

EL RECURSO DE AMPARO EN EL MODELO KELSENIANO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, ¿UN ELEMENTO ATÍPICO?*

Alfonso HERRERA GARCÍA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El modelo kelseniano “puro” de jurisdicción constitucional*. III. *El modelo sistematizado: los argumentos extensivos de la jurisdicción constitucional en las tesis de Kelsen*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo debe comenzar con una afirmación que, desde una perspectiva descriptiva, no debería dejar espacio a la incertidumbre. No es controvertido que un recurso para el amparo de derechos es un elemento del modelo “kelseniano” o “europeo” de la justicia constitucional que opera en distintos ordenamientos jurídicos. Basta considerar los ejemplos de algunas Constituciones europeas vigentes para asumir que un recurso de este tipo cabe en sistemas concentrados de justicia constitucional. En efecto, varios tribunales constitucionales europeos, además de controlar la ley, al propio tiempo son responsables de alguna clase de tutela directa y reforzada de los derechos fundamentales.¹

* Este ensayo ha sido elaborado en el marco del seminario: “El papel de los tribunales constitucionales en Europa”, celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), en junio de 2008. Su objeto forma parte de una investigación más amplia, relativa al control de constitucionalidad de la ley a través del recurso de amparo español, objeto de la tesis doctoral del autor. Dejo constancia de mi agradecimiento a las autoridades académicas y administrativas del *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg), por todas las facilidades prestadas para que la realización de este trabajo fuera posible.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Autónoma de México y por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid). Correo-e: jalfonso.herrera@gmail.com.

¹ Para exposiciones monográficas de las diversas maneras en que un recurso de amparo se ha configurado en Constituciones europeas, véase el capítulo segundo del libro: VV. AA., *El*

Sin embargo, lo que en la actualidad sea el modelo “kelseniano”, “europeo” o “concentrado” de justicia constitucional, puede ser entendido de diversas maneras. Además, cabe pensar que la pregunta que encabeza el interés de este trabajo puede plantearse sobre la base de distintas premisas.

Aquí pretendo analizar si es posible justificar la compatibilidad de un recurso de amparo o de “queja constitucional” (para utilizar la traducción literal de la institución alemana de la *Verfassungsbeschwerde*) como elemento de un modelo concentrado de justicia constitucional desde una doble perspectiva: *originalista* y técnico-jurídica. Para ello, se hace necesario tomar en consideración dos modos de entender ese “modelo”: en primer lugar, el modelo que Kelsen diseñó en la Constitución austriaca de 1920, y, en segundo lugar, el modelo que cabe sustraer de los textos en que Kelsen escribió sobre la “garantía jurisdiccional de la Constitución”.

¿Por qué un análisis como éste debería tener interés en el estudio actual de la justicia constitucional? En mi opinión, hay razones de suficiente peso y que deben por ello seguir siendo discutidas a la hora de hacer frente a transformaciones institucionales al respecto. Para empezar, una Constitución puede atribuir a la jurisdicción constitucional, con mayor o menor amplitud, tantas materias cuantas hayan sido concertadas por el poder constituyente. Pero ello no significa (es una premisa de la que aquí se parte) que toda Constitución sea perfectamente coherente en el ensamblaje técnico de su jurisdicción constitucional. La institucionalización de sus medios de defensa, mediante la asignación de competencias al tribunal constitucional, puede incurrir en excesos, desequilibrios o inconsistencias estructurales. Es posible también que la ley reguladora de la jurisdicción constitucional, tratando de seguir las pautas (en principio, lógicas) de la Constitución, pueda plantear disyuntivas de sistemática institucional.

La complejidad de las normas institucionales se maximiza cuando el poder constituyente no define con exactitud las competencias del tribunal constitucional (por las motivaciones políticas que fueren) en el texto de la

derecho de amparo en el mundo, en Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-Gregor E. (coords.), México, Porrúa-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006. Para un enfoque más general de los sistemas europeos de justicia constitucional, en algunos de los cuales se cuenta con un recurso individual de amparo, véase el libro colectivo: VV. AA., *La giustizia costituzionale in Europa*, en Olivetti, M. y Groppi, T. (eds.), Milano, Giuffrè, 2003. Para un semejante propósito, pero orientado a los sistemas de países del centro y del este europeo, puede verse: VV. AA., *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, en Luchterhandt, O. et al. (eds.), *Teilband I: Berichte, Baden-Baden*, Nomos, 2007; donde también pueden consultarse las características normativas de este recurso, ahí donde dentro de esa región existe.

Constitución. Una competencia como la de amparo de derechos fundamentales no está exenta de sufrir esta circunstancia de incertidumbre: sus alcances pueden no ser suficientemente claros, especialmente frente al campo de actuación de otros tribunales. No se quiere decir, sin embargo, que la institucionalización de esta competencia, o de otras que se hallen en manos del tribunal constitucional, deban ser taxativas. A lo que me refiero es que una falta de claridad terminológica de esa institucionalización, incrementa los problemas de operatividad del tribunal constitucional y dificulta también la comprensión de sus funciones en el sistema constitucional.

Este diagnóstico no debe considerarse de menor importancia, al menos por dos razones. En primer lugar, porque la articulación de la jurisdicción constitucional es crucial para la construcción de su legitimidad y para acrecentar sus posibilidades de éxito dentro del sistema constitucional.² En segundo lugar, en cuanto específicamente concierne al recurso de amparo, tal articulación también es determinante porque define la posición desde la cual el tribunal constitucional defiende los derechos fundamentales (si se conviene en que ésta es también una de las funciones a las que debe su existencia). De este modo, puede comprenderse que la forma y el número de las competencias de un tribunal constitucional tienen que ser cuidadosamente reflexionados en el momento de configurar una jurisdicción constitucional al estilo “kelseniano”.

Ahora bien, dentro del contexto europeo, que es en el que me voy a situar en este trabajo, puede que el concepto “recurso de amparo” no sea del todo evidente en un plano dogmático con pretensiones de generalidad. Entenderé por “recurso de amparo” aquel que, a modo de queja individual, forma parte del conjunto de vías de acceso a la jurisdicción del tribunal constitucional. Esa queja individual constituye una tutela de acceso directo al tribunal. En términos generales, las condiciones para habilitar el acceso directo de los individuos al tribunal constitucional sólo se presentan cuando se han agotado todas las instancias de una jurisdicción ordinaria (o *no-constitucional*) en que se hubiere alegado la presunta vulneración de derechos fundamentales (principio de subsidiariedad). En consecuencia, la protección que el tribunal constitucional dispensa a los derechos fundamentales es *reforzada*, en cuanto se pronuncia sobre cuestiones que han sido examinadas en

² En efecto, como se ha afirmado, la legitimidad y la efectividad de la justicia constitucional, como las de cualquiera otra función jurisdiccional, se juega también en una articulación procesal satisfactoria. *Cfr.* Díez-Picazo, Luis María, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, enero-abril de 1994, p. 24.

instancias previas por tribunales ordinarios.³ Por regla general, esa *tutela reforzada* versa sobre la protección del derecho fundamental a la luz de la Constitución, debiéndose dejar de lado cuestiones que han sido dilucidadas sobre la base de legislación *infraconstitucional*. Aún más, el recurso de amparo comporta no un control abstracto de validez de las leyes, sino el examen de casos concretos, en los cuales la mayoría de las veces no se llega a discutir un problema de contradicción normativa. Se trata de evaluar si la actuación (o, eventualmente, una omisión) de los poderes públicos ha sido desarrollada conforme al contenido de los derechos, tal como éste se considera reconocido por la Constitución. En la actualidad, ejemplos emblemáticos de este tipo de recurso en la Europa occidental son los que existen en Alemania y España.

Se afirma con mucha frecuencia que el recurso de amparo es un elemento “extraño”, “impropio” o “atípico” del modelo kelseniano de jurisdicción constitucional.⁴ Bajo este concepto, la técnica procesal destinada al amparo

³ El carácter «reforzado» de la tutela que dispensa una jurisdicción constitucional a los derechos fundamentales, es un calificativo cuya introducción se ha atribuido a Mauro Cappelletti. Véase su clásico libro: *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, Giuffrè, , 1955, pp. 6 y 16. Puede consultarse también la conocida traducción al castellano de este libro: Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad; con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, trad. y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de H. Fix-Zamudio, México, UNAM-Instituto de Derecho Comparado, 1961, pp. 5 y 13.

