió aún más esta imagen estructurando jerárquicamente todo el sistema legal y declarando que la Constitución era superior a la ley de igual modo que la ley lo es a una sentencia judicial. Tanto cuando el Parlamento aprueba una nueva ley como cuando un juez emite un veredicto, siempre es necesario primero examinar las normas de mayor jerarquía que autorizan la creación de una nueva ley o sentencia. Estas normas de mayor jerarquía proporcionan un tipo de marco que, sin embargo, es en su mayoría abierto, lo que le da al cuerpo legislativo un margen de acción. La manera en que el órgano decide de manera concreta, depende de su apreciación, y aquí se abandona el ámbito de la interpretación legal y se llega al propósito de las consideraciones de conveniencia y, por lo tanto, de las consideraciones políticas. Ambas, la interpretación jurídica y el equilibrio político, están siempre presentes cuando se crea un acto legal; actividad legislativa y creación judicial son, por lo tanto, esencialmente lo mismo (Kelsen, 1931, p. 586).

El trasfondo político de la controversia Kelsen-Schmitt se hace particularmente claro cuando uno lee a quién considera Schmitt como el guardián de la constitución: debe ser el presidente del Reich, elegido por todo el pueblo y el poseedor de una “fuerza neutral” (Schmitt, 1931, p. 132). Kelsen consideraba que el presidente del Reich era completamente inapropiado, especialmente porque él mismo era uno de esos órganos cuyos actos debían ser sometidos al control de constitucionalidad (Kelsen, 1931, p. 577).

(43) Kelsen (1931).

En el momento del debate, en 1931, el sistema parlamentario de la República de Weimar casi había fracasado, y los gobiernos dependían en gran medida de la legislación de emergencia del Presidente del Reich. Un desarrollo similar ocurrió en muchos otros estados. En marzo de 1933, el gobierno federal austríaco llevó a cabo un golpe de estado, en parte porque esperaba evitar una victoria de los nacionalsocialistas en las próximas elecciones parlamentarias, pero en parte porque el gobierno mismo rechazó el sistema de la democracia parlamentaria. También se comenzó a gobernar con decretos de emergencia; y cuando el Tribunal Constitucional fue llamado para revisar la validez de estos decretos de emergencia, también fue disuelto (44). Quizás esto muestre mejor que cualquier discusión teórica la estrecha conexión entre democracia y control constitucional.

IV. El desarrollo luego de 1945

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial comenzó el avance triunfal del control de constitucionalidad en Europa (45). Ya en 1945 se restableció el Tribunal Constitucional austríaco, un año después, siguió el modelo austríaco el Tribunal Constitucional bávaro, que a su vez fue el modelo del Tribunal Constitucional Federal alemán, que comenzó en 1951. La Constitución italiana de 1948 preveía un Tribunal Constitucional, que comenzó en 1956. Ocho años después, en 1964, Yugoslavia se convirtió en el primer estado socialista en introducir una jurisdicción constitucional. En Checoslovaquia, el regreso al sistema de control constitucional no se completó antes de 1992 (46) y la tradición común se continúa de manera independiente en Praga y Bratislava. Y hoy en día, casi no hay un estado europeo sin un tribunal constitucional, un tribunal supremo con poderes constitucionales u otra versión de jurisdicción constitucional, pero la mayoría de ellos siguen el modelo kelseniano.

¿Y Europa misma? Es sabido que el proyecto de un Tratado Constitucional Europeo de 2004 no se realizó. No obstante, los tratados fundadores de la Unión Europea (los Tratados de Roma, Maastricht, Lisboa, etc.) ciertamente pueden considerarse como su constitución y el Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo como su Tribunal Constitucional (47). En particular, la anulación de los actos en virtud del artículo 264 del Tratado de Funcionamiento de la UE muestra muchos paralelos a la anulación de las leyes en virtud del artículo 140 de la Ley de la Constitución Federal de Austria. En la literatura europea, la Comisión Europea es descrita a

(44) Walter (1997)

(45) Heller (2010, p. 74). El panorama que aquí se da sigue a Haase/Struger (2009, p. 66). Para Alemania, véase además Borowski (2003) con otras citas.

(46) Weiderman (1985) cit.

(47) Esta frase probablemente se remonta a Ipsen (1972, p. 361).

menudo como “guardiana de los Tratados”. Esta imagen es tan engañosa como la que el presidente del Reich alemán podría ser el guardián de la constitución. Si uno se mantiene en la posición de Kelsen, entonces el papel de un “guardián de los tratados” es mucho más apropiado para el Tribunal de Justicia Europeo.

V. Bibliografía

Borowski, M. (2003). The Beginnings of Germany’s Federal Constitutional Court. *Ratio Juris* 16 (pp. 155-86).

Diner, D. y Stolleis, M. (eds.) (1999). *Hans Kelsen and Carl Schmitt: a Juxtaposition*. Gerlingen: Bleicher.

