Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica*

Theo Öhlinger

Sumario: I. La cooperación de Kelsen en el surgimiento de la Constitución federal. II. La influencia de Kelsen en la interpretación (judicial) de la Constitución. III. El positivismo legal austriaco y la teoría pura del Derecho. IV. La trasformación metodológica de la doctrina y la jurisprudencia.

Las siguientes consideraciones se refieren a la significación e importancia de Hans Kelsen para el Derecho constitucional austriaco. Está significación es sencillamente extraordinaria. Ningún otro jurista ha ejercido en el siglo XX una influencia comparable en este Derecho constitucional en todas sus facetas: legislación constitucional, jurisprudencia constitucional y ciencia jurídico-constitucional.

I. LA COOPERACIÓN DE KELSEN EN EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Kelsen participó en la formación de la Constitución federal de 1920: la importancia de esta cooperación ha sido, no obstante, a veces erróneamente valorada. En los medios de comunicación se designa complacidamente a la Constitución federal austriaca como "la Constitución de Kelsen" o se menciona a Kelsen como "padre" de esta Constitución. Ello no es así ciertamente correcto. La Constitución federal austriaca tiene muchos "padres". Por ello, tampoco es totalmente correcto si, por ejemplo, en el acta fundacional del Instituto Hans Kelsen se dice: "La República

---

* Traducción de Joaquín Brage Camazano.

Conferencia pronunciada en el marco del congreso "Las influencias austriacas en la modernización del Derecho japonés", Viena, 20 de marzo de 2003. El trabajo, de un muy particular interés para México a juicio del traductor por razones que aquí no pueden exponerse (pero especialmente en lo que se refiere a la fuerte tradición positivista-"literalista"), se publica con la debida autorización del profesor Öhlinger, que aquí agradecemos.

debe su Constitución a Hans Kelsen".[1] Austria tendría, sin duda, una Constitución también sin Hans Kelsen, pero ésta tendría en algunas partes un aspecto distinto que la Constitución federal de 1920.

Hans Kelsen fue, al principio, asesor del canciller del Estado Karl Renner y colaborador científico de la Cancillería de Estado.[2] Como tal, preparó una serie de proyectos constitucionales cuya sistemática influyó en todos los demás proyectos.[3] Fue miembro de un Comité de alto rango compuesto de cuatro personas y que fue designado por el Gobierno del Estado en mayo/junio de 1920 para la elaboración de un Proyecto constitucional (junto al canciller Renner, el Vicecanciller Jodok Fink y el Secretario de Estado Michael Mayr).[4] Y Kelsen fue, finalmente, experto de la Subcomisión de la Comisión constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró el texto de la Constitución federal desde el 11 de julio hasta el 24 de septiembre de 1920. Al respecto, se puede comprobar la influencia de Kelsen en la redacción textual de la Constitución federal en puntos esenciales. Sin ningún ánimo de exhaustividad, menciono sólo tres ejemplos notables:

- Se debe a Kelsen la formulación de la segunda frase en el artículo 1 de la Constitución federal, según la cual el Derecho (de la República) emana del pueblo, una formulación con la que la fórmula clásica de que todo poder (estatal) emana del pueblo se transforma en un modo que refleja la teoría del Derecho y del Estado de Kelsen. Este, partiendo de su identificación del Estado con el Derecho, ha desterrado la tradicional terminología del poder tanto del lenguaje del Derecho constitucional positivo como también del arsenal conceptual de la ciencia austriaca del Derecho. Y esto último, desde luego, no siempre para provecho de una solución de los problemas que están tras esta terminología.[5]
- A Kelsen se remonta, o en todo caso así lo narra Adolf J. Merkl,[6] la formulación del principio de legalidad en el artículo 18 de la Constitución federal. De cualquier modo que haya podido ser,[7] en todo caso Kelsen ha marcado de manera totalmente decisiva, con su teoría de la democracia,[8] la concepción de esta

---

[1] Publicado en R. WALTER-C. JABLONER-K. ZELENY (eds.), *30 Jahre Hans Kelsen-Institut*, 2003, p. 107.

[2] Más en detalle, G. STOURZH, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, 1989, pp. 312 y ss.

[3] *Cfr.* A. MERKL, "Hans Kelsen als Verfassungspolitiker", en *JBl* 1931, 385; detalladamente, también STOURZH, nota al pie núm. 2, pp. 317 y ss.

[4] F. ERMACORA, *Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht* (1920), 1967, p. 16.

[5] *Cfr.* R. NOVAK, "Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips", en *ÖVA* 1970, 1, pp. 11 y ss.

[6] MERKL, nota al pie núm. 3, p. 386.

[7] *Cfr.* también STOURZH, nota al pie núm. 2, p. 329.

