

**Robert WALTER, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz Verlag,
Viena, 2004**

LUIS VILLAR BORDA
Universidad Externado de Colombia

PALABRAS CLAVE: tribunal constitucional, positivismo, interpretación
KEY WORDS: constitutional court, positivism, interpretation

El amplio conocimiento que se tiene de Hans Kelsen como teórico, internacionalista, iusfilósofo, constitucionalista, contrasta con lo poco que se sabe de otras actividades suyas desarrolladas en una larga vida de dedicación al derecho. Entre esos aspectos relativamente inéditos se encuentra su labor de once años (1919-1930) como Juez constitucional en el Tribunal Constitucional de Austria. De ahí el interés de la obra *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*¹ recientemente publicada dentro de la Serie del Instituto Hans Kelsen de Viena y de la que es autor el profesor Robert Walter, Director conjuntamente con el profesor Clemens Jabloner del mencionado Instituto.

En buena parte la ignorancia acerca de esa tarea se debe, como lo señala el profesor Walter, a que dentro del sistema de la colegiatura judicial de Europa continental es tradicional que la actividad del juez se mantenga cubierta de toda publicidad. “La jurisprudencia de un Tribunal aparece en primera línea, mientras las personalidades que la conforman permanecen en reserva”. Sólo con la apertura de los archivos se puede aclarar la participación que ha tenido un miembro en las decisiones de “su corporación”, nos informa Walter.² Hoy, a más de setenta años de distancia, ha sido posible el completo acceso a los protocolos preparatorios y descubrir así la contribución de Kelsen a la conformación de la doctrina constitucional en el lapso referido.

¹ R. WALTER, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz Verlag, Viena, 2004.

² R. WALTER, *op.cit.*, p. 1.



Nadie más preparado profesionalmente para desempeñar la función de juez constitucional que Kelsen. Como principal redactor de la Constitución definitiva de la primera república austriaca, Kelsen consideró que “el establecimiento de un Tribunal Constitucional era la pieza jurídica central”³. Nada más natural, pues, que se le eligiera unánimemente y en forma vitalicia por la Asamblea Nacional, que designaba a la mitad de los miembros mientras el Senado Federal tenía el encargo de escoger la otra mitad. Kelsen cumplía esas funciones desde 1919 en el Tribunal creado por ley de ese mismo año en la etapa provisional de la naciente república.

Las competencias atribuidas al Tribunal fueron:

1. Sobre las reclamaciones pecuniarias contra la Federación, las provincias o las localidades, que no puedan resolverse por la vía legal ordinaria.
2. Sobre determinados conflictos de competencias.
3. Sobre la legalidad de los reglamentos.
4. Sobre la constitucionalidad de las leyes.
5. Sobre la impugnación de determinadas elecciones.
6. Sobre acusaciones a órganos superiores.
7. Sobre el desconocimiento de los derechos constitucionalmente garantizados por decisiones de los funcionarios administrativos.

La actual Constitución mantiene las mismas líneas generales, si bien ha agregado otras atribuciones, como la relativa a la ilegalidad de los tratados y sobre las violaciones contra el derecho internacional⁴.

Ya fuera como ponente o como miembro del Tribunal, la labor de Kelsen durante esos diez años fue muy intensa. De ella presenta un resumen la obra de Walter en cada uno de los frentes de trabajo correspondientes a las funciones que atrás se detallan, destacando algunas, en la imposibilidad de hacerlo con todas, teniendo en cuenta en especial la posición jurídica de Kelsen en los diferentes temas.

Los principales rasgos que caracterizaron la tarea jurisprudencial de Kelsen pueden puntualizarse así:

1. Kelsen reconoce la labor creadora de derecho del Tribunal Constitucional, que se hace especialmente evidente en su estilo de interpretación;

³ R. A. METALL, *Hans Kelsen, vida y obra*, UNAM, México, 1976.

⁴ D. COLAS, *Textes constitutionnels français et étrangers*, Larousse, Paris, 1994.

2. Contra lo que se repite a veces, más que todo por desconocimiento de la doctrina de Kelsen, éste rechazaba una interpretación “demasiado formalista”.

3. En algunos casos en los que se enfrentaron el método de interpretación literal y el histórico-subjetivo, Kelsen optó por el primero, pues tratándose de un asunto evidente se impone su carácter objetivo sobre la arbitrariedad que representa adjudicar una determinada “voluntad” al legislador. Es claro que no todos los casos son evidentes y que, como lo enseña Kelsen en su *Teoría Pura*⁵ frecuentemente “el sentido de la norma no es unívoco”; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles. También la indeterminación del acto jurídico a efectuarse puede resultar de la existencia de dos normas válidas contradictorias. Por lo tanto la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales -en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal.”⁶ En esa misma obra Kelsen sostiene que ningún método es infalible para llegar a una sola respuesta correcta, pues siempre hay un margen de indeterminación entre la norma superior y la inferior en la gradación jurídica. De ahí que el Juez sea creador de derecho con una relativa libertad para el cumplimiento de esa función. Tampoco, señala Kelsen, existe un método para que el Legislador haga, interpretando la Constitución, la única ley correcta. De allí la libertad, en el caso del Legislador más amplia que la del juez, para crear normas.