⁴ Así, en España, García de Enterría ha señalado que el amparo es una de las competencias del Tribunal Constitucional que contribuyen a situarlo “al margen de la pureza institucional kelseniana”, García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 59. En ese mismo tenor, Pedro de Vega ha afirmado que el recurso constitucional de amparo “marca una separación importante de la concepción kelseniana pura” de la jurisdicción constitucional, *cfr.* Vega García, Pedro de, “De la Constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, en VV. AA., *La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, p. 230. Más generalmente, para Luciani, en un modelo teóricamente abstracto/concreto (el modelo “austriaco”), el acceso directo de los individuos a la justicia constitucional es “incompatible” con él; *cfr.* Luciani, Máximo, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, p. 236. En similar dirección, Rubio Llorente ha sostenido que el recurso de amparo “no encaja fácilmente en el esquema kelseniano (al menos en cuanto no vaya dirigido precisamente contra una ley) y debe su origen más bien a la tradición histórica de cada país, o simplemente a la imitación de lo ajeno”, Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, mayo-agosto de 1992, p. 27. En semejante sentido, para Cruz Villalón el recurso de amparo: “[...] no es un elemento típico de la justicia constitucional, sino más bien una *singularidad* de determina-

individual de derechos, no pertenece a la esencia de la justicia constitucional (que es el control de las leyes), sino que se consideraría como una competencia “añadida” del tribunal constitucional.⁵ Pero, ¿cuán fiel es esta posición doctrinal a la idea kelseniana de la jurisdicción constitucional?

El objeto de este trabajo es sugerir algunos argumentos que sirvan a poner a prueba la contundencia de esa extendida tesis.⁶ Para ello, proseguiré de la siguiente manera. Primero, expondré aquello que de las tesis fundamentales de Kelsen pueda ser considerado como un modelo “puro” de jurisdicción constitucional concentrada (II). Después, destacaré los argumentos que afirman que ese modelo consiste esencialmente en control de constitucionalidad de las leyes (II.1). Posteriormente, rescataré el contexto originario del modelo en relación con el recurso individual de amparo (II.2) y los argumentos sistemáticos de Kelsen (III) que, en mi opinión, apoyan tanto una *relativización* como una *amplitud* de su idea de jurisdicción constitucional concentrada. Finalmente, sobre estas bases, formularé la reflexión conclusiva de este trabajo (IV).

dos ordenamientos (Alemania, Austria, Suiza)” (énfasis del autor): Cruz Villalón, Pedro, “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador”, en VV. AA., *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 117. En un trabajo más reciente, la tesis central vuelve a ser la “anomalía”, “extrañeza” o “inconsistencia estructural” del amparo en el sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, *cfr.* Villaverde Menéndez, Ignacio, “Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los tribunales constitucionales”, en Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Fundamentos 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo, 2004, principalmente pp. 359-367. Tesis que en algún sentido es más extrema en: Borrajo Iniesta, Ignacio, “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, Madrid, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 159-161, para quien: “[...] el modelo kelseniano no sirve para dar explicación de la jurisdicción constitucional de amparo” (p. 161).

⁵ Así, por ejemplo, en el concepto de Pérez Royo, Javier, *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 72.

⁶ Merece la pena llamar aquí la atención sobre lo siguiente. Nótese que no se pone en cuestión si doctrinalmente puede o no hablarse de un modelo “puro” de tribunal constitucional, haciéndose corresponder este concepto con la exclusiva función que este tribunal detente en materia de control de constitucionalidad de las leyes [Como legitimamente lo hace, por ejemplo, Víctor Ferreres Comella, “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism”, *Texas Law Review*, núm. 82, 2004, pp. 1707 y 1708]. La cuestión a la que aquí me refiero es si un tal modelo “puro” de tribunal constitucional se corresponde con el pionero modelo “kelseniano” de la jurisdicción constitucional, tal como dicho modelo fue acogido en la Constitución austriaca de 1920, y posteriormente explicado por Kelsen en sede dogmática.

II. EL MODELO KELSENIANO “PURO” DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El llamado modelo “europeo” o “kelseniano” de control de constitucionalidad es el punto de referencia frente a cuyos postulados se analizará la aptitud de compatibilidad de un recurso individual de amparo. Con este propósito, me aproximaré a las circunstancias históricas del “contexto kelseniano” y también llamaré la atención, principalmente, sobre los argumentos de Kelsen en el más importante de sus trabajos en esta materia: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*.⁷ Como es conocido, este trabajo fue publicado en 1928, esto es, poco tiempo antes de que Kelsen culminara sus funciones como magistrado del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) de Austria.⁸ En ese estudio, esgrime las grandes líneas de su pensamiento en torno a la jurisdicción constitucional. Como él mismo afirmó en sus primeras palabras de esa contribución, en ella

⁷ Originariamente publicado en francés como: Kelsen, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », trad. Charles Eisenmann, *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, t. 45, pp. 197-257. Con posterioridad aparecido en: *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929, pp. 52-143; y como ponencia de Kelsen a la reunión de la asociación de profesores alemanes de Derecho Público, en abril de 1928, publicada como “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, Berlin, Walter de Gruyter, 1929, pp. 30-88. Este último texto se recoge en: Kelsen, Hans et al., *Die Wiener rechtstheoretische Schule; ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, en Klecatsky, H. et al. (eds.), Wien, Europa Verlag, 1968, pp. 1813-1871. Por lo que aquí se cita, véase la traducción al español: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001 [Recientemente revisada por D. García Belaunde en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, núm. 10, julio-diciembre de 2008, 2008, pp. 3-46]. Esta traducción fue realizada a partir del texto en francés publicado en el referido *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*. En adelante, citaré este texto sencillamente como: *La garantía*.

⁸ El desempeño de Kelsen como juez constitucional es poco conocido. Por ello, resulta de especial interés el trabajo de: Walter, Robert, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter* (2005), Wien, Manz; en donde el autor reseña la vida de Kelsen como miembro del *Deutscher Reichsrat* (1919-1920) y del *Verfassungsgerichtshof* (1920-1930). Es de interés también el trabajo de: Neschwara, Christian, “Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispenschen-Kontroverse”, Paulson S. L. y Stolleis, M. (eds.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 353 y 384. En castellano, resulta ilustrativa la narrativa de esta faceta de la vida de Kelsen en la clásica aportación de: Métall, Rudolf Aladár *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de J. Esquivel, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1976, especialmente pp. 54-63 y 126.

se ocupó de las cuestiones teóricas y prácticas de la “garantía jurisdiccional de la Constitución”, es decir, respectivamente, la “naturaleza jurídica” de la institución y los mejores medios para conseguir su realización.⁹

¿Qué lineamientos hay que tomar en consideración al hablar de un modelo kelseniano “puro” de jurisdicción constitucional? Situándonos principalmente en el marco y en la circunstancia de ese trabajo, es posible distinguir dos órdenes de argumentos. Por un lado, se encuentran las consideraciones que afirman el carácter *esencial* del control de constitucionalidad de las leyes como competencia del tribunal constitucional. Por otro lado, se hallan argumentos sobre la base de los cuales se justifica una aptitud extensiva de las competencias del tribunal constitucional en relación con circunstancias de diverso signo (políticas y técnico-jurídicas, fundamentalmente). En seguida me ocuparé de reconstruir ambas ideas.

1. *La esencialidad del control de la constitucionalidad de la ley*

Es realmente poco controvertido que la idea de Kelsen acerca de la jurisdicción constitucional significa, en su núcleo, garantías de la Constitución frente a las leyes. Esto quiere decir que el objeto central de su teoría son las “garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a

⁹ Véase *La garantía*, *cit.*, pp. 9 y 10. Más tarde, en su réplica a Carl Schmitt de 1931, Kelsen abundaría en el porqué es correcto utilizar el vocablo “garantía” (*Garantie*). Por regla general, se habla de “garantía” porque entraña la función de defensa de la Constitución contra sus violaciones, función que se realiza a través de la verificación de un hecho que la contradice, y que en el concepto de Kelsen debe llevar a cabo un tribunal constitucional. Si la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, “garantía constitucional” (*Verfassungsgarantie*) significa generar seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. *Cfr.* Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 3-5. Este otro trabajo clásico fue publicado originariamente como: “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *Die Justiz. Monatsschrift für Erneuerung des Deutschen Rechtswesens; zugleich Organ des Republikanischen Richterbundes*, t. 6, Berlin-Grunewald, Dr. Walther Rothschild, 1930/1931, pp. 576-628. También puede encontrarse como publicación independiente (en donde Kelsen incorporó un párrafo introductorio no aparecido en la versión publicada en *Die Justiz*): *cfr.* Berlin-Grunewald, Dr. Walther Rothschild, 1931; reimpresso en: Kelsen, Merkl, y Verdross, *cit.*, pp. 1873-1922. Las versiones españolas de este texto y el de Carl Schmitt, en torno a los cuales se suscitó la histórica polémica entre ellos, se encuentran ahora recogidos conjuntamente en: 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?*, trad. M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 2009, precedidos por un estudio preliminar de G. Lombardi.

la Constitución”.¹⁰ Como es suficientemente sabido, este modo de concebir el control de regularidad de las leyes es una consecuencia intrínseca de los conceptos subyacentes a su *Teoría pura del derecho (reine Rechtslehre)*. No es de interés desarrollar aquí la coherencia lógica entre la teoría que explica la estructura jerárquica del ordenamiento y la que sostiene la garantía jurisdiccional de la Constitución.¹¹ Lo que sí va a importar es incidir en la cuestión relativa a si la tesis del exclusivo control de la ley se corresponde con los fundamentos de la jurisdicción constitucional kelseniana.