[8] H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2ª ed.,1929, pp. 69 y ss. *Cfr.* también, al respecto, MERKL, nota al pie núm. 3, pp. 387 y ss.

disposición por parte de la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Esta concepción del principio de legalidad incluye no sólo una vinculación estricta de la Administración a la ley (como se corresponde a una tradición clásica del Estado de Derecho), sino también *una vinculación jurídico-constitucional de la legislación para determinar el actuar de la Administración con suficiente exactitud*.[9] Con ello, la Administración se reduce a una mera "ejecución" de la ley y, así, se transforma en ejecutora de la voluntad popular representada en la ley. El artículo 18 de la Constitución federal se transforma, en esta concepción, en algo específico del Derecho constitucional austriaco, en la "norma central del Estado democrático de Derecho" de Austria.[10]

- El propio Kelsen ha denominado a la jurisdicción constitucional como su "obra más personal".[11] Es sabido que el Tribunal Constitucional austriaco es el Tribunal Constitucional especial más antiguo del mundo y ha influido considerablemente como tal en el desarrollo constitucional en Europa, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX. Por ello, a este modelo austriaco de examen judicial de las leyes se le designa también, sobre todo en los países romanistas, como modelo kelseniano.[12]

  Las actas de la subcomisión constitucional hablan, desde luego, un lenguaje algo diferente. Lo que evidentemente se debe a una sugerencia de Kelsen es la competencia del Tribunal Constitucional para examinar de oficio leyes que el Tribunal Constitucional tiene que aplicar en otro contexto (artículo 140 de la Constitución federal[*]). Los políticos habían previsto sólo una legitimación activa del Gobierno federal y de los Gobiernos de los *Länder* y habían concebido al Tribunal Constitucional, por así decirlo, como el árbitro en las controversias competenciales entre la Federación y los *Länder*.[13] Ellos pudieron apenas haber

---

[9] *Cfr*. H. P. RILL, "Art 18 B-VG", en H. P. RILL-H. SCHÄFFER (eds.), *Bundesverfassungsrecht Kommentar*, 1ª entrega 2001, núms. marginales y ss.

[10] RILL, nota al pie núm. 9, núms. marginales 1 y ss.

[11] H. KELSEN, "Archivaufnahme", en WALTER-JABLONER-ZELENY, nota al pie núm. 1, pp. 89-90.

[12] Véase, por ejemplo, L. FAVOREU, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale*, 1984, p. 21.

[*] Este precepto de la Constitución austriaca de octubre de 1920 decía, en su apartado 1º: "1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de *Land* a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de *Land*, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional" (*Nota del Traductor*).

[13] Th. ÖHLINGER, "Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie", en H. SCHÄFFER *et alii* (ed.), *Festschrift für Melichar*, 1983, pp. 125, 135. El desarrollo reconocible de las ideas aplicables de Kelsen desde las actas de la Cancillería Federal lo describe con exactitud STOURZH, nota al pie

comprendido el alcance de la adición sugerida por Kelsen. Pero fue precisamente esta competencia del Tribunal Constitucional la que se transformó en el motor del ulterior desarrollo de esta institución, e incluso lo transformó, de ser un mero árbitro entre la Federación y los *Länder*, en ser un amplio guardián de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales.[14]

En resumen, Kelsen fue, sin duda, un "importante co-diseñador de la Ley Constitucional federal de 1920".[15] En palabras de Gerald Stourzh,[16] tuvo una "participación muy significativa en la forma de la Constitución federal" y, en cambio, "una participación menor, aunque no pequeña, en su contenido".

II. LA INFLUENCIA DE KELSEN EN LA INTERPRETACIÓN (JUDICIAL) DE LA CONSTITUCIÓN

Pero Kelsen también ha caracterizado considerablemente a la jurisdicción constitucional austriaca todavía de otro modo, en concreto a través de su concepción metodológica.[17] Kelsen se pronunció por una gran prudencia del juez constitucional frente a términos jurídico-constitucionales como "justicia, libertad, igualdad, razón, moralidad, etc".[18] Ahora, sin embargo, algunos de estos términos no son ni siquiera usuales en el Derecho constitucional (justicia, razón, moralidad, a diferencia de, por ejemplo, libertad e igualdad), pero a lo que parece a referirse con ello Kelsen es a la terminología habitual de un catálogo de derechos fundamentales.

Kelsen se opone con gran desconfianza a una terminología tal en la Constitución y aconseja explícitamente evitarla (un postulado algo paradójico, pues convierte a la interpretación del texto constitucional en el criterio de su formulación. Ello es una transformación notable de la teoría neo-kantiana de la ciencia del temprano Kelsen,[19] conforme a la cual ya no es el objeto el que determina el método, sino el método el que determina el objeto). No obstante, en tanto que exista una terminología tal, Kelsen aboga por un acentuado *judicial self-restraint*. Cito literalmente:

---

núm. 2. También ellas tienen su punto de partida en la búsqueda de una garantía contra las leyes contrarias a las competencias.

[14] Th. ÖHLINGER, "Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit", en B.-Ch. FUNK *et alii* (eds.), *Festschrift für Adamovic*, 2002, pp. 581, 592 y ss.

[15] R. WALTER, "Hans Kelsen 1881-1973", en W. BRAUNEDER (ed.), *Juristen in Österreich 1200-1980*, 1987, pp. 290-291.

[16] STOURZH, nota al pie núm. 2, p. 325.

[17] Véase H. KELSEN, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en *VVDStRL*, 5, 1929, pp. 30, 68 y ss.

[18] Véase, por ejemplo, H. KELSEN, "Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts", 1920, pp. 10 y ss.

[19] *Ibidem*, 1123.

