

HANS KELSEN, LA CONSTITUCIÓN AUSTRIACA DE 1920 Y EL PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UNA APROXIMACIÓN AL DEBATE IUSPUBLICISTA EUROPEO DE LA ÉPOCA

César Astudillo

1. Consideraciones introductorias: el centenario de una materia, una función y un tribunal constitucional

Es bien conocido que, desde una perspectiva temporal, la primera Constitución que previó la existencia de una Corte Constitucional fue la de la Checoslovaquia, promulgada el 29 de febrero de 1920. No es posible, sin embargo, reconocer a dicha experiencia la originaria y emblemática institucionalización del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), esencialmente, porque su órbita de actuación, como señala Cruz Villalón, se encontraba circunscrito a un control de las leyes emanadas por sus autonomías territoriales y no a un “control general de constitucionalidad”. Además, porque dentro de los orígenes históricos de los modelos de justicia constitucional no existen registros que permitan reconstruir el proceso de decisión política que llevó a la introducción de un control autónomo de la constitucionalidad en dicha Constitución, y, finalmente, porque este control no tuvo ocasión de funcionar mientras subsistió la primera República Checoslovaca.¹

En vista de lo anterior, no hay duda que ha sido la experiencia austriaca, concretizada hace precisamente un siglo, la que históricamente ha aportado una visión más integral y enriquecedora de la institución del TC, porque fue la que dentro de una naciente Constitución pudo enraizar la primera institución de garantía mediante un modelo pensado, diseñado, impulsado y explicado por Hans Kelsen, su creador. Es así, no solamente porque en ese contexto se instituyó el TC que sería, en definitiva, el precursor de una nueva forma de solventar los contenciosos constitucionales, del cual se tiene pleno registro historiográfico, sino porque se hizo

¹Publicado en Centenario de los tribunales constitucionales. Tomo I. E studios históricos, teóricos y comparados, César Astudillo, Gerardo Eto Cruz (Coords), México, Thomson Reuters, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

²Doctor en Derecho con mención *europaea* por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y catedrático en la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM. cesar@unam.mx Agradezco la colaboración de la licenciada Ma. Elena Antuna González, en la revisión de los aspectos formales de esta contribución

³Cfr. Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987, pp. 286 y ss. El control de constitucionalidad instituido por Checoslovaquia, y unos meses después por Austria, fue un control de la legislación regional que buscaba hacer valer la supremacía del derecho estatal, pues como el mismo Kelsen indicó: “en la Constitución actual vale... el principio ‘*Reichsrecht bricht Landrecht*’: incluso si no está explícitamente previsto debe ser reconocido como consecuencia lógica de las normas que conciernen a la legislación del Estado y de las regiones”. Cfr. Kelsen, Hans. “Die Verfassung Deutschösterreichs”. En *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*. B. IX. 1920. p. 276, citado por Caravita, Beniamino. *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. I, La Corte Costituzionale austriaca*. CEDAM. Padova. 1985, p. 31

mediante la creación de una renovada función constitucional que dio paso a la configuración de una “materia sustantiva” diferente que habría de enriquecer al Derecho Constitucional austriaco y al conjunto de disciplinas del constitucionalismo contemporáneo.²

El Derecho Constitucional adquirió a partir de este momento una nueva fisonomía, al conseguir el atributo que le faltaba para presentarse como un derecho superior y peculiar dentro del conjunto de disciplinas del ordenamiento jurídico: la “autogarantía”.³ En virtud de esta propiedad, la validez y efectividad de la Constitución pasó a depender exclusivamente de sí misma ante la incorporación, como derecho sustantivo, de una función estatal denominada “jurisdicción constitucional”, compuesta por dos categorías nítidamente delineadas desde el ordenamiento supremo: el TC y el proceso constitucional.⁴

La materia constitucional, bajo su nueva portada, apareció bajo una connotación aparentemente contradictoria, en la medida que, por un lado, se ensanchó y enriqueció, y por el otro, se comprimió y concentró, en virtud de que, en un extremo experimentó una importante extensión de contenidos acompañados de un mecanismo para asegurar su propia garantía y, en el otro, conformó un bloque de contenidos que quedaron bajo la competencia exclusiva del TC, produciéndose desde entonces la relevante disociación entre materia constitucional y materia legal, y la consecuente separación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.

