

La adopción de las «listas vinculadas» perjudicaría, en definitiva, la influencia de los electores sobre la elección de los candidatos ya que: «la decisión está exclusivamente en las manos de la élite de partido y es difícil evitar el peligro de una dictadura de partido [...] la «lista vinculada» no es una elección, sino una investidura por parte de la dirección del partido».⁵⁶⁹

En un imaginario y duro enfrentamiento a distancia con Renner, el jurista recordaba que el Canciller, en su intervención en la Asamblea provisional, había defendido un nuevo sistema electoral que estuviera en condiciones de representar los grandes intereses, las grandes visiones políticas, más que los denominados «restos».⁵⁷⁰ Kelsen observaba polémicamente que, con aquella declaración, Renner había terminado por negar el sentido mismo del sistema proporcional.⁵⁷¹

Las intervenciones de Kelsen sobre el sistema proporcional ofrecen, por tanto, una serie de interesantes coordenadas y puntos de referencia acerca de su posición sobre la representación popular, sobre la democracia parlamentaria y sobre la representación de las minorías. En sus artículos, el jurista se enfrentaba con la nueva realidad política austriaca basada, como hemos visto, sobre la centralidad del parlamento y, al mismo tiempo, con respecto a los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, desplazaba su análisis sobre el parlamento del plano jurídico al más propiamente político, y llegaba a conclusiones que se revelarían importantes para la redacción de *De la Esencia y valor de la democracia*.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, pág. 90. Es razonable suponer que Kelsen se refiriese precisamente a los nacional-alemanes cuando observaba que «contra las "listas vinculadas" se habían alzado serias objeciones tanto en la Comisión para la ley electoral como en la Asamblea», *ibid.*

⁵⁷⁰ Sobre este aspecto concreto, cfr. cap. 3.

⁵⁷¹ *Ibid.*, pág. 51.

V. HANS KEISEN Y EL NACIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. KARL RENNER Y GEORG JELLINEK: DOS MODELOS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El desacuerdo manifestado por Kelsen sobre el proyecto de sistema electoral no perjudicó su relación de colaboración con el Canciller socialdemócrata, que le confió una doble tarea: redactar el primer borrador constitucional y preparar la recepción del nuevo ordenamiento republicano del Reichsgerrichtshof, el Tribunal imperial de la época habsbúrgica.

La participación de Kelsen en el proceso constituyente, entre 1918 y 1920, muestra que las dos tareas estaban estrechamente vinculadas, ya que en ambas subyacía un mismo problema específico, la consolidación del estado republicano democrático que, desde la perspectiva del período, implicaba sobre todo una eficaz solución del conflicto entre Bund y Länder, que se había evidenciado desde el otoño de 1918.⁵⁷²

Los primeros intentos de instituir un Tribunal imperial se remontan a la Constitución «octroyée» de Marzo (1849), concedida por el Emperador con el fin de neutralizar y controlar los impulsos más radicales del movimiento revolucionario, que en la Austria habsbúrgica, así como en el resto de Europa, se había difundido entre 1848-1849.⁵⁷³ El fin del bienio revolu-

⁵⁷² Cfr. cap. 3.

⁵⁷³ La constitución de Marzo preveía que el Reichsgerrichtshof se ocupase de la «violación de los derechos» por parte de los funcionarios de estado, y de la deposición, suspensión y sustitución de los jueces; intervendría como suprema instancia de decisión en todas las controversias entre «las autoridades gubernativas de los Länder y la central», decidiría con respecto a los complots o atentados contra el Jefe del estado y contra el Reichstag o el Landtag, y se expresaría también sobre casos de *impachment*. El proyecto de un Reichsgerrichtshof se integra-

cionario y el consiguiente aislamiento de las corrientes reformistas del Imperio determinó que se dejase de lado el proyecto de un Reichsgerichtshof, que se pondría en marcha sólo en 1867, tras la transformación en sentido completamente constitucional de la Monarquía habsbúrgica⁵⁷⁴.

La constitución emanada en 1867 preveía tres leyes fundamentales: la primera sobre derechos de los ciudadanos, la segunda sobre la autoridad judicial y la tercera sobre la institución del Reichsgerichtshof, estrechamente vinculada con el catálogo de los derechos. Exactamente como estaba previsto en el proyecto constitucional de 1848, el Reichsgerichtshof era definido como *Spezialverwaltungsgeschichtshof* (Tribunal administrativo especial), ya que tenía que defender los «derechos políticos», si bien sus decisiones sobre los derechos violados no eran «casatorias».

Este era el mismo tiempo Kausalgerichtshof, en la medida en que debía sobre las quejas de los individuos contra la autoridad central o los Länder, cuando tales quejas no competían a la jurisdicción ordinaria; y, en definitiva Kompetenzgerichtshof, que intervenía para asegurar el respeto de los límites de competencias entre la autoridad judicial y administrativa, entre autoridad administrativa regional y estatal, así como entre Tribunal de casación y Tribunal administrativo⁵⁷⁵.

Las tareas principales del Reichsgerichtshof consistían, entonces, en la protección de los derechos previstos por la Constitución y en la resolución de eventuales conflictos entre centro y Länder. A pesar de que los diputados de la Asamblea nacional provisional subrayaron la «ruptura» con el pasado habsbúrgico, fue el propio Renner, en la sesión del 30 de octubre, quien solicitó que una institución análoga al Reichsgerichtshof, esto es, un Tribunal de estado, fuera introducida en el nuevo ordenamiento:

Actualmente no tenemos la posibilidad de crear un Tribunal de estado con todas las garantías del a-partidismo y de la objetividad judicial. Hemos encargado temporalmente esta función a una Comisión de esta Asamblea compuesta por veinte miembros [se refiere al Consejo de esta-

ba directamente en el intento de constitucionalizar la monarquía habsbúrgica. R. Walter, «Der Verfassungsgerichtshof in historischer Hinsicht», en *Festschrift für E. C. Hellbling*, Salzburg, W. Fink Verlag, 1971, págs. 734-735; H. Rumpel-P. Urbanisch (Hrsg.), *Verfassung und Parlamentarismus...*, cit., págs. 187-188.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, pág. 738; G. Stourzh, «Altösterreichische Verfassungswirklichkeit und Verfassungsgeschichte», en *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, cit., pág. 247.

⁵⁷⁵ Junto al Reichsgerichtshof había sido introducido también un Staatsgerichtshof que debía decidir sobre casos de *Impachment*. W. Brauneder, *Osterreichverfassungsgeschichte*, cit., pág. 174; G. Stourzh, *Altösterreichische Verfassungswirklichkeit und Verfassungsgeschichte*, cit., pág. 249; R. Walter, *Der Verfassungsgerichtshof in historischer Hinsicht*, cit., págs. 738-739.

do] [...] Después, en un futuro no muy lejano, volveremos sobre este punto y en el lugar de un Tribunal de estado (Staatsgerichtshof) tendremos un Tribunal constitucional (Verfassungsgeschichtshof) que no tendrá que ocuparse sólo de la protección de los ciudadanos, sino también de las disposiciones estatales, de la libertad de voto y de nuestro derecho público⁵⁷⁶.

Renner invitaba a los constituyentes austriacos a acoger la tradición histórica de tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, representada por el Reichsgerichtshof, ampliando sus competencias para adaptarlo a un distinto contexto histórico-político. Renner, que en los años precedentes a la Primera Guerra Mundial se había mostrado interesado y atento observador de la realidad política imperial, había utilizado el término *Verfassungsgeschichtshof* (Tribunal constitucional) en *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* (*El derecho a la autodeterminación de las naciones*) de 1917, donde había hablado de un Bundesverfassungsgeschichtshof (Tribunal constitucional federal)⁵⁷⁷.