> Que… el sentido de la Constitución no puede ser, a través del uso de una palabra tan ambigua y no precisada en detalle como aquella de justicia o una parecida, hacer depender cada ley aprobada por el Parlamento de la libre discrecionalidad de un colegio más o menos arbitrariamente constituido, es algo que se entiende por sí solo.

El Tribunal Constitucional ha seguido al principio este consejo. Es famosa una sentencia de 1928 (el propio Kelsen perteneció al Tribunal Constitucional de 1921 hasta 1930), en la que se trataba de la constitucionalidad de una Ley de Arrendamientos. El Tribunal Constitucional no niega que la regulación en aquel tiempo vigente represente una restricción de la propiedad, que por virtud de la Constitución sólo es admisible en interés público ("bien general"). Sin embargo, lo que sea "en interés público" lo tiene que enjuiciar exclusivamente el legislador parlamentario: "El Tribunal Constitucional debe, sin embargo, rechazar decididamente dar una opinión sobre dicha cuestión". Si se considera el desarrollo de la jurisprudencia en las últimas décadas,[20] se hace claro cuánto se ha alejado, entretanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de esta posición.

III. EL POSITIVISMO LEGAL AUSTRIACO Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Después de 1945, el Tribunal Constitucional, ciertamente, ha continuado sin solución de continuidad el estilo hermenéutico de los años veinte,[21] y también la ciencia del Derecho constitucional le ha seguido *grosso modo*, y ello desde luego con amplia pérdida de aquella profundidad teórica que caracterizó a la posición teórico-jurídica del propio Kelsen.

A. La crítica de Kelsen al positivismo legal

Kelsen ha mostrado muy aguda y claramente, en su Teoría del Derecho, los límites de la funcionalidad de los métodos tradicionales de interpretación jurídica (incluyendo las construcciones dogmático-jurídicas).[22]

---

[20] Véanse las argumentaciones en Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 5ª ed., 2003, números marginales 874 y ss.

[21] Sobre la autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional en esta época, véase M. Welan, "Der Verfassungsgerichtshof— eine Nebenregierung?", en H. Fischer (ed.), *Das politische System Österreichs*, 3ª ed., 1982, pp. 271, 306: Los jueces son "en su mayoría positivistas legales prácticos o, por lo menos, 'comunicadores' y se consideran en su mayoría como 'prisioneros de la literalidad' de la Constitución".

[22] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 346 y ss.; parecidamente, también todavía R. Walter, "Philosophische Hermeneutik und Reine Rechtslehre", en H. Vetter-M. Potacs (eds.), B*eiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1990, pp. 41, 48; restrictamente, en todo caso, en el mismo lugar,

La teoría del Derecho de Kelsen, clásicamente formulada en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, es una teoría estructural del Derecho, no una teoría de la dogmática jurídica ligada a la aplicación. Su contribución a la interpretación y dogmática jurídica consiste, más bien, precisamente en mostrar su falta de "cientificidad": el Derecho "puesto" fija a su aplicación meramente un "marco" que puede reducirse en uno u otro caso a través de los conocimientos de una teoría jurídica estructural, pero de ningún modo puede llenarse por completo (la imagen kelseniana del "marco" es, por su parte, poco nítida, pues mezcla dos aspectos que se deberían haber distinguido claramente en un enfoque jurídico: el campo de juego que el Derecho concede intencionadamente —en el sentido de la "discrecionalidad"—, y aquel "campo de juego" de la interpretación que resulta de la borrosidad del lenguaje del Derecho; aquí se trata sólo de lo último).

La exégesis (interpretación) en el sentido de una jurisprudencia "tradicional" (casuística)[23] no cumple, por el contrario, los estrictos criterios del concepto de

---

p. 51: "En tanto que puedan alcanzarse resultados con los medios de las reglas hermenéuticas establecidas o reguladas, las exigencias de una ciencia objetiva aparecen cubiertas". Esta apariencia engaña: el artículo 6 del Código Civil general no hace de los escritos jurisprudenciales todavía una ciencia exacta con resultados refutables o siquiera verificables, porque la estructura argumentativa de la interpretación lo contradice.

De modo parecido a Walter, también argumenta W. OTT, "Die Reine Rechtslehre als rechtspositivistische Theorie", en WALTER-JABLONER-ZELENY, nota al pie núm. 1, pp. 13, 26: La interpretación literal y la averiguación de lo de hecho querido por el legislador (interpretación histórica subjetiva) pueden "ser proporcionadas por una Ciencia exacta del Derecho"; igualmente, una interpretación teleológica, en tanto que "(permite) obtener el fin de una norma de la literalidad o de los materiales [legislativos]", lo que entonces acaba desde luego, a su vez, en una interpretación literal e histórico-subjetiva. Pero estas son posibles como ciencia exacta.