Constatar la creación de una nueva función estatal y advertir que el derecho constitucional introdujo en su patrimonio nuevos contenidos materiales y procesales es fundamental para comprender por qué es en este preciso ámbito donde se encuentran los orígenes concretos de los TC y también del Derecho Procesal Constitucional (en adelante, DPC) como su disciplina de estudio. Ninguna experiencia previa de justicia constitucional parece haber añadido estos dos elementos conjuntos a su andamiaje constitucional, porque si bien la “jurisdicción estatal” de tipo concentrada constituye un antecedente de los actuales TC y los instrumentos que han tratado de asegurar las libertades aparecen como referentes de los procesos constitucionales, lo cierto es que en ninguna de ellas existió una específica función que vinculara a la vez a un órgano con específicos instrumentos

²Cfr. Ermacora, Félix. “Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco”. En Roehrsen, Carlo (ed.). *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. 1983, pp. 27 y ss. En él, el autor expone las aportaciones de Kelsen al derecho constitucional, con énfasis en la paradigmática institución del Tribunal Constitucional. En el mismo sentido, Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, pp. 37 y ss., quien habla de la creación de una “específica función constitucional” que permite referirse a un específico “derecho del control constitucional”

³Según Hesse, además de la regulación de la estructura estatal, “la Constitución determina los procedimientos que deben hacer posible la resolución de conflictos, a través de los cuales debe tener lugar el proceso de formación de unidad política y por medio de los cuales la decisión de las cuestiones abiertas quede sometida a reglas claras, comprensibles, garantizadoras, en lo que ello es posible, de un resultado adecuado”. Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2a. edición. Trad. de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992, pp. 19-20

⁴En sentido similar, Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, pp. 33 y ss., quien señala, entre los elementos básicos que definen al “sistema europeo” de control constitucional, la existencia de un “proceso autónomo de constitucionalidad”, un “único y específico (*ad hoc*) órgano de control”, y la no menos relevante “eficacia inmediata o general” de la declaración de inconstitucionalidad

de garantía.

El punto de unión de ambas piezas se produjo, sin lugar a duda, en Austria. Ahí, la existencia de un órgano autónomo e independiente abocado en exclusiva a la garantía de la Constitución se unió a un método concreto, el método jurisdiccional, originando procesos autónomos, específicos y especializados cuyo contenido habría de variar en razón del derecho o los derechos que se dirigían a salvaguardar.⁵ De esta manera, si hablar de control de constitucionalidad de las leyes cobró sentido dentro del marco de Constituciones rígidas —lo que conduce a un punto específico de la historia constitucional, la época de las revoluciones francesa y estadounidense—, razonar en términos de DPC será significativo solamente en contextos en donde la tutela de la Constitución se disponga por la Constitución misma, a través de una función específica que trascienda al ámbito institucional mediante un TC independiente y autónomo, y comunique al ámbito instrumental a través de un proceso constitucional específico e individualizado.

Con lo anterior, desde un ámbito que puede calificarse como “normativo”, correspondió a la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920 el mérito de erigirse en el primer referente de los TC, y sus bases “teóricas” o “doctrinales” fueron indiscutiblemente aportadas por el genio de Hans Kelsen.⁶ Por esta razón, aun cuando se han distinguido los “precedentes remotos” o las doctrinas que han buscado los vestigios más antiguos del control de constitucionalidad de las leyes, así como la evolución de las teorías y experiencias históricas que señalan la formación de una conciencia empeñada en advertir que dentro del derecho se alojan normas que por distintas circunstancias se han considerado de mayor valor que otras, lo cierto es que ha sido la unión de un fundamento constitucional explícito y un respaldo teórico específico lo que han permitido comprender a cabalidad los alcances y matices de la función estatal creada en este contexto.

Sin embargo, el debate doctrinal relativo al carácter, el ángulo de observación, el método bajo el cual pueden racionalizarse las formas de tutela jurídica de la Constitución y, en definitiva, la ubicación de la materia que ha de encargarse de su estudio, ha acompañado al control de constitucionalidad de las leyes, mucho antes de su primera institucionalización en el contexto austriaco.⁷ Lo anterior se confirma al constatar que, en Europa, cuando se concibió que el problema de la inconstitucionalidad de las leyes era un asunto concerniente a las fuentes del derecho, se generó una corriente doctrinal que inicialmente ubicó su tratamiento dentro del *derecho privado*, hasta que a principios del siglo XX se asentó la convicción de que dicha problemática conformaba un asunto auténticamente *iuspublicista*.