En el ensayo sobre el «derecho de autodeterminación», Renner había sostenido la necesidad de transformar el Imperio austro-húngaro en un conjunto federal y democrático de los pueblos danubianos y, partiendo de la consideración de que en los estados federales «los conflictos de competencias eran más frecuentes y peligrosos que en los estados unitarios, concluía que «cada estado federal necesita de un concreto Tribunal constitucional»; ese último, desde el punto de vista del líder socialdemócrata, constituía el instrumento jurídico apropiado para asegurar una ordenada división entre las «tareas» del parlamento federal, y las representaciones de las naciones y de los Länder⁵⁷⁸. En concreto, el Tribunal constitucional examinaría la constitucionalidad de una «ley» o de un «decreto» de un estado miembro o de un Land, a petición del parlamento y del gobierno federal, con independencia de que los estados miembros pudieran plantear la misma pretensión respecto a un acto del gobierno o del parlamento central.

La ley que el Tribunal declaraba inconstitucional se convertía en «nula», por lo que los ciudadanos no tenían ya ninguna obligación de respetarla. Como el Reichsgerichtshof de 1867, el Tribunal constitucional imaginado por Renner debía garantizar los derechos previstos en la Constitución; ésta

⁵⁷⁶ *Senographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung*, cit., pág. 33.

⁵⁷⁷ En realidad, Renner había utilizado por primera vez el término *Verfassungsgeschichtshof* en *Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat* de 1902, del que *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* constituía la edición ampliada y actualizada. Sobre *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, cit. cap. 4.

⁵⁷⁸ K. Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, cit., pág. 292.

le parecía a Renner el final necesario del «edificio constitucional de la federación»⁵⁷⁹.

La expresión Tribunal constitucional no había sido inventada por Renner: él se había inspirado, tanto para el término como para algunos aspectos conceptuales, en Georg Jellinek, quien en 1885 había publicado para el editor vienes Alfred Hölder un breve ensayo, titulado *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Un Tribunal constitucional para Austria)*⁵⁸⁰. Profundo conocedor y atento observador de la realidad constitucional austriaca, Jellinek había propuesto el término «Verfassungsgerichtshof», concepto que, en el ensayo del jurista, encontraba «su primera expresión completa»⁵⁸¹.

La premisa teórica (y política) sobre la que se basaba *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* era fuertemente anti-parlamentaria; mientras, observa Jellinek, las «batallas constitucionales» del pasado habían estado marcadas por la lucha contra las violaciones y los excesos del gobierno, el problema actual era impedir a los parlamentos elaborar leyes que violasen la Constitución. Jellinek no era, sin embargo, el primero en poner en correlación el Tribunal constitucional y el control de la actividad parlamentaria. La misma consideración había sido expresada algunos años antes por el jurista y expone del movimiento liberal húngaro Joseph von Eötvös, que en 1854 había publicado *Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat (La influencia de la idea de dominio en el siglo XIX sobre el estado)*, donde había propuesto adoptar un «Tribunal superior» para impedir al parlamento violar la constitución⁵⁸².

En la situación específica del Imperio austro-húngaro, la «ilegalidad parlamentaria» se manifestaba, según Jellinek, en el caso de validez de elecciones contrasadas, en los conflictos entre legislación simple y constitucional y en los conflictos entre la legislación del Reich y la de los Länder.⁵⁸³ Je-

⁵⁷⁹ Al Tribunal le acompañaría un especial Staatsgerichtshof que aseguraría la «responsabilidad de los órganos ejecutivos con respecto a los legislativos». K. Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, cit., págs. 292-293.

⁵⁸⁰ Parece que el ensayo había nacido por una serie de errores y faltas cometidas por el Reichsgerichtshof en la protección de los derechos de las minorías nacionales del Imperio habsbúrgico. G. Stourzh, *Altkaiserliche Verfassungsentwicklung und Verfassungsgerichtshof*, cit., pág. 258. Stourzh llama la atención sobre el vínculo entre el ensayo de 1885 y el problema de las minorías, que caracterizó claramente la obra «política» de Jellinek.

⁵⁸¹ A. J. Noll, *Georg Jellineks Forderungen nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich*, en *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, cit., págs. 365-366.

⁵⁸² H. Haller, *Die Prüfung von Gesetzen*, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1955, págs. 18-19; A. J. Noll, ob. cit., pág. 261. Sobre la obra política del liberal húngaro, cf. G. Stourzh, *Die politischen Ideen Josef von Eötvös und das österreichische Staatsproblem*, en ídem., *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, cit., págs. 216-237.

⁵⁸³ G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, cit., págs. 8-9.

Jellinek se refería en concreto a la ley que, el 2 de abril de 1873, había conferido al Parlamento imperial y a las Asambleas regionales el derecho de decidir sobre la legitimación de sus miembros y, por tanto, sobre la legitimidad de la elección de los cuerpos electivo-representativos⁵⁸⁴. En clara polémica con esta medida, Jellinek se preguntaba en base a qué premisas un «órgano político», y, en cuanto tal, viciado por el particularismo de los intereses de los partidos, podía decidir, en última instancia, sobre un problema de legitimidad: sólo un «Wahlgerichtshof» (Tribunal electoral) podía juzgar «sobre el derecho de los elegidos»⁵⁸⁵.

Según las críticas de Jellinek, el ordenamiento habsbúrgico se demostraba poco sistemático y nebuloso también en la distinción entre la legislación constitucional y la ordinaria. Jellinek observaba que en ninguna parte de la Constitución de 1867 se especificaban las materias en las cuales se decidía por mayoría cualificada o por mayoría simple. Proponía recurrir a la mayoría cualificada cada vez que fuera necesario modificar la Constitución, reconociendo igualmente que esto no resolvía completamente el problema de la defensa de la constitución⁵⁸⁶.

La solución residía, de nuevo, en un órgano judicial que debería tener las características de un Tribunal arbitral, de un «tercero neutral», lejano de la realidad política de los partidos, para que la Constitución y su necesario respeto no acabasen por depender del «arbitrio del partido dominante y de las posiciones de los partidos». En concreto, Jellinek atribuía a una minoría de la Cámara el derecho de recurrir al Tribunal arbitral para verificar si un determinado proyecto de ley modificaba indebidamente la constitución⁵⁸⁷. Análogamente a lo sostenido para la adopción del Tribunal electoral, Jellinek repetía que sólo a través del recurso a una instancia judicial podía garantizarse una turela válida de la constitución⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ A. J. Noll, ob. cit., pág. 265.

⁵⁸⁵ G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, cit., págs. 14-16. En la identificación entre «político», por un lado, y «parcial», «particularismo», «conflictividad», por el otro, Jellinek parecía haber acogido la lección manifestada por Paul Laband en la celebre obra sobre el *Diritto del bilancio* de 1871; cf. S. Amato, *Il problema «partito» negli scrittori politici tedeschi (1815-1914)*, cit., págs. 86-87.

⁵⁸⁶ G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, cit., págs. 18-19.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, págs. 23-24; cf. B. Caravita, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padua, CEDAM, 1985, pág. 36.

⁵⁸⁸ G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, cit., págs. 24-26. A la observación de que los jueces del Tribunal podían estar movidos por sus «pasiones» y, por tanto, emitir juicios falsados o parciales, Jellinek objetaba que los jueces, a diferencia de los hombres políticos, estaban vinculados en su actuación al respeto del derecho, antes que a los intereses de partido, *ibid.*, pág. 24.