Sobre ello, obsérvese aquí simplemente lo siguiente: naturalmente, un fenómeno jurídico, por ejemplo, las normas de una ley, se puede investigar bajo puntos de vista gramaticales e históricos, y en este sentido se pueden buscar criterios científicos hasta cierto punto exactos y de este modo precisar el contenido del Derecho dado más allá de una primera impresión. Ello habría que hacerlo en caso de necesidad también a toda costa. Y hay que valorar positivamente que los defensores de una Teoría pura del Derecho no se aparten del seguimiento de este postulado por el hecho de que al respecto no se trate de métodos jurídicos "puros" y, en el caso del análisis histórico, no se trate ni siquiera de un método "normativo" (sobre la gramática como sistema normativo autónomo ("sistema valorativo"), véase A. J. MERKL, "Rezension von Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtstheorie", en *Gesammelte Schriften*, tomo 2, volumen 2º, 2002, pp. 609, 610.) Simplemente: el problema de interpretación arriba en el texto mencionado se puede simplemente reducir con ello, pero no resolver: véase, al respecto, inmediatamente arriba, en el texto principal.

[23] En el concepto de Kelsen, ello es la "interpretación … por el órgano aplicador del Derecho" (*Reine Rechtslehre*, nota al pie núm. 22, p. 346) como "procedimiento espiritual que acompaña al proceso de producción del Derecho en su curso desde un nivel superior a otro inferior, determinado por el

ciencia orientado a las ciencias naturales de Kelsen:[24] no puede verificar o refutar, en un sentido estrictamente científico, con relación a un concreto estado de cosas, el contenido controvertido de una ley, sino sólo plantear argumentos. En tanto que estos argumentos, como en general las cuestiones jurídicas controvertidas, sean contrarios, necesitan una ponderación. Pero porque el peso de los argumentos no se puede medir (cuantificar), una tal ponderación no puede ya conceptualmente ser exacta: los argumentos jurídicos no pueden, por ello, "demostrar" nada, sino sólo "convencer" y "justificar". Pero querer convencer y justificar, es decir, argumentar zetéticamente,[*25] es exactamente lo contrario de la ciencia exacta. Es, como todo práctico del Derecho autocrítico concederá, más arte que ciencia.

B. La reacción de la dogmática constitucional austriaca

La "salida" que la ciencia jurídica austriaca parece haber encontrado, en el ámbito del Derecho público (Derecho constitucional y administrativo), a partir del dilema de la irrenunciabilidad de interpretar las leyes y la falta de exactitud científica de una "jurisprudencia" tal, es el recurso a lo que en el Derecho "puesto" es aparentemente seguro: la literalidad de la ley, en todo caso todavía en conexión con una intención verificable del legislador.[26]

---

superior" (así, OTT, nota al pie núm. 22, pp. 25). Pero, de hecho, también la mayor parte de la literatura científico-jurídica no es, implícitamente, mera "descripción" del Derecho (como Kelsen exigiría de una interpretación "científico-jurídica: *Reine Rechtslehre*, nota al pie núm. 22, pp. 352 y ss), sino que adopta un punto de vista vinculado a la solución concreta de casos. La Ciencia del Derecho que se entiende a sí misma, también siguiendo a la Teoría pura del Derecho, como dogmática jurídica (véase R. WALTER-R. WALTER-H. MAYER, *Bundesverfassungsrecht*, 9ª ed., 2000, números marginales 1 y ss) describe al Derecho desde un punto de vista jurídico, y por tanto adopta una "perspectiva de participante". En el sentido de una ciencia exacta estricta, el Derecho sólo puede observarse "desde fuera". Véase, al respecto, N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch, 1993, pp. 496 y ss.

[24] Correcto, R. THIENEL, "Kelsen", en M. STOLLEIS (ed.), *Juristen*, 2001, pp. 354 y 355. Walter, nota al pie núm. 22, pp. 46 y ss., habla, en este contexto, de un concepto analítico de ciencia.

[*] Es decir, con escepticismo frente a todos los dogmas (*Nota del Traductor*).

[25] Sobre ello, F. WIMMER, "Du sollst argumentieren! —zur Ethik des Überzeugens", en VETTER-POTACS, nota al pie núm. 22, pp. 106, 108 y ss.

[26] Por ello, existe en realidad una conexión causal entre la crítica radical de Kelsen a los métodos tradicionales de interpretación y el positivismo legal tradicional austriaco. *Cfr.*, sobre ello, ya Th. ÖHLINGER, "Bemerkungen zur Verfassungsdogmatik", en *ZVR*, 1978, pp. 257, 259. El teórico determinante de este positivismo de la ley fue Ludwig Adamovich sen., para quien el Derecho constitucional era "Derecho formal estricto" (L. ADAMOVICH, "Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit", en *JBl* 1950, pp. 73, 74); sobre ello, también E. LOEWENSTEIN, "Einfluß und Bedeutung von Ludwig Adamovich (Vater) auf Rechtslehre und Rechtsetzung genereller und individueller Art im Bereich des

1. En lo que se refiere a la literalidad, esta retirada fracasa en la vaguedad e indeterminación del lenguaje humano. Kelsen reconoció esta vaguedad e indeterminación del lenguaje, desde luego sin mucho más que hacer esta aseveración (y de ello deduce que el Derecho no puede determinar concluyentemente su aplicación; véase, antes, más arriba). La renuncia a un análisis profundo del lenguaje y la comunicación como forma existencial del Derecho y como condición para que los hombres se pongan de acuerdo sobre "su" Derecho es, sin duda, un déficit de una teoría del Derecho que surge con una pretensión tan amplia como la Teoría Pura del Derecho. Con ello se conecta también aquella cosificación del Derecho que ya hay que observar en Kelsen,[27] y que en sus sucesores llega incluso a la afirmación de que se puede (y hay que esforzarse en ello) reconocer un "Derecho en sí" fuera de toda interpretación,[28] un paso atrás hacia una teoría del conocimiento no sólo prekantiana, sino también incluso precartesiana (y por tanto, medieval).