No puede ignorarse que, en Kelsen, la problemática de la jurisdicción constitucional está principalmente comprendida por la problemática que plantea la contradicción normativa “leyes *versus* Constitución”.¹² Ahora bien, tampoco puede soslayarse que inmediatamente después Kelsen aclaró que otras normas de carácter general, dentro de las cuales la ley es una

¹⁰ *La garantía, cit.*, pp. 15 y 59.

¹¹ Se refieren a esta idea, por ejemplo: Bongiovanni, Giorgio, “*Rechtsstaat* and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen’s contribution”, en Costa P. y Zolo, D. (eds.), *The rule of law. History, theory and criticism Dordrecht*, Springer, 2007, pp. 310-313; Prieto Sanchís, Luis “Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”, en Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Fundamentos 4. La rebelión de las leyes, cit.*, pp. 88 y ss.; Öhlinger, Theo, “The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003, pp. 216 y 217; Caravita, Beniamino, *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale austriaca*, Padova, Cedam, 1985, p. 65; Giovannelli, Adriano, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 253-255.

¹² *Cfr.* García de Enterría, *cit.*, pp. 57-59. Por esta razón, afirma este autor que, para Kelsen, el tribunal constitucional no es propiamente un tribunal, sino un órgano legislativo: limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y a eliminar a las no compatibles. Es un órgano que abroga leyes hasta ese momento eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de las sentencias anulatorias de sus sentencias, fuerza *erga omnes* que tiene una naturaleza puramente legislativa (véanse las pp. 131 y 132). Al mismo respecto, *cfr.* Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-abril de 1988, en especial pp. 22-24. Efectivamente, el propio Kelsen llega a expresarlo con claridad: “[...] el control de constitucionalidad de las leyes [...] es una función legislativa y no una pura función judicial”; *cfr.* Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, 1942, p. 200. Una versión española de este texto puede verse como: Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”, trad. D. García Belaunde, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre de 2009, México, Porrúa-IIDPC, pp. 3-17. Esta última versión es un texto revisado del originariamente publicado en: *Ius et Veritas*, Lima, Perú, núm. 6, junio de 1993, pp. 81-90.

especie, son también susceptibles de control de regularidad constitucional. Con tono prescriptivo, observó la necesidad de “extender” el control de regularidad a “reglamentos con fuerza de ley”.¹³ El presupuesto lógico de este otro objeto de control es, sin embargo, el mismo que el de las leyes: en cuanto estos reglamentos son actos inmediatamente subordinados a la Constitución, sobre su validez pesa la necesidad de controlar su regularidad, es decir, un deber institucional de controlar su constitucionalidad.¹⁴

Esta idea bastaría para desvirtuar un concepto comúnmente asumido sin matices: que Kelsen estuviera en desacuerdo con que la jurisdicción del tribunal constitucional fuera más allá del control del legislador. Pero la ampliación de esta jurisdicción al control del Poder Ejecutivo obedece a que tanto el Ejecutivo como el Legislativo son poderes creadores de “actos generales”, actos que deben directa obediencia a la Constitución. Es decir, ambos poderes crean normas jurídicas cuyo control es preciso porque a hacerlo, en ambos casos, su actuación se halla inmediatamente subordinada a la ley fundamental.

En lo tocante a los actos jurisdiccionales, Kelsen se expresa de la siguiente manera. La regularidad de estos actos se encuentra garantizada, casi sin excepción, por la estructura jerárquica de las instancias jurisdiccionales. En la sola independencia de los tribunales se ve satisfecha la garantía de regularidad de los actos de la jurisdicción.¹⁵ El mero hecho de que un acto ju-

¹³ Cfr. *La garantía*, cit., p. 61

¹⁴ *Idem*. Véase, también: Kelsen, op. cit., pp. 183 y 184, en donde incluso afirma que en un sistema jurídico en donde la creación de reglamentos se hace depender directamente de la Constitución, su control constitucional es incluso más importante que el propio control constitucional de las leyes.

¹⁵ *La garantía*, p. 48. Esta afirmación puede plantear perplejidad frente a la tesis según la cual la introducción de un tribunal constitucional de inspiración kelseniana tiene un elemento de justificación en la desconfianza hacia los jueces, y hacia su independencia, en una fase de transición política. En España, por ejemplo, el argumento de la desconfianza a los jueces (entre otras razones, también por la falta de independencia que, en general, caracterizó su actuación durante el régimen franquista), es frecuentemente invocado para explicar la necesidad del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978 que, además, se constituyó orgánicamente al margen del poder judicial [En esta dirección, véanse, por ejemplo: Tomás y Valiente, Francisco, “Poder judicial y Tribunal Constitucional”, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, pp. 74-76; Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 146 y 147]. Pero volviendo a Kelsen, si él se manifestaba suficientemente satisfecho con la independencia de los jueces en la realidad socio-política en la que escribe, es legítimo pensar que esta circunstancia en realidad no aportó mucho a la justificación y necesidad del Tribunal Constitucional austriaco de 1920 ¿Por qué entonces si confiaba plenamente en la independencia de los jueces se mostró contrario a un control descentralizado de constitucionalidad de las leyes? En el núcleo de

rídico sea realizado por un tribunal implica una garantía suficiente de regularidad. En principio, que esta regularidad incida inmediata o mediatamente en un tema de constitucionalidad no es un motivo suficiente para sustraer tales actos de la jurisdicción de derecho común y atribuir su conocimiento a un tribunal especializado en materia constitucional.¹⁶

Pero esta aparente toma de posición respecto de lo innecesario que resulta el control constitucional de la actuación judicial no es contundente. El propio Kelsen no pudo evitar la matización de este punto, si bien con un ánimo que no demerita sus conceptos de base. En un epígrafe de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en que desarrolla “el procedimiento del control de constitucionalidad”, ya sostuvo que era muy oportuno permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo oponerse a los actos de las autoridades públicas, en concreto, a las resoluciones judiciales o los actos administrativos. Puede que esas resoluciones judiciales o actos administrativos sean perfecta e inmediatamente regulares, pero que hayan sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. En estos casos, el control de las resoluciones de los jueces se justifica en la medida en que aplican normas (leyes o reglamentos) que adolecen de irregularidad constitucional.¹⁷

Este argumento puede utilizarse para consolidar la tesis según la cual el contenido de la propuesta kelseniana es la centralización del control normativo. Que se admita aproximar el recurso de inconstitucionalidad a una especie mediatizada de *actio popularis* contra actos judiciales, inmediatamente regulares pero mediatamente inconstitucionales, es una situación especial que, sin embargo, persigue el mismo objetivo teórico: abrir las posibilidades de la activación procesal sólo para centralizar el control de cons-

la respuesta se encuentra no el problema de la independencia judicial sino otras razones de fondo, entre las que destaca el peligro que hubiera significado la falta de seguridad jurídica en la aplicación de las leyes cuyo contenido fuese constitucionalmente controvertido. El escenario de la inseguridad jurídica era la indeseable consecuencia del sistema difuso de control que Kelsen, con su modelo, pretendía evitar. *Cfr.* Kelsen, *op. cit.*, pp. 185 y 186.

¹⁶ *La garantía, cit.*, p. 68.

¹⁷ *Ibidem*, p. 89. Esta propuesta de *constitutione ferenda* fue acogida por la Constitución austriaca tras su importante reforma de 7 de diciembre de 1929. Este procedimiento de control, hoy conocido como “cuestión de inconstitucionalidad”, fue explicado nuevamente en los Estados Unidos por Kelsen (*op. cit.*, pp. 194-196), en donde aclaró que los litigantes privados podían solamente *sugerir* el control de constitucionalidad sin que les asistiera, propiamente, un derecho de acción procesal. También recuerda que en Austria el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes sólo podía ser instado por altos tribunales: por el Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) o por el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*).

titucionalidad de leyes supuestamente irregulares y evitar así los efectos dañosos que pudiera causar su aplicación en casos concretos.¹⁸ En efecto, una importante consecuencia que de ello resulta es el impedimento del control descentralizado de las leyes en manos de los jueces, es decir, el temido “gobierno de los jueces”, que fue rechazado en Europa desde el corazón de los dogmas de la doctrina jurídica de la época.¹⁹

Llegados a este punto, es obligado confirmar que el motor principal de la jurisdicción constitucional es el control de la legislación. La razón de ser del tribunal constitucional originario es concentrar el control de regularidad de las normas jurídicas.

2. *El modelo constitucionalizado: la apertura competencial de la jurisdicción del Tribunal Constitucional*

Tanto en la realidad como en la teoría de Kelsen hay aspectos que, sin embargo, apoyan una concepción extensiva de las competencias de la jurisdicción constitucional concentrada. Ésta es una idea que bien podría obtenerse, pero no únicamente, a partir de *La garantía jurisdiccional de la Constitución*.