La parte teórica más articulada del ensayo jellinekiano era la relativa a los conflictos de competencia entre la legislación del Imperio y la de los Länder. Un problema que le parecía a Jellinek especialmente urgente, ya que «en la Constitución de diciembre [de 1867] falta una específica garantía acerca de la decisión de los conflictos entre la legislación imperial y la de los Länder».⁵⁸⁹

Esto incrementaba el peligro de los conflictos, peligro que, a su juicio, no existía en América y en Suiza, donde «la legislación federal y estatal no tenían el mismo valor», ya que en ambos estados «que se apoyan sobre el principio federal, la preferencia se otorga a las leyes emanadas por el estado central con respecto a las emanadas por los estados miembros»; en Austria, por el contrario, los dos tipos de legislación se encontraban en el mismo plano.⁵⁹⁰

Para impedir conflictos de competencia, Jellinek proponía un «control preventivo» sobre las leyes a través de un cuerpo judicial, es decir, el Tribunal constitucional, al cual pudiera recurrir un organismo representativo o el gobierno.⁵⁹¹

La transformación del ya existente Reichsgerichtshof en Verfassungsgewichtshof determinaría así la completa creación de un sólido «estado constitucional» austriaco.⁵⁹²

⁵⁸⁹ *Ibid.*, pág. 29.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, pág. 30.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Ibid.*, pág. 66. El ensayo de 1885 se caracterizaba por la capacidad de fundir la capacidad teórica con un puntual conocimiento histórico, un «rasgo» por otra parte típico de la obra de Jellinek. Este aspecto se ve con especial eficacia en los pasajes en los que el jurista comparaba el desarrollo constitucional alemán y el austriaco desde mediados del siglo *xx*. Observaba que en el bienio revolucionario 1848-1849 también los constituyentes alemanes habían previsto un Reichsgericht, demostrando comprender que «en las cuestiones constitucionales los partidos de representación popular deben someterse a una instancia a-partidista». Sin embargo, a diferencia de la Constitución de 1848, la bismarckiana de 1871 «muestra limitados apuntes a la protección judicial de la Constitución así como del Imperio y de los estados concretos», por lo que, por ejemplo, las controversias entre los estados de la Federación eran «líquidas» por el Bundesrat a petición de una de las partes. Según Jellinek, en el bienio 1848-1849 la experiencia constitucional alemana y austriaca habían sido puestas en común por la propuesta de un Tribunal imperial como suprema instancia planteada para defender los derechos garantizados por la Constitución y como juez de eventuales conflictos entre el Reich y los estados concretos. Pero desde finales de los años 60, alemanes y austriacos habían elegido caminos distintos: el Reich alemán había abandonado la idea de un Reichsgericht y sin este, observaba Jellinek, «un estado federal [...] no es un estado de derecho en el sentido pleno del término», mientras que a los austriacos el jurista les reconocía haberse comprometido muy pronto con la creación de un Reichsgericht, *ibid.*, págs. 58-62. Consideramos que la diferencia entre el «camino» alemán y el austriaco surgió de nuevo tras el final de la Primera Guerra Mundial, cuando los constituyentes alemanes, tras un largo debate, decidieron no adoptar un Tribunal constitucional.

El Tribunal electoral, el Tribunal arbitral y, especialmente, el Tribunal constitucional eran instancias necesarias para defender la Constitución contra los excesos y las transgresiones cometidas por los partidos y por la práctica parlamentaria. En ese sentido, *Ein Verfassungsgewichtshof für Österreich* era un buen ejemplo de esa desconfianza y de esa actitud crítica con respecto al órgano legislativo que caracterizó la reflexión más propiamente política de Jellinek.⁵⁹³

El ensayo de 1885 anticipaba también otro aspecto que Jellinek profundizaría en sus obras posteriores: la idea del parlamento como mero «órgano del estado», cuyas competencias eran fijadas por la constitución.⁵⁹⁴ «no es el poder legislativo sino el estado el que hace las leyes, no es el gobierno quien las realiza, sino la voluntad del estado [...] la propia voluntad del estado adquiere forma concreta en la obra del Ejecutivo».⁵⁹⁵

El punto de vista desde el que observar al poder legislativo y ejecutivo era la «voluntad del estado» que se articulaba según las normas contenidas en la Constitución, por lo que salvaguardar la Constitución significaba salvaguardar la correcta manifestación de aquella voluntad. Tal protección tenía lugar en particular *contra* las ocasionales «amenazas» que podían derivar del órgano parlamentario.⁵⁹⁶

En su *Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, Renner parecía haber tomado prestado de Jellinek una doble consideración: por un lado, la idea de que «donde había que dirimir un conflicto esto podía suceder sólo a través de la sentencia de un juez»; y, por el otro, la convicción de que los estados federales, para su específica conformación, necesitaban de un Tribunal constitucional que resolviese las posibles controversias entre autoridad central y regional.

En su intervención en la Asamblea nacional provisional, el líder socialdemócrata aceptaba la solicitud del Tribunal constitucional con un significado, no obstante, sustancialmente distinto del expuesto anteriormente en *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*. En el discurso leído ante la Asamblea, no preveía que el Tribunal constitucional se activara en torno a conflictos de competencia entre Bund y Länder. Y esto daba testimonio de cuánto Renner, y junto con él la mayoría de los socialdemócratas, esperaban que la

⁵⁹³ Sobre el tema, *cf.* cap. 2.

⁵⁹⁴ G. Jellinek, *Ein Verfassungsgewichtshof für Österreich*, *cit.*, págs. 2-4.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, pág. 4.

⁵⁹⁶ A este Jellinek contraponía el Richteramt (el orden judicial), al que reconocía los rasgos de a-partidismo y neutralidad, que eran necesarios para proteger la Constitución, o mejor, la voluntad del estado. D. Wyduckel, «Georg Jellinek's Beitrag zur Verfassungsgeschichtskritikentwicklung», en *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, *cit.*, pág. 286.

pequeña república austro-alemana se transformara en un estado unitario y centralizado, más que en uno federal.⁵⁹⁷

En los meses de noviembre y diciembre de 1918 la actividad de la Cancillería de estado para la introducción del Reichsgerichtshof fue muy intensa; participe de aquella actividad, Kelsen elaboró en diciembre del mismo año un breve «memorandum», *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes (Proyecto de ley sobre la institución de un Tribunal constitucional)*, en el que exponía algunas ideas sobre la transformación del Tribunal imperial en Tribunal constitucional.⁵⁹⁸

En su «memorandum», Kelsen partía de dos tipos de argumentaciones; observaba antes que nada que, en el plano estrictamente jurídico, la existencia del Reichsgerichtshof era «contradictoria» con las nuevas disposiciones constitucionales, ya que «junto a la vieja Constitución todas las normas que se fundaban sobre ella han sido eliminadas».⁵⁹⁹ Kelsen subrayaba así la fuerte discontinuidad entre el periodo imperial y el republicano: «contra el mantenimiento del nombre “Tribunal imperial” no habla sólo el hecho de que no existe ya un “Imperio”, sino también la necesidad de manifestar a través de la modificación del nombre la falta de continuidad jurídica».⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Exactamente como propuso Jellinek en el ensayo de 1885, Renner solicitaba que las competencias del antiguo Staatsgerichtshof, que decidía en los casos de *impeachment*, pasaran al Verfassungsgerichtshof. Incluso en la petición de atribuir al Verfassungsgerichtshof las competencias de un Wahlgerichtshof, Renner parecía haberse inspirado en el ensayo de Jellinek, en el que se avanzaba la hipótesis de transferir al Tribunal constitucional las competencias de un Tribunal electoral, ya que este último, en el ámbito austriaco, se ocupaba de la defensa de los derechos constitucionalmente garantizados. G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, cit., pág. 33; cfr. G. Schmitz, «The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920», *Ratio Juris*, 2003, pág. 241.

⁵⁹⁸ G. Schmitz, *Briefe aus St. Germain...*, cit., pág. 22; ídem, *The Constitutional Court of the Republic of Austria*, cit., pág. 242. El «memorandum» fue descubierto por G. Stourzh en los Archivos de la Cancillería de estado de Viena y atribuido por el estudioso a Kelsen. El texto ha sido publicado de nuevo en apéndice en G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...*, cit. Kelsen habla ya citado el escrito de Jellinek sobre el *Verfassungsgerichtshof für Österreich* en su breve comentario de 1907 sobre el ordenamiento electoral del Parlamento imperial. H. Kelsen, *Kommentar der österreichischen Wahlordnung...*, cit. pág. 1.