Elliott, M. (2003). Embracing “Constitutional Legislation: Towards Fundamental Law? *Northern Ireland Legal Quarterly*. 54(1) (pp. 25-42).

Ermacora, F. (1967). *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht*, Wien: Berger y Söhne.

Haase, Gudrun und Katrin Struger (2009). *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa*. Wien: Verlag Österreich.

Heller, K. (2010). *Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Wien: Verlag Österreich.

Ipsen, H. P. (1972). *Europäisches Gemeinschaftsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Jablonek, C. (2011). Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Zuge des Staatsumbaues 1918 bis 1920. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 1* (pp. 213-227).

Jellinek, G. (1885). *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien: Hölder.

Kelsen, H. (1914). Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (pp. 202-45 390-438).

Kelsen, H. (1919). Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutscherösterreichs. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1 (pp. 98-122).

Kelsen, H. (1929). Mitbericht [zum Beratungsgegenstand: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit]. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Vol. 5. Berlin/Leipzig: de Gruyter (pp. 30-84). Reimpreso: R. Christian van Ooyen (ed.) (2008). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Tübingen: Mohr Siebeck (pp. 1-57).

Kelsen, H. (1931). Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, VI (pp. 576-628). Reimpreso: R. Christian van Ooyen (ed.) (2008). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Tübingen: Mohr Siebeck (pp. 58-105).

Merkel, A. (1919). *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Einkritisch-systematischer Grundriß*. Wien, Leipzig: F. Deuticke.

Öhlinger, T. (2003). The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation. *Ratio Juris*, 1 (pp. 206-222).

Olechowski, T. (2009). Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung. En R. Walter et al (eds.), *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit*. Wien: Manz (pp. 211-230).

Olechowski, T. (2010). Grundrechte und ihr Schutz in der Habsburgermonarchie, *Österreichische Richterzeitung*, 88 (pp. 30-37).

Olechowski, T. (2013). Hans Kelsen als Mitglied der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung. En M., Jestaedt (ed.). *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck (pp. 11-27).

Osterkamp, J. (2009). *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920-1939). Verfassungsidee - Demokratieverständnis - Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

Osterkamp, J. (2011). Verfassungshüter ohne politischen Rückhalt. Das tschechoslowakische Verfassungsgericht nach 1920 im Vergleich mit Österreich. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 1* (pp. 275-290).

Paulson, S. (2003), Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings. *Ratio Juris* 16 (pp. 223-239).

Rumpler, H. y Urbanitsch, P. (eds) (2000). *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*. Vol. VII: *Verfassung und Parlamentarismus*. Wien: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.

Schelle, K. y Tauchen J. (2009). *Grundriss der Tschechoslowakischen Rechtsgeschichte*. München: Verlag Dr. Hut.

Scheppele, K. L. (2003). Constitutional Negotiations. Political Contexts of Judicial Activism in Post-Soviet Europe. *International Sociology* 18(1) (pp. 219-38).

Schmitt, C. (1931). *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck. Reprinted Berlin: Duncker&Humblot (1996).

Schmitz, G. (2003). The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920. *Ratio Juris* 16 (pp. 240-265).

Schulz, M. (2010). Verfassungsgerichtsbarkeit im globalen Kontext. *Giga-focus* 5 (pp. 1-8).

Sellert, W. (1990). Richterliches Prüfungsrecht. En Adalbert Erler et al. (eds), *Handwörterbuch zu Deutschen Rechtsgeschichte*. Vol. IV. Berlin: Erich Schmidt Verlag (pp. 1050-1054).

Spáčil, M. (2008). *Ústavní Soud České Republiky. The Constitutional Court of the Czech Republic*. Brno: published by the Czech Constitutional Court.

Stolleis, M. (2003). Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic. *Ratio Juris* 16 (pp. 266-280).

Stourzh, G. (1982). Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie. En Hans Kelsen-Institut (ed.), *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftliche Diskussion*. Wien: Manz (pp. 7-29).

Stourzh, G. (1989). *Wege zur Grundrechtsdemokratie*. Wien-Köln-Weimar: Böhlau.

Stourzh, G. (2011). *Der Umfang der österreichischen Geschichte*. Wien, Köln, Graz: Böhlau.

Triepel, H. (1929). Bericht [zum Beratungsgegenstand: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit]. En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Vol. 5. Berlin, Leipzig: de Gruyter (pp. 2-28).

Urofsky, M. I. y Finkelman, P. (eds) (2002). *Documents of American Constitutional and Legal History*. Vol. I. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

Van Ooyen, R. C. (2008). Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den ‚Hüter der Verfassung‘. En R. C. van Ooyen (ed.), *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Tübingen: Mohr Siebeck (pp. VII-XXIII).

Walter, R. (1997). Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933. En Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (ed.), *Verfassungstag 1997*. Wien: Austrian Constitutional Court (pp. 17-34).

Weidmann, K. W. (1985). *Der Europäische Gerichtshof auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*. Frankfurt am Main: Lang.

Woodhouse, D. (2004). The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court. *Legal Studies* 24 (pp. 134-55).