öffentlichen Rechts", en R. MACHACEK (ed.), *GS Ludwig Adamovich sen.*, 1990, pp.16 y ss. Sobre la conexión entre la Teoría pura del Derecho y el positivismo de la ley tradicional (teóricamente combatido por Kelsen), véase también, más abajo, la nota al pie núm. 37.

[27] Sobre ello, también B.-Ch. FUNK, "Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre", en *JRP*, 2000, pp. 65, 69 y ss.; St. HAMMER, "Rechtswissenschaft als Argumentation", en J. BUSCH-Ch. KONRATH (ed.), *Schreib-Guide Jus*, 2002, pp. 67-68.

[28] Véase R. WALTER, "Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewußtseinsinhalt", en *ÖJZ*, 1992, p. 281. Ello está en contraposición diametral con el punto de partida crítico de la teoría pura del Derecho: véase O. WEINBERGER, "Reine Rechtslehre zwischen Kritizismus und analytischer Philosophie", en *ZÖR*, 2000, pp. 367, 371 y ss.

La tesis de que el Derecho puede cumplir su función sólo como algo "objetivamente dado, rígido" (así, WALTER, ibídem, p. 283) no fundamenta la conclusión de que el "Derecho en sí" sea reconocible, sino que argumenta que no puede ser lo que no se autoriza que sea [dass nicht sein kann, was nicht sein darf], un teorema no exactamente kelseniano. La ulterior objeción (WALTER, ibídem) de que consiguientemente el "Derecho no existe en tanto que exista algo así como una pérdida de conciencia" es ciertamente observada con todo atino: en tanto que ello significa la "pérdida de conciencia" de todos los hombres, en la realidad ya no hay ningún Derecho, si ya no hay ningún ser vivo con conciencia humana; la pérdida de conciencia de los hombres individuales lleva a aquel Derecho a la extinción que sólo estos hombres conocieron.

Pero esta constatación no contradice la opinión de que el Derecho existe sólo en la conciencia de los hombres. Pero es correcto en esta crítica que el término "conciencia" se entiende mal porque no se trata sólo de una conciencia aislada, sino de una conciencia comunicadora: el Derecho existe en procesos comunicativos (correcto, FUNK, *Rechtswissenschaft*, nota al pie núm. 27; además, B.-Ch. FUNK, "Abbildungs— und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft. Recht und Rechtswissenschaft als Konstrukte gesellschaftlicher Kommunikation", en B.-Ch. FUNK *et alii* [ed.], *Festschrift für Adamovich*, 2002, pp. 111 y ss.): El Derecho se compone de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicaciones. Es, como tal, parte de la sociedad: véase LUHMANN, nota al pie núm. 23, pp. 31 y ss.

2. En lo que concierne a la intención del legislador histórico, también esta es en raras ocasiones claramente demostrable. Por lo general, ello se malogra ya debido a la indeterminación de quién es exactamente el "legislador". Sin duda, no es el representante individual que se expresa en una iniciativa de ley en el Parlamento (asentida). La suposición de que la mayoría parlamentaria, al omitir una oposición explícita, comparte las fundamentaciones formuladas en un proyecto del Gobierno o en cualquier otra iniciativa es una ficción (útil, pero no por ello verdad). Ciertamente, todo argumento deducible de los materiales es de peso, pero no es "científicamente" obligatorio. La historiología aquí de aplicación exigiría bastante más de "pruebas". Pero igualmente en la interpretación histórica de la ley no se trata en verdad "nunca de una investigación fáctica (sociológica) de motivos, sino siempre sólo de razones que den sentido jurídico y que puedan exponerse como razonablemente comprensibles".[29]

3. La reducción de la interpretación (dogmática jurídica) a la literalidad, así como a la intención del "legislador" histórico (vinculado ello con el teorema de poder resolver problemas jurídicos sólo con ello), significó, de hecho, sólo la continuación de aquel positivismo legal ingenuo que caracterizó a la teoría del Derecho y a la jurisdicción austriacas del Derecho público en una tradición que se remonta ampliamente al siglo XIX (este positivismo de la ley tiene su origen, desde luego, en

---

Con esta opinión no se trata de inaugurar y propagar una "emancipación de la ejecución de la legislación" [pero así: R. WALTER, "Demokratie —Probleme ihrer Verwirklichung", en M. AKYÜREK *et alii* (ed.), *Verfassung in Zeiten des Wandels*, 2002, pp. 43, 47 y ss], sino exclusivamente de describir y aclarar de un modo científico, y por ello avalorativo, la realidad (compleja) de la ejecución del Derecho (su estructura comunicativa).

Esta realidad plantea, desde puntos de vista teórico-democráticos, difíciles cuestiones (por ello, correcto, WALTER, ibídem). Pero tales cuestiones no se solucionan por el hecho de que se cierren los ojos ante esta realidad (en este sentido, también FUNK, *Festschrift für Adamovich*, ibídem 121).