⁵⁹⁹ H. Kelsen, *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*, en G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...*, cit., pág. 308.

⁶⁰⁰ *Ibid.* Esta misma observación reaparecería en la *Introducción* a la primer parte de su Comentario a las leyes constitucionales de la Asamblea nacional provisional, publicado en diciembre de 1918: «la fundación del estado austro-alemán tiene un carácter puramente revolucionario, ya que la Constitución, que se ha expresado con el nuevo estado austro-alemán, no tiene ninguna relación jurídica con la Constitución de la vieja Austria»; y tal ruptura Kelsen la relacionaba con la creación de una «Asamblea nacional provisional de la Austria alemana [que] se ha arrogado para sí, para un determinado ámbito territorial, la completa soberanía». El carácter «revolucionario» de esta reivindicación se había explicitado después en la procla-

A demás, para Kelsen el paso del antiguo al nuevo ordenamiento consistía en el hecho de que la soberanía no pertenecía más al estado imperial sino al órgano legislativo que la ejercía en nombre del pueblo.⁶⁰¹ La proclamación de la república democrática hacía imposible, así, la mera reproposición del Reichsgerichtshof: «con el antiguo estado austriaco han dejado de existir jurídicamente también sus órganos. En su lugar deben ponerse unos nuevos a través de la Constitución de la república austro-alemana».⁶⁰²

Al antiguo Reichsgerichtshof Kelsen le reconocía, no obstante, el mérito de haber garantizado los derechos políticos y de haber representado un instrumento bastante eficaz en la solución de los conflictos entre Reich y Länder, gracias a su «neutralidad»; por esta razón, pedía que ambas funciones estuvieran preservadas en el ordenamiento republicano, a condición de que el Tribunal no se llamara más Reichsgerichtshof, sino Verfassungsgerichtshof (Tribunal constitucional).⁶⁰³

Análogamente a lo sostenido por Renner en su intervención del 30 de octubre, Kelsen deseaba que las prerrogativas del nuevo Tribunal se extendieran «a las decisiones acerca de las quejas ministeriales y a la verificación de la legitimación electoral», y que esto se hiciera en «defensa de la Constitución».⁶⁰⁴

Desde el punto de vista teórico el breve escrito de 1918 parecía esencialmente «verde», pero testimoniaba igualmente el interés de Kelsen por el tema, y se caracterizaba por la sistemática con la que el jurista vinculaba la creación del Tribunal constitucional al cambio político e institucional acaecido en Austria. El «memorandum» redactado por Kelsen representaba, además, un ulterior testimonio de la distancia conceptual e histórica que separaba a Kelsen del maestro Jellinek, acerca del papel y el significado del parlamento. Con el preciso objetivo de no atribuir la soberanía ni al monarca ni a las representaciones populares, el Tribunal constitucional teorizado por Jellinek se planteaba como tutela de la Constitución, concebido como descripción de las características y de las prerrogativas del estado, único poseedor de la soberanía.⁶⁰⁵

nación de la República democrática. H. Kelsen, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreichs*, cit., pág. 10.

⁶⁰¹ H. Kelsen, *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*, cit., pág. 308.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ *Ibid.* Kelsen habla de la «completa independencia y la extraordinaria cualificación científico-jurídica de los miembros» del Reichsgerichtshof, *ibid.*

⁶⁰⁴ H. Kelsen, *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*, cit., pág. 309.

⁶⁰⁵ D. Quaglioni, *La sovranità*, cit., págs. 95-96; M. Fioravanti, *Costituzioni*, cit., págs. 136-137.

Desde una perspectiva de general desconfianza con respecto al órgano parlamentario, Jellinek había atribuido además al Tribunal constitucional la tarea de controlar y, dada la ocasión, neutralizar aquellos comportamientos del parlamento que pudieran constituir una amenaza para la Constitución.

Por el contrario, el Tribunal constitucional en el que pensaba Kelsen en su «memorándum» no sólo no era concebido con una función anti-parlamentaria, sino que reconocía precisamente al parlamento central, a la Asamblea nacional, la plena soberanía sobre los territorios de la Austria alemana. Esta profunda diferencia podía seguramente relacionarse con el concreto contexto histórico-político en el que Kelsen había escrito su «memorándum»; es decir, el nacimiento de una república democrática basada en la primacía del parlamento, pero también con el hecho de que en la obra de Jellinek estaba presente una postura prejudicial hacia el parlamento que Kelsen no tenía, y que había demostrado no tener ya desde los célebres *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

Como intentaremos demostrar en las próximas páginas, las consideraciones que, entre 1919 y 1920, Kelsen elaboró en torno al Tribunal constitucional se entrelazaron estrechamente con las posiciones que él asumió con respecto al papel y al significado de la Asamblea nacional, el nuevo órgano legislativo.

2. LA CREACIÓN DEL VERFASSUNGSGERICHTSHOF: EL ENFRENTAMIENTO ENTRE BUND Y LÄNDER

Con la ley del 25 de enero de 1919 se instituyó, precisamente como había propuesto el propio Kelsen, el Verfassungsgesichtshof.

Las competencias del nuevo Tribunal serían tres: 1) decisión sobre los conflictos de competencia; 2) quejas contra el Bund o contra los Länder si estas no atañían a la jurisdicción ordinaria y 3) reclamaciones contra la violación de los derechos políticos⁶⁰⁶.

En su «memorándum» Kelsen había observado que era indispensable introducir un Tribunal constitucional para dirimir las posibles controversias

⁶⁰⁶ Schmitz, *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920*, cit., págs. 245-246; G. Halbling, ob. cit., pág. 413; G. Volpe, *Il costituzionalismo del novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, págs. 159-160. El *plenum* del Verfassungsgesichtshof incluía un presidente, un vicepresidente, 8 miembros y 4 miembros suplentes; la elección del presidente, del vicepresidente y de los jueces era una prerrogativa exclusiva del Consejo de estado. G. Schmitz, *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920*, cit., pág. 246.

entre Bund y Länder. La observación no era puramente teórica, mas ésta se integraba en un contexto histórico-político caracterizado por relaciones especialmente contróvertidas entre el poder central y los Länder. Kelsen era perfectamente consciente de esto, como quedaba claro en una contribución titulada *Die Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich (La posición de los Länder en la actual Austria alemana)*. Originalmente escrito en las semanas sucesivas a la promulgación de la ley sobre la «asunción de la soberanía en los Länder» del 14 de marzo de 1919, la versión definitiva del documento apareció entre 1919 y 1920 en la «Zeitschrift für öffentlichen Recht»⁶⁰⁷.

Kelsen identificaba ante todo tres escenarios posibles para Austria: 1) estado burocrático centralizado; 2) sistema de administración autónoma y descentralizada; 3) estado federal. Si bien alimentaba serias dudas sobre la solución federalista, el jurista era consciente de que esta última era la propuesta que encontraría mayor consenso, no sólo porque con el fin del conflicto mundial los Länder habían reivindicado su «originaria libertad e independencia», sino sobre todo porque éstos constituirían «individualidades políticas» que, a su juicio, habrían tolerado mal ser reducidas a «limitadas provincias de un estado unitario»⁶⁰⁸.

Esto no comportaba, sin embargo, la transformación de la Austria alemana en un «Bund der Länder» (Federación de los Länder), porque el poder legislativo de la Asamblea nacional provisional no había sido concedido a ésta por los Länder, sino que había sido reivindicado para sí por el mismo órgano a través de la ley del 30 de octubre de 1918 «sobre la soberanía». A la luz de esta consideración, Kelsen captaba en las denominadas «declaraciones de adhesión», ideadas por Renner, una contradicción interna⁶⁰⁹; por un lado habían sido concebidas por los Länder como un «contrato» a través del cual éstos se unían, constituyendo una especie de Federación; por otro, en las declaraciones se reconocía la existencia del estado austro-alemán en su

⁶⁰⁷ La primera versión del documento lo encontró Felix Ermacora entre los documentos de la Cancillería de estado austriaca, y la publicó en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform. Band 9/II*, Viena, W. Braumüller, 1989. En las notas hemos referido tanto los pasajes originales como a aquellos que corresponden a la versión publicada por la «Zeitschrift für öffentliches Recht».