Los acontecimientos históricos precedentes a la Constitución de 1920, como no podría ser de otra manera, también fueron decisivos para el modelo de tribunal constitucional que se creó en dicha Constitución. El modelo originario del tribunal constitucional austriaco tuvo las características que configuró su principal creador, pero en conjunción con un buen número de competencias heredadas del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*). Kelsen tomó en buena consideración dichas competencias principalmente por motivos de coherencia histórica y, en algunos otros casos, como consecuencia del impacto que supuso la dialéctica de las fuerzas políticas en el momento

¹⁸ En efecto, propiamente dicho, “[...] no se trata de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del tribunal constitucional [...]” [*La garantía, cit.*, p. 89]. Así, el soporte teórico de esta concreta posibilidad no se debe exactamente a la atención del interés jurídico de los particulares, sino al interés público que entraña salvaguardar la constitucionalidad del ordenamiento. En este sentido, Kelsen asume que, una vez conocida la opinión del particular “se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación”: *La garantía, cit.*, p. 89. Insiste en este punto en: Kelsen, *op. cit.*, pp. 193-196.

¹⁹ *Cfr.* García de Enterría, *op. cit.*, p. 132.

constituyente.²⁰ En lo que sigue, realizaré una aproximación historiográfica a ese contexto. Después regresaré a las evidencias que pueden hallarse en el pensamiento escrito de Kelsen.

A. La sucesión del recurso para la protección de los “derechos institucionalmente garantizados”

En Austria, la Constitución del Imperio, de 21 de diciembre de 1867 (conocida como *Dezemberverfassung*), estuvo integrada por cinco “leyes fundamentales del Estado” (*Staatsgrundgesetze*). Para lo que aquí interesa, la segunda de esas leyes (la número 142) reconocía los derechos generales de los ciudadanos (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder*), y la tercera (número 143) versaba sobre el Tribunal del Imperio (*Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes*).²¹

En este ordenamiento imperial se halla la gestación en Austria de una tutela directa de derechos, al haberse reconocido al Tribunal del Imperio

²⁰ Desde luego, además de ese trasfondo histórico, la doctrina de la época en que fueron creados los primeros tribunales constitucionales en Europa (señaladamente, Checoslovaquia y Austria en 1920) fue también tributaria de una serie de otros acontecimientos de un pasado más o menos remoto. Para una visión general de la tradición jurídica europea en donde pueden hallarse gérmenes históricos del control de constitucionalidad, véase: Cappelletti, Mauro, y Clarke Adams, John, “Judicial review of legislation: European antecedents and adaptations”, *Harvard Law Review*, núm. 79, 1966, pp. 1207-1213; o Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 27 y ss. (Cap. II). Para amplias referencias, principalmente con respecto a la experiencia austriaca: Haller, Herbert, *Die Prüfung von Gesetzen; ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, Wien/New York, Springer/Verlag, 1979, pp. 1 y ss. Quizá la expresión más importante de la preocupación por este tema en el derecho público anterior a la institucionalización de los primeros tribunales constitucionales europeos, sea el visionario libro que Georg Jellinek escribió 35 años antes de la creación *formal* del Tribunal Constitucional austriaco: cfr. Jellinek, Georg, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Alfred Hölder, 1885; en donde ya planteaba la idea de convertir al Tribunal imperial en un tribunal constitucional, aunque no se encuentre todavía ahí desarrollada la noción del control autónomo de constitucionalidad de las leyes. Cfr. Haller, *op. cit.*, pp. 25-30.

²¹ Para las funciones y el análisis de la actuación de este Tribunal, véase: Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928, pp. 127-156. Para Sylvie Peyrou-Pistouley [*La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993, p. 42], es evidente que el Tribunal del Imperio es la innovación más importante de la Constitución de 1867, dado su carácter de “precursor de la justicia constitucional contemporánea”.

una competencia para conocer de recursos (*Beschwerden*) sobre violaciones a los derechos políticos (*politischen Rechte*) garantizados por la Constitución. Los “derechos políticos” de los ciudadanos fueron entendidos por la jurisprudencia de ese Tribunal como “los derechos garantizados constitucionalmente”, esto es, todos los derechos que la Constitución reconocía a favor de las personas frente al Estado, establecidos en la ley fundamental número 142.²² Pese a su evidente interés histórico, este recurso adolecía de importantes limitaciones, principalmente la relativa a los efectos meramente declarativos (no constitutivos) de las sentencias del Tribunal.²³

En octubre de 1918, tras la caída del imperio austro-húngaro, iniciaron los complejos acontecimientos constituyentes que derivarían en la promulgación de la Constitución federal, dos años después, el 1o. de octubre de 1920.²⁴ Una institución fue creada durante el periodo de transición del Tribunal del Imperio al Tribunal Constitucional de 1920: el Tribunal Constitucional instituido en la Ley número 48, de 25 de enero de 1919 (el *Deutscher Reichsverfassungsgerichtshof*). Este Tribunal “provisional” no contó todavía con una función para el control de normas, aunque la exposición de motivos de la ley tiene ya como autor a Hans Kelsen, en su papel de asesor del canciller Karl Renner. Debe destacarse que dicha ley sí que recogió la competencia para conocer del recurso frente a violaciones de “derechos constitucionalmente garantizados”, que podía interponerse directamente ante dicho Tribunal.²⁵ Posteriormente, la Ley de 3 de abril de 1919

²² Cfr. Eisenmann, *op. cit.*, p. 13, nota 101.

²³ Por esta razón, observó Cappelletti que la *Beschwerde* austriaca de 1867 fue “una «concesión benévola» imperial más que una conquista directa del ciudadano”; cfr. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 40 (nota 102). Para las características generales y los límites (objetivos y subjetivos) de este recurso, véanse: pp. 37-39. En el capítulo segundo de este libro, el autor reflexiona sobre la relación histórica entre la *Beschwerde* de 1867, la establecida en la Constitución de 1920 y la que fue restablecida en el año de 1946; véanse: pp. 39-44.

²⁴ Las vicisitudes del episodio constituyente fueron explicadas por el propio Kelsen en varios trabajos. Véase, por ejemplo, su libro: Kelsen, Hans, *Österreichisches Staatsrecht; ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tübingen, Mohr, 1923, pp. 74 y ss. Para una reconstrucción de dicho episodio constituyente, véase: Scheffbeck, Gunter, “Verfassungsentwicklung 1918-1920”, en Österreichischen Parlamentarischen Gesellschaft (ed.), *75 Jahre Bundesverfassung. Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlußfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz*, Wien, Verlag Österreich, 1975, pp. 53-107.

²⁵ Cfr. Kelsen, Hans, con la colaboración de Froehlich, Georg, y Merkl, Adolf, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, Wien y Leipzig, Franz Deuticke, 1922, pp. 247-248. Los recursos que tuvieron lugar entre los años de 1919 y 1920 en contra de vulneraciones a esos derechos fueron motivados por prohibiciones a ingresar al territorio nacional, prohibiciones de los gobiernos de algunos *Länder* a la residencia de ciudadanos de otras partes de

(número 212) le atribuye la función casacional a las sentencias de amparo, esto es, la capacidad de anular el acto o disposición impugnados.²⁶

Los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente (*Konstituierende Nationalversammlung*) concluyeron en el otoño de 1920. En ese momento fue posible observar que el Tribunal del Imperio había legado algunas de sus competencias al recién creado Tribunal Constitucional. En parte, esta situación explica el amplio espectro de su actuación competencial que le quedó finalmente reconocida en la Constitución federal. Entre estas competencias, el recurso por violación de “derechos constitucionalmente garantizados” se estableció en el artículo 144.²⁷ No puede dejarse de mencionar que la pervivencia de este recurso tiene un precedente de interés en la defensa del canciller Renner por mantener esta antigua competencia del Tribunal del Imperio, que era considerada como la más importante de todas las que había tenido ese Tribunal. Tal convicción había sido hecha pública por Renner cuando en noviembre de 1918 se discutía el futuro de ese órgano.²⁸

Lo anterior significa que un recurso para la tutela directa de derechos individuales, junto con otras competencias del Tribunal del Imperio,²⁹ se

la República, o por reclamos fiscales en contra del extinto Imperio. Véase: Schmitz, Georg, “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003, p. 247.

²⁶ Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad: 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 249-251.

²⁷ Por su especial interés, conviene transcribir la originaria literalidad de este artículo: “Art. 144. (1) El Tribunal Constitucional conoce de recursos por violación (*Verletzung*) de derechos constitucionalmente garantizados mediante la decisión o resolución de una autoridad administrativa, tras el agotamiento de las instancias en la vía administrativa. // (2) El acceso al conocimiento del Tribunal Constitucional provoca la anulación de la decisión o resolución inconstitucional. La opinión jurídica del Tribunal Constitucional será vinculante para la nueva decisión o resolución de la autoridad”. Para una exposición de las características de este recurso, véase: Eisenmann, *op. cit.*, pp. 236-273.

²⁸ Esta reflexión fue incluso expresada por escrito, cuando Renner introduce su idea acerca de cómo articular un tribunal constitucional para Austria. En su libro de 1918: *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen, in besonderer Anwendung auf Österreich*, vol. I: *Nation und Staat*, Leipzig y Wien, Franz Deuticke, se encuentra la siguiente concreta manifestación: “(El) Tribunal Constitucional además ha de velar por los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos y órganos públicos, personas físicas o jurídicas por igual, para continuar así con esta importante función de nuestro Tribunal imperial” (p. 292).