Quien quiere adquirir seguridad jurídica a través de una reducción de los métodos hermenéuticos admisibles a la interpretación gramatical e histórico-subjetiva, o bien estrecha el contenido normativo del Derecho preexistente (en cuyo interés, ello siempre puede existir) y adopta una decisión previa a favor de una valoración que esté en juego (en concreto, seguridad jurídica) a costa de otras valoraciones (por ejemplo, justicia) o, si no, afirma autoritariamente un contenido de la ley relevante en el caso concreto sin suficiente análisis de los posibles contra-argumentos. A ambos no corresponde ni el ideal kelseniano de la ciencia exacta (avalorativa) ni el estándar conveniente de la ciencia del Derecho sin más. Que en numerosos casos particulares justamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tome demasiado poco en cuenta los aspectos interpretativos gramaticales e históricos (pero también otros) y, por ello, en la interpretación frecuentemente proceda "fresca y vivaz" (así, WALTER, ibídem) es algo ciertamente del todo correcto. La retirada a un ingenuo positivismo de la ley (ingenuo, porque ignora las condiciones de la posibilidad de interpretación) no es, sin embargo, un remedio generalmente efectivo.

[29] LUHMANN, nota al pie núm. 23, p. 530.

las estructuras estatales autoritarias de Austria:[30] La ley, que todavía hasta el final de la Monarquía era un mandato del *Kaiser*,[31] viene "de arriba" y no se permite a los "súbditos" hacer sutilezas y cuestionar la literalidad de dicho mandato).

Este enfoque se basa, desde luego, en el autoengaño de que la literalidad sea comprensible sin interpretar. Pero el lector se encuentra la literalidad no en sí, sino sólo así como él la entiende.[32] No podemos pasar por encima del límite del lenguaje (ello es una comprensión central del compatriota de Kelsen, y contemporáneo suyo, Ludwig Wittgenstein). La suposición de que la literalidad sea clara enmascara, en tanto que ella no sea clara para todos,[33] esta inevitable precomprensión. Justamente en ello consiste la "ingenuidad" de este tipo de positivismo legal. Ello no significa, evidentemente, que el texto jurídico y la intención de sus "progenitores" no tengan elevada relevancia; simplemente, no son los únicos datos en los que se puede apoyar el aplicador del Derecho, y determinan su decisión, sobre todo, no de manera concluyente. Su fuerza vinculante es, más bien, bastante limitada.

4. Esto ultimo vale en una medida especialmente alta para partes del Derecho constitucional, sobre todo los derechos fundamentales: de una frase como, por ejemplo, "La propiedad es inviolable" (artículo 5 de la Ley Fundamental estatal), una mera interpretación literal puede sacar todo o nada, y en ello hay que estar de acuerdo con Kelsen sin reservas. Y la cuestión de la intención del legislador constitucional se malogra en la elevada edad de esta disposición (1867, véase más abajo, IV). Una interpretación limitada a la literalidad y a la intención histórica se encuentra, por ello, entre la Escila de privar a tales partes de la Constitución de su contenido normativo, y la Caribdis de concebirlas como autorización prácticamente ilimitada de un Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia austriaca de los años cincuenta a setenta anda totalmente a tientas también en este caso: privó a algunas pocas disposiciones de derechos fun-

---

[30] Sobre la tradición estatal de Austria, por ejemplo, W. MANTL, "Liberalismus und Antiliberalismus in Österreich. Eine Spurensuche", en E. BRIX-W. MANTL (eds.), *Liberalismus*, 1996, 15 y ss. El expandido término de los "súbditos normativos" demuestra cuánto continúa teniendo efectos esta tradición en la actual doctrina constitucionalista (A. SOMEK, "Die Ermächtigungsnorm", *www.juridicum.at/forschung/vwp1.htm*, atinadamente lo cualifica como "monstruo conceptual").

[31] La fórmula de promulgación de las leyes decía hasta el fin de la Monarquía: "Con la aprobación de ambas Cámaras del Consejo Imperial acuerdo yo ordenar lo que sigue".

[32] Atinadamente, J. ISENSEE, "Staat im Wort", en J. IPSEN *et alii* (Hrsg), *Festschrift für 180 Jahre Carl Heymanns-Verlag*, 1995, 571, 587. También correcto, M. THALER, "Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung", en B.-Ch. FUNK *et alii* (eds.), *Festschrift für Adamovich*, 1992, pp. 691, 695 y ss.

[33] Naturalmente, en muchos casos hay acuerdo entre los intérpretes de hecho y los intérpretes potenciales de una norma, que en tal caso no se convierte en un problema ni, por ello, en tema de la ciencia del Derecho.

damentales de la Constitución federal de todo contorno. Ello es aplicable de modo totalmente especial al principio de igualdad (artículo 7 de la Ley Constitucional Federal), que se ha transformado en una autorización casi ilimitada para examinar las leyes en su "objetividad" (no ordenada en ningún lugar de la Ley Constitucional).

En el otro extremo, el contenido de una mayoría de las disposiciones sobre derechos fundamentales de la Constitución federal se redujo[34] prácticamente a una insignificancia normativa (frente al legislador).[35] El tradicional positivismo legal austriaco se cubre ciertamente con el *judicial restraint*[36] de Kelsen, desde luego con una fundamentación menos teórico-jurídica que, más bien, teórico-democrática. Ambas permiten a un Tribunal Constitucional (en su función propia de examen de la ley) la casación de una ley sólo cuando esta contradice claramente hasta cierto punto la literalidad y el sentido pretendido de la Constitución.