⁶⁰⁸ H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, cit., págs. 2-3 y H. Kelsen, «Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1919/1920, págs. 98-101.

⁶⁰⁹ Sulle «dichiarazioni di adesione», cfr. cap. 3.

«Constitución unitaria»⁶¹⁰. «El concepto de una adhesión libre y contractual de los Länder a una Austria alemana como Federación de estados y el concepto de un estado austro-alemán existente en su Constitución unitaria son inconciliables»⁶¹¹.

Según Kelsen, el estado austro-alemán había surgido tras la asunción por parte de la Asamblea nacional de la plena soberanía y no sobre la base de un contrato entre Länder⁶¹². La nueva Asamblea constituyente habría optado probablemente al final por la solución federalista, pero precisamente en este caso se habría convertido en central y viral *neutralizar* las tendencias centrifugas de los Länder y mantener el equilibrio entre estos y el centro, activando un Bundesverfassungsgerichtshof (Tribunal constitucional federal), al cual habría podido recurrir el Bund contra leyes anticonstitucionales de los Länder y en defensa de la constitución⁶¹³. Kelsen manifestaba así un fuerte prejuicio hacia los órganos legislativos de los Länder porque en ellos veía una seria amenaza a la unidad del estado que, a su juicio, había sido sancionada por la asunción de la plena soberanía sobre los territorios austro-alemanes por parte de la Asamblea nacional⁶¹⁴.

La postura crítica de Kelsen con respecto a la actividad legislativa de los Länder, reflejaba la ley del 14 de marzo de 1919 sobre la «asunción de la soberanía en los Länder». Con esta ley había sido introducido el control preventivo de las leyes de los Länder por parte del gobierno central,

⁶¹⁰ H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920*, cit., págs. 5-7 y H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, cit., págs. 106-107.

⁶¹¹ H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920*, cit., págs. 9; H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, cit., págs. 107.

⁶¹² En este sentido, Kelsen atribuyó a la soberanía un carácter decididamente concreto, del todo ausente en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

⁶¹³ H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920*, cit., págs. 11; H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, cit., págs. 113. El término Bundesverfassungsgerichtshof remita al que había acuñado en 1917 Renner en *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*. G. Sourzth, *Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie*, in *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melicher zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H. Schäfer, Viena, Manz, 1993, págs. 12. Según la documentadísima contribución de Sourzth, Kelsen habría utilizado por primera vez la idea de Tribunal constitucional como medio para proteger la Constitución, en *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*. Este concepto había aparecido ya, sin embargo, en *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofs*.

⁶¹⁴ H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920*, cit., págs. 11; H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, cit., págs. 113.

en el caso de que hubiese existido la sospecha de que fueran anticonstitucionales⁶¹⁵.

En la primavera de 1919, Kelsen recibió de Renner el encargo de redactar un borrador de Constitución para un estado federal. El primer proyecto fue elaborado entre mayo y julio de 1919, y el 4 de julio del mismo año el responsable del gabinete de prensa de la Cancillería de estado, Ludwig Brügge, lo enviaba a Renner que se encontraba en St. Germain para las negociaciones de paz⁶¹⁶.

Entre mayo y noviembre de 1919 Kelsen elaboró seis proyectos constitucionales, o mejor, diseñó un proyecto constitucional inicial y cinco variaciones, según las indicaciones que le había dado Renner: el nuevo estado tendría muy probablemente una organización federal, pero las competencias más importantes se confiarían a los órganos centrales y la Austria alemana sería una república parlamentaria, precisamente como había sido establecido desde el principio del proceso constituyente⁶¹⁷.

El primer proyecto (K-1) era el «más favorable a los Länder» y en ese sentido parecía inspirarse en la Constitución federal suiza de 1874, ya que, precisamente como ésta, preveía la equiparación de la Cámara federal con la de los Länder (ambas participaban en la legislación) y la sustancial independencia de la legislación de los Länder con respecto a la del Bund⁶¹⁸.

⁶¹⁵ En *Die Stellung der Länder* Kelsen había expresado una serie de demandas teórico-políticas que, en 1919, circulaban en la propia Cancillería de estado de la que él era asesor. En el «memorandum» *Gedanken zur Frage der verfassungsrechtlichen Neugestaltung Deutsch Österreichs*, el presidente de la Cancillería de estado y jurista Georg Mannlicher consideraba indispensable, igual que Kelsen, confiar a las instituciones centrales todas aquellas competencias necesarias para tutelar «la existencia de todo el cuerpo político y económico». *Anträge der Abteilung für Verfassungsgesetzgebung bezüglich des weiteren Vorgehens über den Entwurf einer bündestaatlichen Verfassungsurkunde*, cit., en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, cit., págs. 32-33.

⁶¹⁶ G. Schmitz, *Karl Renners Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, cit., págs. 31.

⁶¹⁷ *Ibid.*, págs. 44. Desde ahora los 6 proyectos kelsenianos se indicarán con la inicial y el número: K-1; K-II etc.

⁶¹⁸ H. Kelsen, *Die Verfassungsentwürfe Hans Kelsens*, en G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die Bundesverfassung*, cit., págs. 114; cf. G. Schmitz, *Karl Renners Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, cit., págs. 49-50. El carácter «länderfreundlich» del K-1 parecería contradecir lo afirmado en *Die Stellung der Länder*; debemos, no obstante, considerar que en la redacción de los borradores constitucionales Kelsen desempeñaba un papel «institucional» y, como asesor de la Cancillería, tenía el deber y la tarea de tomar en consideración más opciones acerca del futuro ordenamiento del estado austro-alemán, entre las cuales también la opción más favorable a las peticiones de las Regiones.

El carácter «länderfeundlich» (favorable a los Länder) del K-I suscitó las críticas de Renner, y precisamente de esta «desprobación» derivaron el segundo y el tercer proyecto (K-II; K-III), que denotaban en cambio una marcada influencia por parte del líder socialdemócrata. A la luz de la postura perjudicial en relación con los Länder, Renner pidió a Kelsen que planeara los proyectos sucesivos al K-I inspirándose en la Constitución federal de Weimar que, aprobada en agosto de 1919, preveía una Cámara de los Länder (Reichsrat) «ordenada de forma diferente al Reichstag».⁶¹⁹ Así en el K-II, el estado austro-alemán se definía como «una república democrática, basada sobre la soberanía del pueblo, y la relación entre Bund y Länder era modificada en favor del primero».⁶²⁰ Tal cambio se puede relacionar con el condicionamiento «a distancia» ejercido por Renner, que en un escrito redactado en el verano de 1919, *Die Leisätze für ein politisch-ökonomisches Programm der Koalition (Indicaciones para un programa político económico de la coalición)* rechazaba cualquier posibilidad de que la Cámara de los Länder pudiera participar en la legislación en paridad con la Cámara federal. Desde las iniciales posiciones «länderfeundlich», los proyectos de Kelsen llegaban en la quinta y en la sexta versión a coincidir esencialmente con lo que había solicitado Renner, esto es, un estado federal en el que, sin embargo, los poderes de los Länder estuvieran limitados.⁶²¹

La centralidad de la relación entre Bund y Länder en el proceso constituyente austro-alemán y, de rebote, en la formulación del papel del Tribunal constitucional se observaba aún más claramente en los encuentros interministeriales que tuvieron lugar en la Cancillería de estado en el otoño de 1919, y en los cuales tomó parte el propio Kelsen. Los encuentros promovidos por la Cancillería explicitaban lo que subyacía en los proyectos constitucionales y en las indicaciones que Renner le había hecho llegar, es decir, la preocupación por proteger la unidad de la Constitución contra posibles intentos por parte de los Länder de perjudicar la soberanía del nuevo estado. Con este objetivo se recordaban por ejemplo las constituciones de Suiza y de los Estados Unidos, pues estas «habían impedido la

⁶¹⁹ *La costituzione di Weimar*, a cargo de A. Moratti, Florencia, Sansoni, 1946, pág. 31.