No obstante, dentro del ámbito del Derecho Público han existido

⁵Sobre el particular, cfr. Cappelletti, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè. Milán. 1968. pp. 89 y ss.

⁶Cfr. Ermacora, Félix. “El Tribunal Constitucional austriaco”. En *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984, pp. 271 y ss.; Ermacora, Félix, “Hans Kelsen e il diritto costituzionale”. *Op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁷Para una síntesis de esta narrativa histórica, acúdase a lo que hemos sostenido en Astudillo, César. “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”. En Astudillo, César. *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tirant lo Blanch. México. 2019, pp. 28 y ss.

antecedentes que confirman que su problemática se concibió como una cuestión concerniente a la *Teoría del Derecho*, a la *Teoría del Estado* o al *Derecho Constitucional*, mientras que recientemente, en el Ecuador del siglo XX se desarrolló una tendencia que dentro del mismo ámbito público señala que la materia se debate entre la reivindicación de una *naturaleza procesal* o una *naturaleza constitucional* y que, en consecuencia, corresponde estudiarla a la ciencia procesal o a la constitucional.

Enseguida, haremos referencia a las cuestiones más representativas de la disputa doctrinal que ha acompañado a la disciplina dentro de los debates más representativos de la época. Más que una discusión sobre la “materia” misma es un debate vinculado a su “metodología más adecuada”, lo cual, en perspectiva, deja entrever que un mismo objeto de estudio puede desarrollar concepciones doctrinales totalmente contrapuestas o, dicho de otra manera, que las posturas enarboladas sobre el particular están acompañadas de una implícita decisión metodológica del ámbito doctrinal desde el que se formulan.

2. Kelsen y el Tribunal Constitucional austriaco de 1920

Si dentro de la ciencia jurídica resulta en ocasiones difícil separar el hecho histórico que pretende abordarse, del análisis teórico que sobre el mismo se ha realizado, es más complicado todavía intentar escindir una experiencia concreta que ha encontrado su realización efectiva a partir de una precisa doctrina científica. La justicia o jurisdicción constitucional es una de las materias que, dentro del ámbito de estudio de la ciencia del Derecho Público, ha de resistirse más a la disociación entre lo normativo y lo doctrinal, entre la experiencia concreta y su formulación científica, porque constituye una categoría que ha sido producto de la elaboración doctrinal de una sola persona.

Esta convicción se apoya en tres postulados fundamentales: primero, en que Kelsen estructuró la jurisdicción constitucional a través de un conjunto de apoyos teóricos que han servido de referentes para la construcción de los modelos de TC existentes en la actualidad;⁸ segundo, porque el autor coadyuvó como asesor a la histórica realización normativa de la justicia constitucional en la Constitución austriaca de 1920;⁹ y, finalmente, porque con su autoridad contribuyó a vivificar el control de constitucionalidad en calidad de juez y relator permanente del TC austriaco.¹⁰ Es por ello que en justicia elemental, es de reconocerse que el mérito

⁸Esta afirmación se encuentra generalizada. Mezzanotte ha sostenido y con razón, que existe el común convencimiento de que “Hans Kelsen sea no sólo el primer inventor de un modelo de justicia constitucional en Europa, sino también el padre espiritual de todas las experiencias realizadas en la segunda posguerra”. Mezzanotte, Carlo. *Corte Costituzionale e legittimazione politica*. Tipografica veneziana. Roma. 1984, p. 73. En el mismo sentido, la opinión de Caravita, según la cual, “en la tradición constitucional austriaca y en la continental en general, el maestro de Praga ha estado siempre considerado el ‘Vater der österreichischen Verfassung’, y en particular el ‘Vater der Verfassungsgerichtsbarkeit’”. Caravita, Beniamino. *Corte “giudice a quo” e introduzione*. Op. cit., p. 57

⁹Ermacora, por ejemplo, ha señalado que Kelsen dio al proyecto de Constitución la “redacción normativa que hace ser a las instituciones austriacas un modelo europeo en el campo del control jurídico”. Ermacora, Félix, “Hans Kelsen e il diritto costituzionale”. Op. cit., p. 36

¹⁰Así, Caravita, Beniamino. *Corte “giudice a quo” e introduzione*. Op. cit., p. 59

de ser el principal artífice, padre espiritual y promotor de la institución corresponde, sin asomo de duda, a Hans Kelsen.