²⁹ Concretamente, las atribuciones que del Tribunal del Imperio pasaron al Tribunal Constitucional fueron las que quedaron establecidas en los artículos 137, 138 y el mencionado 144. El artículo 137 se refería al conocimiento de demandas que podían interponer la Federación, los *Länder* y las municipalidades, y que no pudieran resolverse ni por los tribunales de la jurisdicción ordinaria ni por autoridades administrativas. El artículo 138

incorporó a la idea kelseniana del tribunal constitucional. Pero nada impide que, en términos generales, esa simbiosis también pueda observarse a la inversa: que hayan sido las instituciones kelsenianas las que se fusionaron, si bien de manera predominante, con las competencias supervivientes del Tribunal del Imperio.

En todo caso, lo que importa recapitular en este punto son dos importantes consideraciones. La primera es que, como el propio Kelsen dio cuenta, la misión que le fue encomendada por el canciller Renner fue tratar de conservar en su proyecto de Constitución todo aquello que de la Constitución anterior (de 1867) podía ser mantenido. Al mismo tiempo, Kelsen tomó en consideración instituciones de la Constitución suiza y de la Constitución alemana de Weimar que por ese tiempo había sido recientemente promulgada.³⁰ Aún más, su proyecto final fue tomado en cuenta por la subcomisión de asuntos constitucionales, conjuntamente con otros proyectos.³¹

Así, puede decirse que el proceso creativo de la jurisdicción constitucional concentrada se vio inmerso en un escenario constituyente complicado, en el que tuvo lugar la discusión de una importante amalgama de ideas. El proceso constituyente austriaco, considerado en su totalidad, tuvo una nada desdeñable disposición por la adaptación institucional y quizá vivió una más intensa dialéctica política de la que comúnmente se piensa. En medio de estos debates, el paradigma del Tribunal Constitucional pudo emerger, efectivamente, gracias a la central intervención de Hans Kelsen.³²

establecía los conflictos de competencia entre órganos judiciales y autoridades administrativas, entre los órganos judiciales y el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), y entre este Tribunal y el propio Tribunal Constitucional, así como conflictos entre los *Länder*, y entre un *Land* y la Federación. Cfr. Paulson, Stanley L., "Constitutional review in the United States and Austria: Notes on the beginnings", *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, 2003, pp. 232 y 233.

³⁰ Cfr. Paulson, Stanley L., "On Hans Kelsen's role in the formation of the Austrian constitution and his defense of constitutional review", en Krawietz, W. et al. (eds.), *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 386-388; Paulson, Stanley L., *op. cit.*, pp. 231 y 232; Schmitz, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

³¹ Sobre este punto, véase: Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 246-262. Para el contenido y un análisis de los proyectos constitucionales de Kelsen, véase: Schmitz, Georg, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, Manz, 1981, pp. 44-60.

³² En general, sobre el papel de Kelsen en la elaboración de la Constitución austriaca de 1920, cfr. Öhlinger, Theo, "Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica", trad. de J. Brage Camazano, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, enero-junio de 2006, Porrúa-IIDPC, en especial

La segunda consideración que cabe hacer es reconstruir la posición de Kelsen frente a la competencia del Tribunal del Imperio en materia de amparo de derechos individuales. En una importante declaración registrada el 9 de diciembre de 1918, documentada por Georg Schmitz,³³ se expresa de la siguiente manera:

Es [...] necesario tomar precauciones al consumir las funciones del antiguo Tribunal del Imperio. Es posible que el Tribunal del Imperio no sea reemplazado por un nuevo órgano pero que sus competencias sean asignadas a otro tribunal, como el Tribunal Administrativo o a cualquier otro que ocupe el lugar de este Tribunal. Esto sería sin duda lo más aconsejable si no fuera por el hecho de que *la más importante competencia del antiguo Tribunal del Imperio, a saber, la protección constitucional de los derechos individuales y políticos* y la decisión de conflictos de competencia exige una única corte de justicia, con el máximo grado de independencia, y con extraordinarias calificaciones jurídicas por parte de sus miembros [...]. Debería ciertamente considerarse apropiado que el recién creado Tribunal Constitucional *estuviera investido no sólo con la competencia para proteger derechos políticos, sino también con la competencia para decidir en casos de responsabilidad pública y con competencia para escrutar elecciones*. Pero reformas de largo alcance como éstas exceden la limitada competencia de la Asamblea Nacional Provisional, y han de ser reservadas a la Asamblea Nacional Constituyente.³⁴

La claridad de este texto permite afirmar que, al menos en ese primer estadio de las discusiones, Kelsen no viera inapropiado encomendar un recurso para el amparo de derechos al conocimiento del Tribunal Constitucional. Ahora bien, esta competencia no apareció desarrollada en sus proyectos I a VI, sino hasta el último de ellos (el número VII).³⁵ Pero esta circunstancia

pp. 217-220; García Belaunde, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio de 2007, México, Porrúa-IIDPC, en específico: pp. 144-147. Para mayores detalles, véase Leser, Norbert, “Hans Kelsen und die österreichische Bundesverfassung”, *cit.*, pp. 791-805.

³³ El principal objetivo de esta declaración fue rechazar el proyecto de transición del Tribunal del Imperio que había redactado Rudolf Hermann, en nombre del Ministerio de Justicia. Schmitz atribuye el descubrimiento de este documento a Gerald Stourzh, en los archivos de la República de Austria (AdR, *DÖ Staatskanzlei Z. 1032/1918*, suplemento III). Véase Schmitz, *op. cit.*, pp. 244-245.

³⁴ *Cfr.* Schmitz, *op. cit.*, pp. 244-245 [La traducción y las cursivas son mías]. Como se ha dicho con anterioridad, el concepto de “derechos políticos” había sido interpretado por el Tribunal imperial como equivalente al más amplio concepto de “derechos constitucionales”.

³⁵ *Ibidem*, pp. 250 y 251.

sería mucho más desconcertante si no fuera porque la idea kelseniana de la jurisdicción constitucional casi nunca estuvo exenta de modificaciones. Hay análisis doctrinales que muestran que la idea kelseniana de la jurisdicción constitucional no fue siempre necesariamente consistente. Al contrario, a lo largo de su maduración, sufrió adecuaciones, ya fuera para ajustarla a mejores reflexiones propias o para adaptarla a otras propuestas políticas.³⁶

Lo cierto es que en su último proyecto, en que comparte conclusiones con el llamado “proyecto privado” de Michael Mayr, asesor del partido social-cristiano, Kelsen finalmente consideró el recurso individual, el cual estaba destinado a proteger los “derechos políticos”. Luego, la calificación de “políticos” que se asignaba a estos derechos desapareció durante los trabajos de la subcomisión de asuntos constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente, dada la ambigüedad que en su seno planteó esa expresión.³⁷ Ello sugiere que no se quiso que estos derechos quedaran vinculados a la que, sin embargo, había sido la amplia interpretación de los mismos por el Tribunal del Imperio. De todos modos, en términos generales, puede afirmarse que el capítulo dedicado al Tribunal Constitucional (artículos 137-148) fue adoptado por la subcomisión constitucional en la forma en que Kelsen lo había propuesto en su proyecto final.

La competencia para la tutela directa de los derechos por el Tribunal Constitucional incluyó la configuración de principios procedimentales que guardan lógica semejanza con los que en la actualidad pueden ser considerados como propios de un recurso constitucional de este tipo: a) que el objeto de la impugnación fuese la vulneración de derechos establecidos por la Constitución; b) que hubiese sido cometida por resolución de una autoridad administrativa federal o de un *Land*, y c) que en contra de ella se hubiesen agotado todos los recursos dispuestos en el orden administrativo para su defensa.³⁸

³⁶ Para las “mutaciones”, “oscilaciones” e “incertezas” que se observan en las ideas de Kelsen durante el periodo en que elaboraba su proyecto de jurisdicción constitucional, puede verse la reconstrucción histórica de: Caravita, *op. cit.*, pp. 60-67.

³⁷ *Cfr.* Schmitz, *op. cit.*, p. 260.