⁶²⁰ H. Kelsen, *Die Verfassungsvorwürfe Hans Kelsens*, cit., pág. 114. Al gobierno federal le competía el «derecho de veto» contra la legislación regional en el caso de que ésta constituyese un serio peligro para los intereses federales, ibíd.

⁶²¹ K. Renner, *Die Leisätze für ein politisch-ökonomisches Programm der Koalition*, en G. Schmitz, *Karl Renners Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitische Folge*, cit., págs. 196-198. A la Cámara federal Renner le reconocía el derecho de pedir una modificación o una precisión acerca de las leyes elaboradas por el Bundestag; pero la decisión final le correspondía a este último, ibíd., pág. 197.

destrucción, [y] habían garantizado la fusión de los estados miembros en un todo orgánico»⁶²².

El principal problema pasaba a ser absorber y neutralizar en la soberanía del futuro estado federal los movimientos centrifugos de los Länder. Precisamente este concepto lo había expresado Renner en la sesión interministerial del 11 de octubre de 1919, cuando había observado que el paso a un estado federal comportaba un concreto compromiso para salvaguardar «el interés general» que, desde su perspectiva, significaba sobre todo impedir que el derecho emanado de los Länder prevaleciera sobre el del Bund.⁶²³ La reafirmación del principio, sancionado por la ley del 14 de marzo de 1919 sobre la «asunción de la soberanía en los Länder», por la que «Bundesrecht bricht Landesrecht» (el derecho federal prevalece sobre el de los Länder), estaba acompañado, no obstante, por la propuesta del líder socialdemócrata de crear un Tribunal constitucional al que pudiera recurrir el Bund en el caso de que un Land asumiera para sí una competencia que no le pertenecía y «viceversa»⁶²⁴.

El reconocimiento de esta reciprocidad se lo había sugerido a Renner muy probablemente el proyecto de Constitución del Land del Tírol, publicado el 27 de septiembre de 1919 y redactado por Stephan Falser, jurista y presidente del Tribunal administrativo. Extremadamente reacios a reconocer las nuevas instituciones centrales, los representantes de la Asamblea legislativa del Tírol habían confiado a Falser la tarea de redactar un borrador de Constitución en el que, remitiéndose a la Constitución suiza de 1874, la legislación federal se confiara, con una paridad perfecta, a una Asamblea federal y a una Cámara regional; la absoluta paridad de las dos Cámaras se acompañaba con la propuesta de crear un Tribunal constitucional al que podrían recurrir también los parlamentos regionales en el caso de que una ley

⁶²² F. Emnacoira, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, cit., pág. 55. A principios de siglo, Renner había expresado una serie de duras críticas contra las pretensiones de autonomía presentadas por los Länder de la Corona. Esto testimonia que la desconfianza del Canciller socialdemócrata hacia los Länder provenía de un periodo anterior a la caída del Imperio. K. Renner, «Was sind unsere Kronländer? Ein kritischer Beitrag zur Autonomiefrage», *Der Kampf* 9 Heft, 1908, págs. 404-408.

⁶²³ *Protokoll über die zwischenstaatliche Besprechung in der Staatskanzlei am 11. Oktober 1919*, en F. Emnacoira, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, cit., pág. 73. En ese sentido, no hacía más que repetir la idea del «Bundesrecht bricht Landesrecht», contenida en la ley del 14 de marzo de 1919, cfr. cap. 3.

⁶²⁴ *Protokoll über die zwischenstaatliche Besprechung in der Staatskanzlei am 11. Oktober 1919*, cit., págs. 73-78.

federal resultase anticonstitucional⁶²⁵. En un momento histórico, caracterizado por el enfrentamiento áspero y constante entre los órganos centrales y los Länder, Renner no podía no conocer el proyecto del Tirol. Al presentar la petición de una reciprocidad y paridad sustancial entre centro y regiones para recurrir al Tribunal constitucional, Renner había sido influenciado además por los encuentros que había dirigido él mismo entre enero y octubre de 1919 con los gobernadores de los Länder, y que habían evidenciado la firme voluntad por parte de éstos y, en particular, del Tirol, del Vorarlberg y del Land de Salzburgo, de no someterse completamente a la voluntad de las instituciones centrales.

Durante el sexto (15 de septiembre de 1919) y el séptimo (12-13 de octubre de 1919) «encuentros», el gobernador de la Baja Austria, Steiner, y del Tirol, Schlegel, justificaron las reivindicaciones de los Länder a través de una fuerte autonomía y de la participación activa en el proceso constituyente sobre la base del «contrato» que éstos, «sujetos de derecho independientes», habían firmado con la Asamblea nacional tras la caída del Imperio⁶²⁶. Los Länder estaban así representados como «sujetos» que, estando de nuevo en posesión de su originaria soberanía tras 1918, habían «firmado un contrato sobre la estructura interna del [...] edificio estatal».

Sobre la base de tales consideraciones, el vicegobernador de Salzburgo Rehl, pedía, con ocasión de la séptima sesión, que se garantizase una perfecta «equiparación» entre Bund y Länder y una clara división de las competencias⁶²⁷. La idea, expresada por Rehl, de una relación paritaria entre centro y regiones parecía encontrar eco en la propuesta presentada por Renner en el encuentro interministerial del 11 de octubre sobre la activación del Tribunal constitucional⁶²⁸.

⁶²⁵ G. Schmitz, *Die Vörmuntzfrage Hans Kelsen's...*, cit., pág. 62.

⁶²⁶ F. Ermacora, *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, Viena, Universitäts- und Landesbibliothek, 1981, pág. 15; ídem., *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Die Sammlung der Entwurfs zur Staats- bzw. Bundesverfassung*, Band 9/IV, Viena, W. Braumüller, 1989, pág. 6. Con el término «contrato» los gobernadores de los Länder se referían a las «declaraciones de adhesión».

⁶²⁷ F. Ermacora, *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, cit., págs. 17-18. Las declaraciones entregadas con ocasión de los «encuentros» de octubre se publicaron en la *Neue Freie Presse*. El artículo «Die Länderkonferenz und die neue Verfassung» evidenciaba que, según la mayoría de los gobernadores regionales, los Länder eran «autónomos sujetos de derecho». «Die Länderkonferenz und die neue Verfassung», *Neue Freie Presse*, Viena, 13 de octubre de 1919, págs. 2-3.

⁶²⁸ Renner captó perfectamente la peligrosidad, para la continuación de las negociaciones, del concepto de soberanía al que se habían referido Schumacher y Rehl e intervino directamente en la discusión: «no quisiera provocar una disputa sobre la soberanía. Si hay sobe-

Exista, sin embargo, una evidente fractura entre el Renner que, en calidad de Canciller, había presidido las reuniones interministeriales y el Renner que, de acuerdo con los miembros de su partido, elaboraba en esos mismos días un nuevo programa político con el que la SPÖ debería «legitimar» el nuevo gobierno de coalición con la CSÖ. En el proyecto de coalición socialdemócrata, publicado el 17 de octubre, el derecho de recurrir al Tribunal constitucional se le reconocía sólo al parlamento federal, en el caso de que un Land se arrogase una competencia sobre la legislación que constitucionalmente no le pertenecía⁶²⁹.