En efecto, constituye un dato incontrovertible el hecho de que la construcción teórica aportada por Kelsen contribuyó, desde la *Teoría general del Derecho*, la *Teoría de la Constitución*, la *Teoría de la democracia* y la *Teoría de la interpretación*, a promover el establecimiento de instituciones efectivas para garantizar el primado del derecho de la Constitución.¹¹ Las bases fueron tan sólidas y sus características tan específicas, que con el transcurso del tiempo derivaron en la configuración del DPC como una nueva disciplina científica que desde entonces ha buscado su adecuada sistematización, apartada de los “códigos lingüísticos” de los procesalistas y constitucionalistas, quienes históricamente se han disputado su estudio.¹²

Así, si se atiende a que el “origen material” de los TC se nutrió del dato normativo aportado por la experiencia constitucional de 1920 y se estructuró a partir de la doctrina kelseniana, es aún más fácil distinguir los “antecedentes” de la jurisdicción constitucional de su concretización efectiva en el entorno apenas señalado. De esta manera, la positivización de una institución impulsada desde el razonamiento del maestro de la escuela de Viena, contribuyeron a “fundar” una nueva “materia constitucional” que vino a otorgar una identidad definitiva al derecho constitucional de nuestro tiempo.¹³

Lo apenas señalado se observa a plenitud al advertir que el fundador de la teoría pura del derecho no sólo fue un audaz impulsor de la Constitución austriaca a través de la elaboración del proyecto de Constitución, sino que se implicó directamente en el proceso de aprobación de su texto al desempeñar una importante labor de asesoría a Mayr, secretario de Estado de la recién instaurada república de Austria. Acaso por ello, no hace falta destacar que Kelsen ejerció una influencia indudable dentro de los trabajos de la Subcomisión de Constitución, al grado que Ermacora llegó a señalar que sus conceptos fueron fielmente adoptados como lenguaje oficial por el legislador austriaco en la Asamblea Nacional Provisional y que, más tarde, sus principios teóricos fueron empleados por la Corte misma, como metodología para la elaboración de su jurisprudencia.¹⁴

Conviene advertir que si la cobertura constitucional del TC austriaco se incardinó en el Título VI, denominado “Garantías de la Constitución y de la

¹¹En general, Grimm, Dieter. “Sul rapporto tra doctrina dell’interpretazione, giustizia costituzionale e principio democratico in Kelsen”. En Roehrsen, Carlo (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofica*. Op. cit., pp. 65 y ss.

¹²Sobre la naturaleza y el método para la reconstrucción científica del DPC, acúdase a lo que hemos sostenido en Astudillo, César. “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”. Op. cit., pp. 35 y ss.

¹³Alcalá-Zamora señala que Bülow, por ejemplo, debe considerarse indiscutiblemente el fundador del moderno procesalismo, pero no su descubridor. Véase Alcalá-Zamora, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. Imprenta universitaria. México. 1947, p. 106

¹⁴Cfr. Ermacora, Félix. *Der Verfassungsgerichtshof*. Verlag. Styria. Graz-Wien-Köln. 1956, pp. 224 y ss., citado por Frisch Philipp, Walter. “La forma en que se plasmó la ‘Teoría pura del Derecho’ de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca, creada por él”. En *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Núm. 2. 1970. p. 126. También, Ermacora, Félix. “Hans Kelsen e il diritto costituzionale”. Op. cit., p. 31

Administración”, de la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920, lo concerniente a sus premisas teóricas se encuentra en un conjunto de trabajos doctrinales de Kelsen, en los que expuso las tesis esenciales sobre las que debería erigirse la justicia o jurisdicción constitucional.¹⁵

Al efecto, debe mencionarse en primer término, un trabajo publicado desde 1914, bajo el título, en su lengua de origen, “*Reichsgesetz und Landesgesetz nach Österreichischer Verfassung*”, en donde el autor, sobre las huellas de la solicitud hecha por Jellinek de la necesidad de un TC para Austria, estudió las relaciones normativas existentes entre las leyes del *Reich* y las leyes del *Land* con el propósito de precisar su posición específica dentro del ordenamiento jurídico.¹⁶ Años más tarde, en 1923, publicó el artículo “*Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*”, en el cual retomó y profundizó la vinculación existente entre la jurisdicción constitucional y la forma de Estado federal avanzada por Jellinek.¹⁷ Dos años después, en 1925, apareció su *Allgemeine Staatslehre*, en donde desarrolló la teoría jurídica de la regularidad de las funciones conferidas a los órganos estatales, estableciendo el papel fundamental que dentro de ella debería corresponder a la jurisdicción constitucional.¹⁸