³⁸ No puede pasarse por alto que el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) contaba con una competencia, en algún modo concurrente, para decidir cuestiones suscitadas por particulares debidas a lesiones de sus derechos, causadas por decisiones o disposiciones de autoridades administrativas (artículo 129 de la Constitución austriaca). Por eso, fue necesario interpretar cuál debía ser el campo de actuación de este Tribunal con respecto al artículo 144, competencia del Tribunal Constitucional. Kelsen explicó la organización y la relación de unas y otras funciones en su trabajo: Kelsen, Hans, “Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen

B. Tutela subjetiva de derechos y control de oficio de constitucionalidad de las leyes

Un sector de los intérpretes del pensamiento kelseniano no duda en afirmar que el control *ex officio* de las leyes constituye el auténtico punto de inflexión del desarrollo inicial de la jurisdicción constitucional.³⁹ Para Theo Öhlinger, esta atribución permitió al Tribunal Constitucional austriaco posicionarse desde un inicio como un más completo guardián de la Constitución, sobre todo en cuanto hizo posible la protección real de los derechos constitucionales.⁴⁰ Así, el resultado práctico fue muy plausible: que el control de oficio de la constitucionalidad de las leyes surgiese de una instancia individual sobre la base del artículo 144. A propósito de la instauración del recurso individual, los particulares podían invocar la inconstitucionalidad de la ley en que se fundara la medida administrativa impugnada. De esta manera, podían darse evidentes condiciones para que el Tribunal Constitucional iniciara el procedimiento *ex officio* del control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, siempre que este control fuese el presupuesto de su decisión, en aplicación de los artículos 139.1 o 140.1 de la Constitución.⁴¹ En los comentarios a la Constitución austriaca, Kelsen, Froehlich y Merkl firmaron conjuntamente que esta regulación podía interpretarse como una “indirecta y limitada” *actio popularis*,⁴² en cuanto el control de oficio tenía su base en la iniciativa de particulares. Por esta razón, el control normativo se ponía en directa relación con la tutela de situaciones jurídicas subjetivas.⁴³

Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. 64 (nueva serie: tomo 42), Basel, 1923, pp. 173-217. Puede verse la traducción italiana de este trabajo: Kelsen, Hans, “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920”, en Geraci, C. (ed.), *La giustizia costituzionale* Milano, Giuffrè, 1981, pp. 12 y ss.

³⁹ Ésta es una de las tesis centrales en el trabajo de: Öhlinger, *op. cit.*, pp. 206, 213-214. En esta dirección, véase también: Caravita, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁰ Öhlinger, *op. cit.*, pp. 219-220 y Öhlinger (2003), *cit. nota* 11, pp. 206, 214.

⁴¹ *Cfr.* Eisenmann, *cit. nota* 21, pp. 184-185; Öhlinger (2003), *cit. nota* 11, pp. 214-215.

⁴² *Cfr.* Kelsen, Froehlich y Merkl, *op. cit.*, pp. 254 y 255.

⁴³ En este sentido, escribe Beniamino Caravita [*op. cit.*, p. 52], el interés por la “garantía de los derechos constitucionalmente garantizados *se funde* con el decisivo interés constitucional de la anulación de los reglamentos ilegítimos o de las leyes inconstitucionales” (cursivas mías); para más detalles sobre su argumento véanse: pp. 51-55; 63-67; y 105-109. De similar opinión es Giorgio Bongiovanni [*cfr.* Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 192, 200-201], para quien el Tribunal Constitucional austriaco “adquiere así una dimen-

Para algunos reconstructores del significado originario del control de oficio, una importante consecuencia de lo que se acaba de decir es la desvirtualización de la (supuesta) equivalencia conceptual entre el control abstracto y el control de constitucionalidad idealizado por Kelsen. Por ejemplo, Bongiovanni observa que los alcances de esta atribución incluso proyectan un control de “extrema concreción”.⁴⁴ Así, el papel que emergió del Tribunal Constitucional austriaco fue el de garante de los derechos fundamentales de los individuos, que en los desarrollos dogmáticos del modelo “abstracto” suele ser relegado a un segundo plano o, en el peor de los casos, totalmente ignorado.⁴⁵

Con todo, la recepción histórica del amparo como competencia del Tribunal Constitucional kelseniano habla por sí misma a favor de la *tesis de la compatibilidad* entre el control abstracto de las leyes y la tutela subjetiva de los derechos. Esto todavía puede no autorizar la afirmación sin reservas de que Kelsen estuviese incondicionalmente a favor de la institución, sobre todo si se toma en cuenta la poca reflexión que le mereció este tema en su sistemática teórica de la jurisdicción constitucional. No obstante, los rastros de su posibilidad son manifiestos en algún punto de su argumentación entre dos extremos: la amplitud competencial de la jurisdicción constitucional y el principio de racionalidad subyacente a la misma.

III. EL MODELO *SISTEMATIZADO*: LOS ARGUMENTOS EXTENSIVOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LAS TESIS DE KELSEN

1. *La mejor garantía jurisdiccional de la Constitución*

Existen argumentos que soportan una aptitud *extensiva* del modelo de jurisdicción constitucional en Kelsen.⁴⁶ Volviendo a su contribución de 1928,

sión no sólo ‘abstracta’ sino también directamente vinculada a la garantía de los derechos en el caso concreto [...]” (p. 201).

⁴⁴ Cfr. Bongiovanni, *op. cit.*, pp. 178 y 200.

⁴⁵ Cfr. Caravita, *op. cit.*, pp. 54 y 55, en especial nota 51, en donde critica a la doctrina, principalmente italiana, que ha reconstruido el modelo “abstracto” sin considerar el rol que en el primer modelo austriaco tuvo la tutela de los derechos subjetivos mediante el control normativo *ex officio*.

⁴⁶ En similar sentido, véase, por ejemplo: Bongiovanni, *op. cit.*, p. 313; y principalmente: Bongiovanni, *op. cit.*, pp. 200-207, para quien “el modelo kelseniano no delinea un modelo ‘unívoco’ de Corte sino que simplemente fija los caracteres de la jurisdicción constitucional, como garantía del sistema democrático, que puede haber al interior de sistemas diversos.” (p. 207). Cfr. también: Giovannelli, Adriano, “*Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana e Cor-*

ahí discute que la garantía jurisdiccional de la Constitución es un elemento del sistema de medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.⁴⁷ La división tradicional de esas funciones estatales que Kelsen tiene en mente es la triada: legislación, jurisdicción y administración.⁴⁸ La mejor manera de defender la prevalencia de la República democrática es organizando “todas las garantías posibles” de regularidad de estas funciones estatales.⁴⁹

En 1931, vuelve a esa idea en su célebre réplica a Carl Schmitt. En las primeras líneas de su texto *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, escribió que el reclamo jurídico-político de las instituciones para el control de constitucionalidad del comportamiento de los órganos del Estado inmediatamente subordinados a la Constitución, responde al principio de máxima juridicidad de la función estatal. La pregunta técnico-jurídica acerca de cuál es la mejor organización de las garantías constitucionales, “puede ser respondida de diversas maneras, según el carácter peculiar de la Constitución y la distribución del poder político que ésta determina [...]”.⁵⁰

En consecuencia, se podría decir que la mejor jurisdicción constitucional en Kelsen es aquella que puede controlar que *todas* las funciones del Estado respeten la Constitución. Como se vio, es a partir de este escenario que dibuja las directrices del control concentrado, poniendo el acento en la *esencialidad* de la jurisdicción constitucional de la ley. Pero debido al amplio escenario constitucional del que parten sus reflexiones, la esencialidad de una jurisdicción constitucional para el control del legislador no elimina otras posibilidades competenciales del tribunal constitucional ¿De qué manera debe ser reconstruida esta idea?

En su texto de 1928, Kelsen se refiere solamente en una ocasión a lo que pudiera calificarse como la noción “pura” de la garantía jurisdiccional de la Constitución. Merece la pena transcribir el fragmento en donde tal noción está presente:

En la determinación de la competencia de la jurisdicción constitucional intervienen dos puntos de vista: por un lado, *la noción pura de garantía de la Constitución* que conduciría a incorporar en ella el *control de todos los actos*

te Costituzionale”, apéndice de su libro: *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 259.

⁴⁷ *La garantía, cit.*, p. 10.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁰ Kelsen, *op. cit.*, p. 4.

inmediatamente subordinados a la Constitución y sólo 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 considerada.⁵¹

Quisiera llamar la atención hacia dos importantes puntualizaciones que pueden inferirse de este párrafo. La primera de ellas es que si hay una noción kelseniana “pura” de la garantía de la Constitución, ella equivaldría a la sencilla fórmula según la cual la irregularidad constitucional es predicable de todo acto que se encuentre sometido, inmediatamente, a la autoridad de la Constitución. Kelsen observa que por debajo de la Constitución no sólo hay leyes, en cuanto normas generales producidas por el legislador. Habrá ocasiones en que, además de leyes, en el siguiente escalón de la estructura normativa haya actos jurídicos distintos. Tal es el caso, en primer término, de los mencionados reglamentos “autónomos”, o de los “decretos-ley”, los cuales no se hacen depender formalmente de una ley. Como estos actos jurídicos están directamente subordinados a la Constitución, el control de su regularidad no puede contrastarse con el contenido de ley alguna, como en principio sería lo técnicamente procedente. Su regularidad debe examinarse directamente frente a la Constitución, evitándose de este modo el enorme peligro de que se sustraigan del control jurisdiccional.⁵² En esta perspectiva, los reglamentos o los decretos-ley no son solamente normas de carácter general. Son también actos jurídicos inmediatamente sujetos a la autoridad de la Constitución y, en esta medida, son actos controlables por el tribunal constitucional.

La segunda idea que se deriva del texto transcrito, sin embargo, se traduce en un argumento que contribuye definitivamente al desvanecimiento de una supuesta equivalencia del sistema con el exclusivo control de la ley. Kelsen dice que la noción “pura” de la garantía de la Constitución (esto es, el control de los actos inmediatamente subordinados a la Constitución) puede combinarse con “otro punto de vista”. Ese otro “punto de vista” es

⁵¹ *La garantía, cit.*, p. 64 (cursivas mías).