La «contradicción» entre la posición asumida por Renner con ocasión de las sesiones interministeriales y la expresada en el programa de coalición nos permite entender que la discusión sobre el Tribunal constitucional, que tuvo lugar entre 1919 y 1920, estaba en estrecha unión con la cuestión de la relación entre Bund y Länder, y en particular con las instancias políticas presentadas por estos últimos. Fue Michael Mayr, secretario cristiano-social para los asuntos constitucionales, quien intentó resolver las diferencias entre las regiones y el centro, organizando en Salzburgo la primera Conferencia oficial de los Länder⁶³⁰.

ranías divididas, ¿quién es el soberano?, ¿la federación o los estados miembros? [...] deberemos más bien preguntarnos qué necesitan los Länder para la plenitud del poder y cuáles son los deberes administrativos que éstos deben de cumplir autónomamente y cuáles deben ser compartidos». En polémica con el vicegobernador tirolés Schlegel, según el cual el borrador constitucional preparado por la Asamblea constituyente debía ser aprobado por todos los Länder antes de entrar en vigor, Renner repetía, exactamente como recordaba Kelsen en *Die Stellung der Länder*, que la aprobación definitiva de la Constitución correspondía únicamente a la Asamblea nacional. F. Ermacora, *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, cit., pág. 19.

⁶²⁹ G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitische Folgen*, cit., págs. 80-81. El programa, que debía sancionar la renovada cooperación entre SPÖ y CSÖ tras las elecciones de la Asamblea constituyente, se caracterizaba por una cierta «apertura» a las instancias federales del partido cristiano, aunque repetía la subordinación de la Cámara de los Länder a la federal y la necesidad de indicar «razonablemente» las competencias de la Federación, *ibid.*, pág. 79; W. Goldinger y D. A. Binder, ob. cit., pág. 87. Sobre el proyecto de coalición entre SPÖ y CSÖ, cfr. «Das Koalitionsprogramm», *Neue Freie Presse*, 18 de octubre de 1919, pág. 2.

⁶³⁰ Poco antes de la primera Conferencia de Salzburgo, Mayr había promovido personalmente una serie de coloquios con los representantes de los Länder. Mucho más claramente que en los anteriores «encuentros» entre Renner y los gobernadores de los Länder, en estos nuevos encuentros se manifestó la profunda fractura entre nacional-alemanes y social-cristianos, que contrastaban el principio de la supremacía y eran favorables a un estado «unitario». El debate se enriquecía así con un ulterior elemento de complejidad: la posición a favor de la instancia federalista o de la unitaria no dependía solamente de la pertenencia a las instancias centrales y regionales, ésta estaba determinada también, y sobre todo, por la per-

En las semanas precedentes al inicio de la Conferencia de Salzburgo⁶³¹, Mayr preparó para los representantes de los Länder un proyecto de Constitución (Proyecto personal Mayr), con el objetivo de mediar entre el federalismo extremo expresado en el proyecto de Constitución del Tirol y las instancias unitarias y centralistas compartidas por los socialdemócratas. El ministro social-cristiano se valió de la colaboración de la Cancillería de estado y en particular de Kelsen⁶³². El interés de Kelsen por el enfrentamiento entre Bund y Länder estuvo testimoniado ulteriormente por la publicación, por poco anterior a la apertura de la Conferencia de Salzburgo, del artículo «Der Vorenwurf der österreichischen Verfassung» («El

tenencia política. En el primer encuentro entre Mayr y los Länder, que tuvo lugar en Salzburgo el 18 de diciembre de 1919, Schlegel y Rechl afirmaron en nombre de su partido, la CSÖ, que sólo el federalismo garantizaría a los Länder un papel político y administrativo de relieve en el nuevo estado. Contra similares posiciones se lanzaba algunas semanas más tarde el socialdemócrata Gruber, de la Alta Austria, que reivindicaba una «visión centralista» y análogamente a lo sostenido por Renner en los meses precedentes, atribuida exclusivamente a la Asamblea nacional la tarea de decidir sobre la Constitución final. F. Ermacora, *Österreichischer Föderalismus vom partimonium zum kooperativen Staat*, cit., pág. 46. *Allgemeine Erörterung über das Bundesstaatsproblem, namentlich auch über die Frage der formalen Zustimmens der Bundesversammlung (sieben Protokolle über die Länderberatungen*. A) Salzburgo, 18 de diciembre de 1919, en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, cit., pág. 103. *Allgemeine Erörterung über das Bundesstaatsproblem, namentlich auch über die Frage der formalen Zustimmens der Bundesversammlung (sieben Protokolle über die Länderberatungen*. C) Oberösterreich, 3, und 7 de enero de 1920, en F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, cit., pág. 115.

⁶³¹ F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung*, cit., pág. 6; R. Palme, «Der Anteil Tirols am Entstehen der Österreichischen Bundesverfassung von 1920», en *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918-1920*, Viena, Manzsche Verlag, 1996, pág. 85. Mayr concibió la Conferencia de Salzburgo como un «órgano de enfrentamiento» entre las instituciones centrales y los Länder, *ibid.*, pág. 86. En el ensayo dedicado a la historia del proceso constitucional austriaco, *Das Österreichische Staatsrecht*, publicado en 1923, Kelsen recordaría que «este [Mayr] eligió de acuerdo con la Cancillería de estado uno de mis proyectos y lo convirtió —tras aportarle una pocas modificaciones— en la base de las negociaciones con los partidos políticos en los Länder». H. Kelsen, *Das österreichische Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Viena, 1923, pág. 161.

Sobre la Conferencia de Salzburgo, cfr. «Das Ländehaus», *Arbeiter Zeitung*, 11 de febrero de 1919, págs. 1-2; «Die Salzburger Länderkonferenz», *Arbeiter Zeitung*, 12 de febrero de 1919, págs. 3-4. Sobre el frente conservador, cfr. «Die Salzburger Länderkonferenz», *Reichspost*, 16 de febrero de 1919, págs. 1-2 e I. Seipel, «Die Verfassungsfrage ein Jahr nach der Wahl», *Reichspost*, 15 de febrero de 1919, pág. 2.

⁶³² G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitische Folgen*, cit., págs. 106-107. El «proyecto personal Mayr» proponía de nuevo los principios fundamentales expresados en el K-1 y en el K-2, *ibid.*

proyecto de la Constitución austriaca», aparecido anónimo en la *Neue Freie Presse*⁶³³.

Según Kelsen, el «proyecto» de Mayr nació del intento de resolver la peligrosa contraposición entre Bund y Länder, o mejor, entre el «estado unitario», sancionado por la ley constitucional del 30 de octubre de 1918, y «las peticiones particularistas» de las regiones, que reivindicaban su originaria soberanía⁶³⁴. Kelsen había ya subrayado esta contradicción en otro breve artículo, aparecido también anónimo en la *Neue Freie Presse* en enero de 1920, y titulado «Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages» («Sobre el proyecto constitucional de la Asamblea regional tirolesa»)⁶³⁵.

Como en la contribución sobre el proyecto constitucional del Tirol, en el artículo sobre el «Vorenwurf der österreichischen Verfassung» Kelsen afirmaba que el estado federal austriaco no había nacido *depuis* de que los Länder hubieran cedido su originaria soberanía a la nueva autoridad central, sino sobre la base de la concreta necesidad de preservar la unidad del estado

⁶³³ «Der Vorenwurf der österreichischen Verfassung» apareció en la *Neue Freie Presse* 111; 12; 14 y 17 de febrero de 1920, y ha sido atribuido por G. Schmitz a Kelsen. No sólo el estilo argumentativo es idéntico al del jurista, sino que los mismos pasos en los que se critica duramente la pretensión de los Länder de definirse «sujetos de soberanía» reaparecen, de manera casi idéntica, en sucesivas contribuciones kelsenianas dedicadas a la formación de la primera república austriaca, como «Die Verfassung Deutschösterreichs» publicado en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, en 1922 y *Das Österreichische Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, de 1923.