En 1927, Hans Kelsen publicó “*Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen reichs —und der österreichischen Bundes—Verfassung*”, que fue un importante análisis sobre la teoría del Estado federal y la teoría de la justicia constitucional en una lógica comparada entre la experiencia austriaca y alemana.¹⁹ Un año más tarde, en 1928, en el marco de la *Quinta Reunión Anual de Profesores de Derecho Público* realizada en Viena, presentó su paradigmático estudio “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*” (que meses más tarde sería igualmente sometido a discusión en el *Instituto Internacional de Derecho Público* de Francia²⁰), del que se valió para delinear, de manera integral, las bases teóricas de la jurisdicción constitucional.²¹

¹⁵La mayoría de estos trabajos, con excepción del primero y el tercero, se encuentran en Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*. Trad. de Carmelo Geraci. Giuffrè. Milán. 1981. Para la reconstrucción de la aportación kelseniana a la fundación de la justicia constitucional, véase Caravita, Beniamino. *Corte “giudice a quo” e introduzione*. Op. cit., pp. 57 y ss.

¹⁶En *Archiv des öffentlichen Rechts*. Núm. 32. 1914, pp. 202 y ss., citado por Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. Op. cit., p. 242

¹⁷En *Zeitschrift für Schweizerisches Rech.* N.F. XLII. 1923-1924, pp. 173-217, traducción italiana de Kelsen, Hans. “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca de 1o. ottobre 1920”. En Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*. Op. cit., pp. 3 y ss.

¹⁸Springer. Berlin. 1925, traducción al español de Luis Legaz y Lacambra: *Teoría general del Estado*. Labor. Barcelona. 1934. Se utiliza la versión mexicana de la Editora Nacional. 1979, pp. 332-333; 370 y ss.

¹⁹En *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*. Verlag von J. C Mohr. Tübingen. 1927, pp. 127-187, traducción italiana: “L’esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello stato federale, con particolare riguardo alla costituzione del Reich tedesco e alla costituzione federale austriaca”, en Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*. Op. cit., pp. 72 y ss.

²⁰Cfr. Kelsen, Hans. “La garanzia giurisdizionale della Costituzione. Dibattito presso l’istituto internazionale di Diritto Pubblico”. En Kelsen, Hans. *La giustizia costituzionale*. Op. cit., pp. 209 y ss.

²¹En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Verhandlungen der*

Tras estas contribuciones, dos años más tarde apareció su opúsculo "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*", que, como es más que conocido, constituye una réplica a Carl Schmitt, en la que refutó frontalmente que el jefe del Estado pudiera ser considerado como el defensor de la Constitución, para lo cual le antepuso la figura del TC.²² Finalmente, en 1942 se publicó "*Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*"²³ a través del cual destacó las analogías y diferencias entre los modelos de tutela constitucional que para entonces parecían antitéticos: el austriaco y el estadounidense.

Bajo las premisas anteriores, ¿cómo se planteó la cuestión de la jurisdicción, el tribunal y el proceso constitucional? A continuación se esbozan brevemente algunas de sus manifestaciones principales.²⁴

La jurisdicción constitucional representó para Kelsen una nueva función estatal. La identificación que realizó entre Estado y Derecho y, consecuentemente, entre la Teoría del Estado y Teoría del Derecho, lo llevaron a equiparar toda función estatal con una función jurídica. Las funciones estatales, en tanto revisten carácter jurídico constituyen actos jurídicos; actos que pueden ser de una doble naturaleza: de creación o de aplicación del Derecho.²⁵ Las funciones estatales, expuso Kelsen, se han explicado tradicionalmente dentro del ámbito específico de la teoría de la separación de poderes; sin embargo, destacó, dicha teoría nació originariamente como un postulado político. Precisamente por ello, con el objeto de plantear el problema desde un escenario estrictamente jurídico, para continuar su pretensión de desideologizar a la Ciencia del Derecho, Kelsen identificó las funciones estatales con el concreto tipo de actos jurídicos que se desarrollaban al interior del Estado.²⁶