⁵² Incluso, Kelsen va más allá cuando introduce una nueva excepción a su idea general de que mediante la jurisdicción constitucional sean controlables *solamente* los actos “inmediatamente subordinados a la Constitución”. Siguiendo sus consejos, puede atribuirse al tribunal constitucional inclusive el control de la regularidad de “reglamentos complementarios”, de los cuales puede predicarse su inmediata legalidad y, sólo mediamente, su inconstitucionalidad. Recomienda que la configuración de esta clase de control deba ser clara, para no interferir el ámbito de actuación de la jurisdicción administrativa. Véase: *La garantía, cit.*, pp. 61-64.

la perspectiva de la jurisdicción constitucional para los actos generales y los actos individuales que también pueden ser objeto de su control. Apunta que es incluso “necesario” combinar el principio de la “pureza” del control con este otro principio, que sustenta una dualidad de actos jurídicos controlables: los actos generales y los actos individuales. Más aún, indica que en la organización de la jurisdicción constitucional deben “dejarse de lado los prejuicios doctrinales”, sugiriendo que tales prejuicios pudieren impedir esa deseable combinación de visiones teóricas. La combinación responderá a las necesidades de la Constitución considerada, que son las que, finalmente, determinarán lo que deba ser objeto de control por parte del tribunal constitucional.

Resulta claro, como se ha visto, qué significan para Kelsen los “actos generales”, en cuanto atribuibles al Legislativo y al Ejecutivo. Pero más allá de las precisiones mencionadas sobre los actos jurídicos de los tribunales, ¿de qué manera cabe considerar a los actos individuales como actos susceptibles de control por un tribunal constitucional?

2. *Los actos individuales*

En unos pasajes de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* que Kelsen dedica a la noción de la Constitución, abre las posibilidades de garantía al control de “actos individuales”. La Constitución material contiene, no sólo procedimientos para la producción de la legislación y reglas de actuación de los órganos ejecutivos superiores, sino también un catálogo de derechos fundamentales (el cual define “las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos”). Si esto es así, en los Estados modernos, escribe Kelsen, “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”.⁵³ Seguidamente, es categórico al sostener: “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 motivos políticos [...]”.⁵⁴

Kelsen llama a esta vertiente —que podríamos calificar como *extensible* de la garantía jurisdiccional de la Constitución—: “garantía de la regulari-

⁵³ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

dad de los actos de ejecución de las leyes”. Puede pensarse que este modo de proceder comporta una ruptura del orden reproductivo “escalonado” de los actos jurídicos. Lo que ocurre es que cuando la decisión constituyente lleva a subordinar actos individuales a la autoridad de la Constitución, la noción de Constitución ha ido “más allá de su dominio originario” o “natural”, la cual resulta de la estructura jerárquica del derecho.⁵⁵ Por eso, en rigor, la garantía específica de la Constitución no se presenta en este caso. Pero éste es un argumento que no se contrapone ni anula la idea según la cual el número de actos individuales pueda ser “aumentado a voluntad, en razón de motivos políticos”. Es un argumento que sirve a explicar cuál es el significado técnico de la jurisdicción constitucional. La realidad política es la que determina qué aspecto de las funciones estatales sometidas a la autoridad de la Constitución quedan sujetas a la jurisdicción del tribunal constitucional. La ejecución de las leyes en casos concretos es capaz de producir, por ejemplo, una necesidad de control “reflejo” de constitucionalidad.⁵⁶ Esta situación genera actos individuales que pueden ser objeto de la responsabilidad controladora del tribunal.

No debe perderse de vista que al hablar de “actos individuales” de la manera en que se acaba de exponer, en principio, Kelsen está pensando fundamentalmente en los actos de la administración. Por ello, advierte que cuando la decisión política lleve a subordinar dichos actos directamente a la Constitución, debe tenerse el suficiente cuidado de que el diseño de la

⁵⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁶ Kelsen ilustra esta idea con un ejemplo. Cuando la Constitución señala principios relativos al contenido de las leyes, señaladamente, 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 e 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”; *La garantía*, pp. 29 y 30.

jurisdicción constitucional no invada la esfera de competencias de la jurisdicción administrativa.⁵⁷ No obstante, en otros pasajes de su contribución, el concepto de “actos individuales” no se reduce a esos actos sino que también alcanza a las resoluciones judiciales. Cuando este particular enfoque sale a flote, nuestro autor fundamenta su postura siempre sobre la base del principio de racionalización del control, un principio cuya presencia no está sujeta a discusión, a la luz de todo el pensamiento kelseniano de la jurisdicción constitucional.

La convicción de Kelsen por la posibilidad de someter actos jurídicos individuales al conocimiento del tribunal constitucional se hace patente, por ejemplo, al fundamentar el acceso de los litigantes en procesos judiciales o administrativos a la jurisdicción constitucional. Las partes de estos procesos tienen la posibilidad de impulsar, de modo indirecto, la revisión de constitucionalidad de normas generales. La tienen porque el acto jurídico individual que les concierne pudo haber sido regularmente realizado, pero en aplicación de una norma que puede ser inválida.⁵⁸ Esta postura favorece un doble objetivo. El primero es (como se ha visto en el apartado 1 del capítulo anterior) hacer más potente la concentración del control de la legislación: si los individuos sugieren el control de una ley cuya aplicación resulta dañosa a sus derechos, la inmunidad del orden constitucional estará mejor garantizada. El segundo objetivo merece subrayarse ahora: no puede descartarse *a priori* que estos actos individuales se sometan a la jurisdicción constitucional, porque en ellos se encuentra indirectamente implicado un control de legislación. Así, al argumento según el cual los actos individuales sujetos a la jurisdicción constitucional dependen de la voluntad política, debe añadirse otro: si a propósito de tales actos tiene lugar la aplicación de una ley inconstitucional, la posibilidad de prever tal sujeción competencial es más intensa.

Por otra parte, la amplitud de la teoría kelseniana también se refleja en el instituto de la legitimación activa para una jurisdicción constitucional ideal.⁵⁹ Es evidente que el aspecto de la legitimación activa es distinto del propiamente competencial. En este sentido, este elemento del sistema no

⁵⁷ Para la distinción kelseniana entre ambas jurisdicciones véase: Kelsen, *op. cit.*, nota 38.

⁵⁸ *Cfr. La garantía, cit.*, pp. 91 y 92.

⁵⁹ En realidad, como pone de relieve Bongiovanni, la posición “abierta” parece evidente en varios lugares de la teoría kelseniana: las características de la Constitución están en relación con el problema de la naturaleza, organización, política o jurisdiccional, del control; el tipo de Constitución y la organización de la forma de gobierno, con el ámbito y los límites de la jurisdicción constitucional; la diversa configuración de la forma de gobierno con la impor-

aporta muchas razones para explicar la aptitud extensiva de las competencias del tribunal constitucional. Sin embargo, recordar que Kelsen sostuvo que la implementación de una *actio popularis* al alcance de particulares se traduciría en “la garantía más fuerte de la Constitución”,⁶⁰ sí que complementa el argumento a favor del sentido aperturista de su modelo.⁶¹

De cualquier modo, en lo tocante al aspecto competencial del tribunal constitucional, en las tesis reseñadas se encuentran argumentos suficientes para sostener que el modelo kelseniano de la jurisdicción constitucional nunca quedó reducido al exclusivo control del legislador. Más aún, tampoco es sostenible que el modelo kelseniano se reduzca al control de constitucionalidad de las leyes o de normas de carácter general (considerando dentro de esta categoría a los reglamentos y a los decretos-ley). Sería más acertado afirmar que el modelo kelseniano de la jurisdicción constitucional concentrada es sólo *esencialmente*, que no exclusivamente, control de constitucionalidad de normas. Como se ha visto, la tesis kelseniana no sólo sostiene, sino que además *prescribe*, que también se concentre el control de regularidad de actos individuales que el constituyente decida atribuirle. Ello a pesar de que esta opción constituyente pudiera no compadecerse bien con la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico.

Por consecuencia, no porque el control de ciertos actos individuales esté atribuido al conocimiento del tribunal constitucional, ese control “traicionaría” el paradigma kelseniano. Antes bien, como se ha visto, Kelsen aseguraba la necesidad de combinar el control de los actos inmediatamente

tancia que se dé a la justicia constitucional en un régimen democrático. *Cfr.* Bongiovanni, *op. cit.*, nota 43, p. 206.

⁶⁰ *Cfr. La garantía, cit.*, pp. 27 y 28.