(También) en este aspecto podría surgir la impresión de que el positivismo legal encuentra una fundamentación en el positivismo teórico-jurídico de la Teoría Pura del Derecho.[37] Austria se ha aislado durante mucho tiempo, con la prosecución sin solución de continuidad del positivismo legal tradicional, en apariencia ennoblecido teórico-científicamente por la Teoría pura del Derecho, respecto a la profunda transformación del concepto de Constitución que en el resto de Europa se constató después de 1945 y que fue una transformación que se basó en parte en un renacimiento de las ideas del Derecho natural, pero sobre todo (y más correctamente) en un (re)descubrimiento de los valores y objetivos básicos del "Estado

---

[34] Véanse las referencias en Th. ÖHLINGER, "Die Grundrechte in Österreich", en *EuGRZ* 1982, pp. 216, 217 y ss.

[35] La significación estatalmente considerada de los derechos fundamentales frente a la Administración se basa en una competencia especial del Tribunal Constitucional para el examen de las resoluciones de las autoridades administrativas (artículo 144 de la Ley Constitucional Federal), que materialmente representa sólo una duplicación del examen contencioso-administrativo desde puntos de vista restringidos ("legalidad", "Denkunmöglichkeit"); véase ÖHLINGER, nota al pie núm. 20, números marginales 725 y ss.

La "Denkunmöglichkeit" es un concepto difícilmente traducible que hace referencia, en principio, a una falsa aplicación de la ley o una aplicación del Derecho totalmente incorrecta (que se equipara a la ilegalidad) (*Nota del Traductor*).

[36] Véase, antes, II.

[37] Sobre ello, véase también G. K. WIELINGER, "Hans Kelsen", en W. MANTL (ed.), *Politik in Österreich*, 1992, pp. 766, 785. F. BYDLINSKI, "Gesetzeslücke, § 7 ABGB und die 'Reine Rechtslehre'", en Ch. FAISTENBERGER-H. MAYRHOFER (eds.), *GS Franz Gschnitzer*, 1969, pp. 101, 104 y ss., ve como otro elemento de unión entre la Teoría pura del Derecho y el ingenuo positivismo de la ley (por él designado como "ideología de la seguridad jurídica" y "creencia en la literalidad de la ley") a la teoría de las lagunas de la Teoría pura del Derecho.

constitucional"[38] en el sentido legitimado a través de la Revolución americana y la Revolución francesa.

IV. LA TRASFORMACIÓN METODOLÓGICA DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Sólo en los tardíos años 70 comienza también en Austria una transformación. El impulso para ello pudo incluso partir no tanto de la ciencia constitucional cuanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es componente del ordenamiento jurídico austriaco ya desde 1958, con lo cual sólo necesitó de un acto de legislador constitucional para congelar su rango como Derecho constitucional frente a la postura defensiva del Tribunal Constitucional.[39] La Convención se ha asegurado un lugar fijo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sólo paulatinamente.

Pero, por otro lado, el Tribunal Constitucional estuvo casi siempre dispuesto a seguir la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal de Estrasburgo (y también por parte de la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos). Ello tenía que conducir a un abismo en la comprensión de las concretas disposiciones de derechos fundamentales en el Derecho constitucional austriaco. Porque a las existencias (muy fragmentadas) de disposiciones de derechos fundamentales en el Derecho constitucional austriaco corresponde, junto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, también todavía el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental estatal de 1867 asumido de la Constitución monárquica. El Tribunal Constitucional ha eludido este abismo interpretando (como se ha dicho, a partir de 1980) también las regulaciones originarias austriacas sobre los derechos fundamentales de un modo parecido a como se interpretaba la Convención Europea de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Estrasburgo. Este estilo muy libre, creador de Derecho (llamado "evolutivo", subestimándolo), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está ahora, desde luego, en insuperable contraposición tanto al ingenuo positivismo legal tradicional como también a la teoría kelseniana de la jurisdicción constitucional.

Paralelamente a este desarrollo de la jurisprudencia de derechos fundamentales,

---

[38] Pero véase G. WINKLERX, "Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen", 1969; W. ANTONIOLLI, "Die rechtliche Tragweite der Bugesetze der Bundesverfassung", en M. IMBODEN *et alii* (Hrsg), *Festschrift für Merkl*, 1970, pp. 33, 39, quien habla programáticamente de un "positivismo totalmente estricto que está pegado a la palabra de la Constitución" (a superar).