De esta forma, las funciones del Estado serían fundamentalmente dos: la legislación y la ejecución. La función legislativa correspondería al órgano legislativo o Parlamento; la ejecutiva, ante la dificultad de disociarla a partir de su naturaleza, la distinguió con base en los órganos que habrían de llevar a cabo la aplicación de

Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23 und 24 April 1928. Walter de Gruyter. Berlín y Leipzig. 1929, pp. 30-88. La publicación en francés, bajo la traducción de Charles Eisenmann, llevó por título "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. T. 45. XXXV. 1928, pp. 197-257. La traducción al español que utilizamos es la de Rolando Tamayo y Salmerón: *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*. UNAM. México. 2000

²²En *Die Justiz*. Heft 11-12. Bd. VI, 1930-1931, pp. 576-628, traducción italiana de Kelsen, Hans, "Chi dev'essere il custode della costituzione?". En Kelsen, Hans. *La giustizia costituzionale*. Op. cit., pp. 229 y ss.

²³En *Journal of Politics*. mayo de 1942, pp. 183-200, traducción italiana de Kelsen, Hans. "Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana". En Kelsen, Hans. *La giustizia costituzionale*. Op. cit., pp. 293 y ss.

²⁴En general, sobre el planteamiento teórico de Kelsen, Giovannelli, Adriano. "Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale". En *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*. Giuffrè. Milán. 1983, pp. 239 y ss. Mezzanotte, Carlo. *Corte Costituzionale*. Op. cit., pp. 11 y ss. Caravita, Beniamino. *Corte "giudice a quo" e introduzione*. Op. cit., pp. 149 y ss.

²⁵Las premisas de su pensamiento se encuentran en Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. 2a. edición. Trad. de Eduardo García Máynez. UNAM. México. 1979. También, *Teoría pura del derecho*. 11a. edición. Trad. de Roberto J. Vernengo. Porrúa. México. 2000

²⁶Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho*. Op. cit., p. 333

las normas creadas. Diferenció así a la administración, ejercida por el Poder Ejecutivo, y a la jurisdicción, desplegada por el Poder Judicial.²⁷ Al existir un órgano que establece las normas del ordenamiento jurídico y dos más que tienen la función de aplicarlas, surgió lo que Kelsen distinguió como el problema de la “regularidad”;²⁸ es decir, la compleja cuestión de la precisión con la que se desenvuelve la función que actúa una norma y el problema, no menos relevante, de la conformidad de la norma misma que debe ser actuada.

Esta segunda cuestión puso en el centro de la reflexión lo concerniente a las “garantías de la constitucionalidad” que tienen como propósito certificar, en última instancia, la regularidad de las funciones estatales. El maestro vienés distinguió entre garantías “preventivas” y “represivas”, según el momento en el que tendrían que actuar frente a un acto irregular, y entre “subjetivas” y “objetivas”, dependiendo de si actuaban frente a un sujeto o a un acto, lo que condujo a Kelsen a sostener que la anulación del acto inconstitucional, como garantía represiva y objetiva, representa “la garantía principal y la más eficaz de la Constitución”.²⁹

Emanó de esta forma la cuestión, eminentemente teórica, de cuál debería ser el órgano al que se encomendaría la anulación del acto inconstitucional.³⁰ La hipótesis de que fuera el mismo órgano que emanó el acto se desechó por su ineficacia. Excluido el Parlamento y, por consiguiente, la función de creación del Derecho, Kelsen se dio a la tarea de explorar las posibilidades ofrecidas por un órgano diferente que fuera “independiente” de él y del resto de autoridades estatales. Al no encontrar posibilidad alguna en los órganos existentes, ni siquiera en la organización judicial que se encuentra estructurada bajo criterios de independencia, el autor se empeñó en hallar aquellas premisas que le sirvieran para edificar una nueva función estatal, la “jurisdicción constitucional”, y para concebir al renovado órgano que la ejercería, el TC.³¹

La búsqueda de esta institución se basó en dos criterios principales: el de la “neutralidad” y el de la “independencia”. Un órgano neutral, distinto del órgano que crea la norma y del que ha de ejecutarla, constituía una indudable garantía de su imparcialidad, cualidad propicia para que la decisión sobre la validez de una norma se realizara de manera objetiva. La independencia, en cambio, la refirió a los miembros que habrían de integrarlo, como garantía para que no existiera ningún tipo de injerencia externa que pudiera condicionar su decisión, advirtiendo, desde entonces, que su forma paradigmática se encontraba muy próxima a la organización judicial.³²