Las anteriores consideraciones no corresponden, como es obvio, a su actividad judicial, pues la obra citada es posterior, o sea del año 1934, en su primera edición, y de 1960 la segunda, considerablemente ampliada por el autor, pero considero útil llamar la atención sobre ellas, pues no puede desligarse su calidad de Juez de su labor doctrinal. En muchos aspectos ésta se hizo presente en sus sentencias, observa Walter, como por ejemplo en sus exposiciones sobre aceptación de derogación o inconstitucionalidad.

No podemos entrar a detallar aquí las numerosas decisiones investigadas por el profesor Walter, pero si queremos destacar una que muestra la si-

⁵ H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1982, pp. 349 ss.

⁶ H. KELSEN, *op.cit.*, p. 352.

tuación política de Austria en vísperas de ser anexada por la Alemania de Hitler, la creciente influencia del fascismo en la conducción del Gobierno y la necesidad de eliminar o “domesticar” al Tribunal Constitucional, como uno de los escollos para el completo predominio autoritario, antesala de la dictadura.

Se trata de la importancia que adquirió la llamada sentencia sobre dispensas de matrimonios. El biógrafo de Kelsen, Métall⁷ nos ha relatado en detalle el problema, que ahora recuerda Walter en la obra comentada.

De acuerdo con la ley austriaca el matrimonio católico era indisoluble, siguiendo en todo la doctrina de la Iglesia Católica sobre el particular. Una situación semejante a la que vivió Colombia por largo tiempo. Solo se aceptaba la separación de los cónyuges⁸, pero no el divorcio vincular. Por consiguiente cualquier segundo matrimonio de uno de los cónyuges, en tanto estaba vigente el primero, era sancionado penalmente como bigamia.

Sin embargo, el Código Civil de Austria, por la influencia del poder monárquico, autorizaba una dispensa de los impedimentos por parte del Emperador o sus representantes, lo que permitía que las personas en la situación descrita pudieran volver a casarse. Tratándose de un acto de gracia del Monarca no se señaló ningún límite al otorgamiento de tales dispensas. Al establecerse la República tales disposiciones siguieron vigentes, pues los partidos católicos y de derecha se opusieron siempre a una reforma del régimen matrimonial, y en contrapartida aceptaron que las dispensas continuaran. Esa tolerancia no siguió mucho tiempo.

La contradicción entre los dos principios, el de la indisolubilidad del matrimonio y el de las dispensas, se puso de manifiesto desde el momento en que un tribunal declaró inválida una dispensa otorgada por una autoridad administrativa. En adelante se multiplicaron los casos de invalidación.

El tema llegó al Tribunal Constitucional como conflicto de competencias. Era evidente que un Tribunal ordinario carecía de competencia para pronunciarse sobre la ilegalidad de un acto administrativo, para cuyo conocimiento solo era competente el Tribunal Constitucional. Es un punto que Kelsen explica detenidamente en su autobiografía y que él defendió con éxito en el Tribunal Constitucional.

⁷ R. A. METALL, op. cit., pp. 54 ss.

⁸ La cesación de los deberes matrimoniales de “mesa y lecho”.



La actitud del Tribunal Constitucional -dice Kelsen- nada tenía que ver con la cuestión de la legalidad o ilegalidad del otorgamiento de la dispensa matrimonial hecha por la autoridad administrativa y que constituía el acto reclamado por los tribunales. La Corte se limitaba a cumplir su tarea de mantener los límites de competencia existentes entre tribunales y autoridades administrativas.

El tema fue utilizado por las fuerzas reaccionarias para adelantar una verdadera cruzada, especialmente por medio de la prensa, contra la Corte Constitucional, que llevó finalmente a su disolución en 1929 y la destitución de los jueces “vitalicios” a partir del 15 de febrero de 1930. La reorganización de la Corte que siguió solo pudo conducir a su sometimiento al gobierno, como lo previó Kelsen al no aceptar que se le postulase para integrarla. Su anuncio se cumplió de inmediato.

Bien vale la pena transcribir la anotación que uno de los más grandes escritores de lengua alemana, Robert Musil, el autor de *El hombre sin calidades*, escribiera en su diario, como lo rememora el mismo MétaI:

“En el diario aparece hoy que, con fundamento en la nueva ley, el Tribunal Constitucional ha sido recientemente constituido. En lugar de dos famosos juristas, Kelsen y Lauer, ha llegado un profesor universitario social-cristiano.....también hoy en la mañana pensé que se debería fundar una unión contra la difusión de la estupidez”⁹.

Debemos felicitarnos de la dedicación del profesor Walter, uno de los más autorizados interpretes de la doctrina kelseniana, a la cual ha hecho aportes invaluable, al adelantar esta paciente y sistemática indagación sobre la tarea jurisprudencial de Kelsen en los diez años de judicatura en el Tribunal Constitucional de Austria. Con esta publicación se completan 27 volúmenes en la Serie del Instituto Hans Kelsen de Viena.

LUIS VILLAR BORDA
 Universidad Externado de Colombia.
 e-mail: joillar@uexternado.edu.co

⁹ Viena, 6 de febrero de 1930, reproducido por METALL, op. cit.