⁶¹ Otra cosa es que esta solución tan amplia de legitimación activa no sea precisamente digna de recomendación. Kelsen piensa que un escenario de este tipo entrañaría el grave peligro de “acciones temerarias” y el “riesgo insostenible de procesos”. La misma opinión también se puede inferir a partir de la idea de “racionalización” que está detrás de la confección del modelo europeo [En general, sobre la forma en que se “racionalizó” el modelo, *cfr.* Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 26, pp. 32 y ss.]. Pero nótese que el hecho de que la opción por la “legitimación universal” no sea recomendable, no significa que la opción limitativa de legitimación sea *la mejor* solución. Si el objetivo es que la Constitución quede protegida de los ataques provenientes de todos los frentes que la acechan, una *actio popularis* contribuiría a llenar de contenido el mejor escenario en que la jurisdicción constitucional puede cumplir su cometido. Por esta razón, Kelsen no evadió afirmar que la autorización de una *actio popularis* sería una manera cómo “el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente, la más radical satisfacción” [Cfr. *La garantía, cit.*, p. 88]. De hecho, informa Kelsen, cuando se preparaba la Constitución austriaca de 1920 esa posibilidad fue incluso seriamente discutida; véase: Kelsen, *op. cit.*, nota 12, p. 197.

subordinados a la Constitución y el control de actos generales e individuales como parámetros a tomar en cuenta para configurar la jurisdicción constitucional concentrada. La tarea de discernir las materias sujetas a esta jurisdicción queda en manos de la asamblea constituyente como resultado de los mayores o menores consensos políticos conseguidos entre sus integrantes.⁶² Así, considerar como sinónimos el concepto de un exclusivo control concentrado de constitucionalidad de las leyes y el modelo de control de constitucionalidad de Kelsen no satisface con rigor su idea integral de la jurisdicción constitucional.

IV. CONCLUSIÓN

Si existe un modelo kelseniano “puro” de la jurisdicción constitucional, éste no coincide exactamente con el modelo de tribunal constitucional que cuenta sólo con la función de controlar la constitucionalidad de las leyes. En Kelsen, tal atribución es sólo la esencial, pero no la única existente, y ni siquiera, bajo sus mismas tesis, la única que es recomendable atribuirle. En sus escritos, aconsejó la necesidad de combinar dos directrices teóricas a la hora de configurar la jurisdicción constitucional: la primera es la sujeción al tribunal constitucional del control de la regularidad de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución (leyes y algunos tipos de reglamentos). La segunda es la combinación entre los actos generales y tantos actos individuales que impliquen las fuerzas políticas participantes en las labores constituyentes.

Dentro de los actos individuales que pueden ser considerados, se encuentran las decisiones judiciales o administrativas definitivas, muy especialmente cuando en ellas se involucre un problema de irregularidad constitucional de una ley que en tales decisiones se aplique. La lógica que debe animar a tomar una decisión constituyente como ésta, es que el tribunal constitucional nunca pierde su interés por realizar el control de la ley. Un amparo de derechos en vía directa y reforzada ante el tribunal, se justifica, sobre todo, cuando la tutela subjetiva se imbrica con la tutela en clave objetiva de la Constitución. En todo caso, el presupuesto básico de la articulación institucional es el principio de racionalización de la jurisdicción constitucional.

Sobre la base de esa idea integral, una especie de amparo de derechos fundamentales fue una competencia que de hecho se atribuyó al primer Tri-

⁶² En similar sentido: Barberis, Mauro, “Kelsen e la giustizia costituzionale”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* XII, núm. 1, 1982, p. 234.

bunal Constitucional austriaco. Desde el punto de vista del modelo originario, tal recurso fue acogido por las razones político-históricas y técnico-jurídicas que se mencionaron en este trabajo. Existen muchas posibilidades de articular un recurso como éste, pero hay una opción que se observa en cualquier caso necesaria: la que hace de este recurso una vía para que el tribunal constitucional ejerza, *ex officio*, el control de constitucionalidad de una ley cuya decisión sea presupuesto de su sentencia en el caso concreto.

Un recurso para el amparo de derechos fundamentales pudo no ser la esencia del modelo kelseniano de jurisdicción constitucional en su concepción originaria. Pero dadas las evidencias historiográficas y conceptuales mostradas, ni desde un punto de vista descriptivo, ni desde uno prescriptivo, es suficientemente solvente sostener que tal recurso sea un elemento extraño, atípico o incompatible con ese modelo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARBERIS, Mauro, “Kelsen e la giustizia costituzionale”, *Materiali per una storia della cultura giuridica* XII, núm. 1, 1982.
- BONGIOVANNI, Giorgio, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.
- BONGIOVANNI, Giorgio, “Rechtsstaat and Constitutional Justice in Austria: Hans Kelsen’s Contribution”, en COSTA P. y ZOLO, D. (eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, Madrid, núm. 3, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, Giuffrè, 1955.
- , *La jurisdicción constitucional de la libertad; con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, trad. y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de H. Fix-Zamudio, México, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, 1961.
- , *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968.
- y CLARKE ADAMS, John, “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”, *Harvard Law Review*, núm. 79, 1966.

- CARAVITA, Beniamino, *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi, I: La Corte Costituzionale austriaca*, Padova, Cedam, 1985.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad: 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- , “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador”, en VV. AA., *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, enero-abril de 1994.
- EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism”, *Texas Law Review*, núm. 82, 2004.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 7, enero-junio de 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 2001.
- GIOVANNELLI, Adriano, “*Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana e Corte Costituzionale*”, apéndice de su libro: *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983.
- HALLER, Herbert, *Die Prüfung von Gesetzen; ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1979.
- JELLINEK, Georg, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Alfred Hölder, 1885.
- KELSEN, Hans, “Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. 64 (nueva serie: tomo 42, 1923), Basel [traducido al italiano como: Kelsen, Hans, “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920”, en Geraci, C. (ed.), *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981.
- , *Österreichisches Staatsrecht; ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tübingen, Mohr, 1923.

- , “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, trad. de Charles Eisenmann, *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, t. 45 [publicado con posterioridad en: *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929; y como: « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, Walter de Gruyter, 1929, vol. 5].
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. trad. R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM/IIJ (2001): [revisada por D. García Belaunde, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10 (julio-diciembre) México, Porrúa/II-DPC, 2008].
- , “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, 1942 [traducido al castellano como Kelsen, Hans: “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”, trad. de D. García Belaunde, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12 (julio-diciembre), México, Porrúa/II-DPC, 2009; texto revisado del originariamente publicado en: *Ius et Veritas*, Lima (Perú), núm. 6, junio de 1993].
- , *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. de R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 2002 [publicado originariamente como: “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *Die Justiz. Monatsschrift für Erneuerung des Deutschen Rechtswesens; zugleich Organ des Republikanischen Richterbundes*, Berlin-Grunewald, Dr. Walther Rothschild, 1930/1931, t. 6].
- y FROELICH, Georg y Merkl, Adolf, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, Wien y Leipzig, Franz Deuticke, 1922.
- KELSEN, Hans et al., *Die Wiener rechtstheoretische Schule; ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, en Klecatsky, R. et al. (eds), Wien, Europa Verlag, 1968.
- LESER, Norbert, “Hans Kelsen und die österreichische Bundesverfassung”, *75 Jahre Bundesverfassung. Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlußfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz* [ed. Österreichischen Parlamentarischen Gesellschaft], Wien, Verlag Österreich, 1995.
- LUCIANI, Massimo, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984.
- MÉTALL, Rudolf Aladár (1976), *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de J. Esquivel, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984.

- NESCHWARA, Christian, "Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse", en PAULSON, S. L. y STOLLEIS, M. (eds.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts* Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- ÖHLINGER, Theo, "The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003.
- , "HANS Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica", trad. de J. Brage Camazano, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5 de 2006.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2006.
- PAULSON, Stanley L., "On Hans Kelsen's Role in the Formation of the Austrian Constitution and his Defense of Constitutional Review", en KRAWIETZ, W. et al. (eds.), *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot.
- , "Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings", *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, 2003.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.
- PEYROU-PISTOULEY, Sylvie, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional", en REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), *Fundamentos 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo, 2006.
- RENNER, Karl, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen, in besonderer Anwendung auf Österreich*, vol. 1: *Nation und Staat*, Leipzig y Wien, Franz Deuticke, 1918.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-abril de 1988.
- , "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, mayo-agosto de 1992.
- SCHFEBECK, Günther, "Verfassungsentwicklung 1918-1920", *75 Jahre Bundesverfassung. Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlußfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz* Wien, Verlag Österreich, 1995.

- 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?*, trad. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, estudio preliminar de G. Lombardi, Madrid, Tecnos, 2009.
- SCHMITZ, Georg, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, Manz, 1981.
- SCHMITZ, GEORG, “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco, “Poder judicial y Tribunal Constitucional”, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “De la Constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, en VV. AA., *La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los tribunales constitucionales”, en REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), *Fundamentos 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo, 2006.
- VV. AA., *La giustizia costituzionale in Europa*, OLIVETTI, M. y GROPPI, (eds.), Milano, Giuffrè, 2003.
- , *El derecho de amparo en el mundo*, FIX-ZAMUDIO, H. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), México, Porrúa-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- , *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, LUCHTERHANDT, O. et al. (eds.), Teilband I: Berichte, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- , *Fundamentos 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), Oviedo.
- WALTER, Robert, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien, Manz, 2005.