⁶³⁴ H. Kelsen, *Der Vorenwurf der österreichischen Verfassung*, cit., pág. 314. En un breve comentario sobre la Constitución austriaca, publicado en 1919 en la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, el jurista observaba: «Esta idea, que fundamentaba el estado, de un contrato entre los Länder es un elemento de la teoría confederal que es inconciliable con el estado unitario sancionado por la decisión constitucional [del 30 de octubre de 1918]. La contradicción entre un principio centralizado y uno extremadamente federalista, que condiciona el completo desarrollo político del joven estado austriaco, es por así decir un parto erróneo, cuyos efectos amenazarán constantemente la existencia de este estado.» H. Kelsen, «Die Verfassung Deutschösterreichs», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1919, pág. 260. Algunos años más tarde, en 1923, la solución federal parecería a Kelsen un remedio a un «parto» malogrado: «la contraposición entre el estado unitario centralizado y una Confederación de estados constituida a través de la espontánea adhesión de los Länder independientes [...] que condicionó todo el desarrollo político de la joven república austriaca, podría encontrar su solución sólo en una Constitución federal que uniera las formas federales con la correspondiente unidad del todo», H. Kelsen, *Österreichische Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, cit., pág. 160. Las últimas tres frases del párrafo anterior habían sido ya formuladas por Kelsen en el capítulo VIII, «Die Entstehung der Bundesverfassung» (el nacimiento de la Constitución federal), del breve ensayo «Die Verfassung Österreichs», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1922, pág. 236.

⁶³⁵ H. Kelsen, «Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages», *Neue Freie Presse*, 10-13 enero 1920, en G. Schmitz, *Die Vorenwürfe Hans Kelsens...*, cit., págs. 311-312.

contra su fuerza centrífuga: «Si los suizos atribuyen una importancia tan grande a su individualidad, lo hacen con derecho, ya que antes de los Cantones no existiría ningún estado y el mismo estado nació tras comparar progresivamente una existencia común. Para nosotros el estado es un todo, una unidad».⁶³⁶

El carácter intrínsecamente unitario del edificio estatal austriaco, por el que la organización federal se convertía, para Kelsen, en una mera decadencia convertida en necesaria por eventos contingentes⁶³⁷, le inducía a rechazar la equiparación entre Cámara central y Cámara federal⁶³⁸. Kelsen mostraba así una hostilidad preconcebida hacia los Länder, y proponía instituir un Tribunal constitucional al cual podría recurrir exclusivamente el gobierno federal contra las leyes anticonstitucionales de los Länder.⁶³⁹ *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung* no sólo contenía muchos de los temas debatidos en la Conferencia de Salzburgo⁶⁴⁰, sino que anticipaba también las motivaciones que, en aquella ocasión, los delegados socialdemócratas presentarían para criticar el proyecto federal.

Los social-cristianos y los nacional-alemanes, en concreto los diputados del Tirol y del Vorarlberg, consideraban que la futura Constitución debía ser decidida sobre la base de un «pacto» entre Länder e instituciones centrales porque, a su juicio, el estado proclamado el 30 de octubre de 1918 había surgido sobre la base de un «contrato» entre la Asamblea nacional y los Länder; de ahí se confirmaba la necesidad de instituir una segunda Cámara con plenos poderes. En el frente opuesto se collocaban los socialdemócratas que aceptarían la Cámara de los Länder sólo si ésta se le atribuyera un papel de metro contor⁶⁴¹.

El diferente papel que para los socialdemócratas y para los partidos conservadores debía desempeñar la representación de los Länder en el esta-

⁶³⁶ H. Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung*, cit., pág. 317. Sobre el tema, cfr. W. Brauneder, «Das Verhältnis Gesamtstaat-Länder und die Entstehung der Republik Deutschösterreich», en *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder*, cit., págs. 29-31.

⁶³⁷ Algunos años más tarde, Kelsen repetiría que, contrariamente a las pretensiones de los Länder, en Austria había nacido un estado unitario «organizado federalmente». H. Kelsen, «La giustiziale costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1.º ottobre 1920» (1923-1924), en H. Kelsen, *La giustiziale costituzionale*, cit., pág. 7 y sigs.

⁶³⁸ H. Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung*, cit., pág. 318 y sigs.

⁶³⁹ *Ibid.*, cit., pág. 321.

⁶⁴⁰ Por ejemplo, los poderes de los que gozaría la segunda Cámara, la relación entre derecho federal y regional y la contribución de los Länder a la formulación de la constitución.

⁶⁴¹ H. Slapnicka, «Oberösterreich: für weitgehende Zusammenarbeit im Land und beim Bund», en *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918-1920*, cit., pág. 51; F. Ermacora, *Österreichischer Föderalismus vom patrimonialen zum kooperativen Staat*, cit., pág. 49.

do austro-alemán, implicaba, como entendió Kelsen, una concepción diferente de la soberanía. Allí donde los partidos conservadores entendían que el nuevo estado se fundaba sobre los Länder, que habían transferido su originaria soberanía a los órganos centrales, los socialdemócratas identificaban en el pueblo austriaco la fuente principal de la soberanía⁶⁴². En ese sentido, la petición presentada por los socialdemócratas en la Conferencia de Salzburgo, y por Kelsen en su *Vorentwurf der österreichischen Verfassung*, de que la Cámara tuviera un papel limitado, equivalía a afirmar que no eran los Länder, sino el pueblo y el órgano legislativo por éste elegido directamente, quienes debían ser considerados los elementos maestros del nuevo estado⁶⁴³. Hay que subrayar igualmente que, en relación con los socialdemócratas, en sus intervenciones dedicadas al Tribunal constitucional, Kelsen ponía cada vez más énfasis en la concentración de la soberanía en la Asamblea nacional, y no en el pueblo.

La Conferencia de Salzburgo se concluyó con el rechazo del Proyecto privado de Mayr tanto por parte de los social-cristianos y de los pan-germánicos, antes nacional-alemanes⁶⁴⁴.

Con el apoyo de las instituciones centrales, Mayr convocó para finales de abril una segunda Conferencia de los Länder en Linz, donde se manifestaron las mismas divergencias que en los meses precedentes. Exactamente como había sucedido en Salzburgo, Mayr formuló un borrador de constitución (Proyecto de Linz)⁶⁴⁵ que, en sus intenciones, debía representar un

⁶⁴² El estrecho vínculo entre soberanía popular y estado unitario lo evidenció el socialdemócrata Friederich Austenitz en un artículo publicado en mayo de 1920 en *Der Kampf*, titulado «Der Lebenslage der Verfassungsreform» («Las mentiras de la reforma constitucional»), en el que la opción federal era considerada la negación misma de la soberanía popular. F. Austenitz, «Der Lebenslage der Verfassungsreform», *Der Kampf* 5, Hef. 1920, págs. 173-174.

⁶⁴³ *Ivi*, págs. 45-46. Hay que subrayar igualmente que en la contribución aparecida anteriormente en la «Neue Freie Presse», Kelsen proponía la introducción del referendum como eficaz instrumento para la «realización del principio democrático». H. Kelsen, «Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung», en G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...*, cit., pág. 319.

⁶⁴⁴ K. M. Schmidlchner, «Die steierische Presse und die Bundesverfassung», en *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918-1920*, cit., pág. 148. El «proyecto personal Mayr» fue rechazado tanto por los socialcristianos y por los pangermánicos contrarios en un Ejecutivo excesivamente centralizado, como por los socialdemócratas críticos con el bicameralismo tal como había sido concebido en el proyecto, *ibid.*

⁶⁴⁵ En el contenido, el proyecto del ministro coincidía con el K-III y el K-VI y, como éstos, se mostraba muy favorable al Bund y no a los Länder; además, análogamente a lo previsto en los dos borradores constitucionales de Kelsen, se le reconocía a la Cámara de los Länder sólo el derecho de objeción a las propuestas de la Cámara federal, el Bundesrat; G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Gernman und ihre rechtspolitischen Folgen*, cit., págs. 73-74.