La exigencia de ubicar esta naciente responsabilidad dentro de las dos funciones esenciales reconocidas por Kelsen, facilitó que se reconociera como una función jurisdiccional, en virtud de que su decisión implicaba actos de ejecución o aplicación de normas; sin embargo, derivado de que dicha decisión produciría efectos anulatorios sobre las normas, lo cual equivalía a establecer una nueva

²⁷Ibidem, p. 339

²⁸Ibidem

²⁹Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Op. cit.*, pp. 34 y ss; 49 y ss.

³⁰Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho. Op. cit.*, p. 373

³¹Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Op. cit.*, p. 52

³²Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho. Op. cit.*, p. 383; Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Op. cit.*, pp. 53-54

norma general, podría asignársele una igual naturaleza legislativa, ubicándola en el ámbito de la creación del Derecho. Es precisamente en éste donde se observan las mayores contradicciones del pensamiento de Kelsen, en la medida en que no argumentó suficiente y sólidamente en torno a la naturaleza de la función y del tribunal al que confió la tutela de la Constitución, ni logró acoplarlos al esquema normativo-racional bajo el que construyó su Teoría General del Derecho y del Estado. Esta indefinición es la que propició que la jurisdicción constitucional haya nacido bajo un *híbrido* que se debate constantemente entre la aplicación y la creación del Derecho.³³

Con lo anterior se constata que la jurisdicción constitucional es, en sus orígenes doctrinales, una función estatal “puramente jurídica” que tiene como labor esencial, desde una posición neutral e independiente, tutelar la regularidad de las funciones estatales para garantizar la totalidad del Derecho desde el grado “más elevado”.³⁴

De esta manera, la influencia de la doctrina kelseniana se observa nítidamente en la experiencia austriaca que constitucionalizó por vez primera al TC. Su inclusión dentro de un apartado propio y diferente (Capítulo VI) al que enunciaba la división de poderes terminó por reconocerlo como un tribunal que se encontraba por fuera de dicha división; como un “órgano constitucional” que, en opinión de Ermacora, apareció en calidad de *pouvoir neutre*.³⁵ Una neutralidad que se hizo depender de su ubicación en el sistema constitucional, y una independencia que se reflejó en su composición y en las garantías conferidas a sus magistrados.

El artículo 147 de la Constitución austriaca determinó, por ejemplo, que el Tribunal se integraría con un presidente, un vicepresidente, y el “número necesario” de magistrados y suplentes, hasta que, en 1929, una reforma vendría a constitucionalizar el número de integrantes, en doce magistrados titulares y seis suplentes.³⁶ En la designación de éstos participaban tanto el Consejo Nacional como el Federal.³⁷ El primero elegía al presidente y vicepresidente, así como la mitad de los miembros titulares y de los suplentes. Los miembros restantes eran nombrados por el Consejo Federal.³⁸ Del conjunto de sus integrantes, al menos tres titulares y dos suplentes debían tener su residencia fija fuera de Viena, la capital federal de Austria.³⁹

Entre los requisitos para ser juez del TC destacaban: tener la calidad de magistrado, funcionario administrativo o catedrático de las facultades de Derecho o Ciencias Políticas; comprobar la culminación de los estudios de Derecho o Ciencia

³³Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho*. *Op. cit.*, p. 384; Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 54

³⁴Grimm, Dieter. “Sul rapporto tra doctrina dell’interpretazione, giustizia”. *Op. cit.*, p. 67

³⁵Ermacora, Félix. *Der Verfassungsgerichtshof*. *Op. cit.*, p. 224, citado por Frisch Philipp, Walter. “La forma en que se plasmó”. *Op. cit.*, p. 130. El Tribunal Administrativo de Austria, también gozaba de esa misma peculiaridad por estar comprendido en el mismo título (artículos 129 a 136)

³⁶Véase Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 57

³⁷Ídem

³⁸La reforma de 1929 estableció que sus miembros serían nombrados por la administración, es decir, por el presidente de la República, quitándole dicha prerrogativa a los miembros del Parlamento. Kelsen, Hans. “Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato”. *Op. cit.*, pp. 300 y 301