[39] BGBl 1964/59. Sobre ello, más en detalle, Th. ÖHLINGER, "Art 50 B-VG", en K. KORINEK-M. HOLOUBEK (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar*, 3ª entrega, 2000, número marginal 7.

el Tribunal Constitucional también ha "descubierto" el potencial de los principios directivos de la Constitución federal, sobre todo del principio del Estado de Derecho. También ello está en contrapuesta antítesis a Kelsen. En tanto que los principios directivos sean formulados en general en el texto constitucional (en este sentido se pueden entender el artículo 1 y el artículo 2 de la Ley Constitucional federal), Kelsen les priva explícitamente de un contenido jurídico relevante.[40]

El principio del Estado de Derecho no es mencionado como tal en el texto constitucional. Por ello, no es ni siquiera mencionado por Kelsen ni en su *Comentario* (1922) ni en su pequeño Manual de Derecho constitucional austriaco (1923). Hoy, tiene una importancia absolutamente central en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto, desde luego, representa una creación del Derecho en un sentido que va más allá de aquel componente creador del Derecho que, precisamente según Kelsen, corresponde a todo acto judicial. Por ello, la imagen de la construcción escalonada ya no se corresponde más con sentencias de este tipo: Las "conclusiones" judicial-constitucionales (artículo 36 de la Ley del Tribunal Constitucional) de este tipo no se pueden entender ya más como "ejecución" de un nivel jurídico supraordenado del Derecho constitucional "puesto", más bien caracterizan la concepción de este nivel jurídico y son respecto de él, por lo menos, del mismo rango, si es que no de rango superior.

Con esta transformación de la jurisprudencia constitucional y una transformación paralela también de la ciencia del Derecho constitucional, Kelsen también ha perdido su rol como "superpadre" del Derecho constitucional austriaco. Hoy hay profesores de Derecho constitucional en Austria que probablemente han ahondado más intensamente en Ronald Dworkin y otros teóricos contemporáneos del Derecho que en Kelsen. Hace unos treinta años, ello hubiera sido algo todavía impensable. Incluso en mi generación, todos hemos comenzado como "discípulos" de Kelsen. Hay, hoy como ayer, un pequeño círculo de profesores de Derecho constitucional que se consideran a sí mismos como seguidores y custodios de la Teoría pura del Derecho (sin, desde luego, atenerse a Kelsen estrictamente en sus trabajos ligados a la praxis).[41] Por ello, hoy predomina una pluralismo metodológico en la ciencia aus-

---

[40] H. KELSEN-G. FROEHLICH-A. MERKL, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, 1922, pp. 65 y ss.

[41] *Cfr*. la crítica de WALTER, *Demokratie*, nota al pie núm. 28, p. 48, a la aplicación del mandato de objetividad, "libremente inventado" (así, explícitamente, WALTER) por el Tribunal Constitucional, por la doctrina, y los numerosos argumentos de apoyo a este "invento" en los trabajos de los autores adscritos por el propio Walter (véase WALTER, en WALTER-JABLONER-ZELENY, nota al pie núm. 1, p. 12) a la Escuela de la Teoría pura del Derecho. Véase, por ejemplo, H. MAYER, "Verfassungsrechtliche Probleme der Prospektkontrolle", en *ÖBA*, 1992, p. 955, que se remite allí, con total despreocupación, a un desarrollo de la jurisprudencia y apoyándose en ello llega a la determinación de una lesión del artículo 7 de la Ley Constitucional Federal.

triaca del Derecho constitucional. Ello hay que valorarlo de un modo totalmente positivo con relación a la ciencia: Si se muestran todos los puntos de vista relevantes para la comprensión de un texto jurídico, ello es tan poco útil para una aparente seguridad jurídica, como digno de saludarse desde la perspectiva de una ciencia "pura".

Más problemático es dicho pluralismo metodológico en la jurisprudencia. De hecho, se encuentran en la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional, en un enfoque metodológico, elementos de una concepción muy formal de la Constitución junto a fundamentaciones muy audaces e imaginativas de sus sentencias.[42] Ello hace a la jurisprudencia imprevisible. No se ha logrado por el Tribunal Constitucional todavía hallar una convincente síntesis de los diferentes planteamientos metodológicos que ha adoptado a lo largo de su (comparativamente larga) historia. Sin embargo, hay absolutamente buenas razones para aconsejar al Tribunal Constitucional una argumentación dogmáticamente más convincente, una vinculación más estricta al texto fijado como Derecho constitucional y una mayor moderación, derivada de lo anterior, frente al legislador parlamentario.[43] En este sentido, las consideraciones de Kelsen sobre la función del examen judicial de las leyes en una democracia parlamentaria[44] merecen ser tomadas en serio, hoy como ayer.[45] Pero un regreso al *judicial restraint* kelseniano de los años veinte, simplemente en el contexto internacional dado,[46] ya no es de esperar. También desde esta perspectiva, la significación de Kelsen se ha transformado.

---

[42] Sobre ello, véase también Th. ÖHLINGER, "Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts", en Ch. BRÜNNER *et alii* (eds.), *Festschrift für Welan*, 2002, pp. 217, 222.

[43] Véase, arriba, nota al pie núm. 28 (último párrafo).

[44] Véase, arriba, II.

[45] Sobre ello, véase también A. SOMEK, "Intuitives Verfassungsrecht. Eine Exegese zur Ordnungssystemjudikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs", en B. FELDNER-N. FORGÓ (eds.), *Norm und Entscheidung*, 2000, pp. 253, 279.

[46] A ello corresponde, además del ya mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con una jurisprudencia todavía más libre y creadora del Derecho. Sobre ello, Th. ÖHLINGER, "Gesetz und Richter unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts", en P. HÄNNI (ed.), *Festschrift für Fleiner*, 2003, p. 719.