³⁹Kelsen. “L’esecuzione federale. Contributo alla teoria”. En Kelsen, Hans. *La giustizia costituzional*. *Op. cit.*, p. 119

Política, y haber ejercido durante por lo menos 10 años una profesión o cargo para el que se exigiese la terminación de dichos estudios.⁴⁰

Los magistrados del TC se nombraban con carácter vitalicio, cuestión que se modificaría también en la reforma de 1929, para introducir la cláusula según la cual los jueces tendrían que jubilarse al llegar a la edad reglamentaria exigida para los miembros del Poder Judicial.⁴¹ Entre las incompatibilidades para ejercer el cargo figuraban: ser miembro del Gobierno Federal, de los gobiernos locales, miembro del Consejo Nacional, del Federal, o parte de una Asamblea de representación popular. Para alcanzar la presidencia y la vicepresidencia del TC era necesario no haber ostentado, al menos durante cuatro años previos, alguna función dentro de los órganos apenas mencionados.⁴²

Es de destacar que el artículo 148 constitucional garantizó, además, que la regulación de los pormenores de la organización y el procedimiento ante el TC se realizara a través de una “Ley federal especial”, autorizando al mismo Tribunal a expedir, con base en lo dispuesto por dicha ley, su propio Reglamento interior.⁴³

Acompañando la concentración del control de constitucionalidad en un órgano *ad hoc*, se establecieron las bases teóricas de sus competencias principales y accesorias. Estas competencias, traducidas en procesos y procedimientos específicos, constituyeron, sin lugar a duda, una de las grandes diferencias en relación con las experiencias de control de constitucionalidad existentes hasta el momento.⁴⁴

La constatación de la inconstitucionalidad de una disposición normativa, de acuerdo con el paradigma kelseniano, se realizaba mediante lo que décadas más tarde se concebirían como procesos constitucionales en sentido estricto. No constituían simples incidentes procesales dentro del *iter* de un proceso ordinario, sino que eran mecanismos jurisdiccionales instituidos expresamente para constatar de forma “principal” la constitucionalidad de actos y disposiciones emanadas de los poderes públicos.⁴⁵ En este sentido, las competencias de control constitucional propiamente dichas, se configuraron en procesos de contenido constitucional, autónomos frente al resto de procesos jurisdiccionales y frente a sí mismos, pues se presentaban con una estructura orgánica que se acoplaba a la finalidad perseguida por cada tipo de conflicto.⁴⁶

⁴⁰Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*, pp. 57 y 58

⁴¹*Zeitschrift für Schweizerisches Rech*, *cit.*, p. 16, citado por Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, p. 268

⁴²Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 58

⁴³La Ley federal sobre organización y procedimiento del TC austriaco fue promulgada el 13 de julio de 1921. Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, p. 265

⁴⁴Kelsen, Hans. “Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato”. *Op. cit.*, p. 305

⁴⁵Acaso por ello, Calamandrei distinguió entre un control “incidental” y uno “principal”, al indicar que, en este último, el control se propone como “tema separado y principal de la petición, poniendo directamente en cuestión la legitimidad de la ley en general...”, Calamandrei, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. CEDAM. Padua. 1950, se cita la versión aparecida en *Opere Giuridiche*. Morano. Nápoles. 1968. vol. III, pp. 349-350

⁴⁶Dentro de la comparación con el sistema estadounidense, Kelsen señaló que en Austria “los tribunales aplicaban procedimientos diferenciados en caso de que la cuestión de constitucionalidad se refiriese a una ley o a un reglamento”. Kelsen, Hans. “Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato”. *Op. cit.*, p. 307. Es por ello que se ha sostenido la *originalidad* del DPC, por su

Además, las competencias del TC debían adecuarse a los rasgos característicos del entorno institucional donde el órgano estaba llamado a funcionar. La forma de Estado federal adquirida por Austria hizo aún más evidente la necesidad de una instancia encargada de controlar la constitucionalidad de las leyes de la Federación y de los estados, resolver las controversias competenciales existentes entre los órganos de los diversos ordenamientos jurídicos, y dirimir los conflictos de atribuciones entre los órganos de un mismo ordenamiento respecto de un ámbito de actuación que se suponía propio.⁴⁷

El sistema constitucional austriaco recogió completamente estas exigencias, erigiendo al TC, desde su configuración primigenia, en “tribunal de conflictos” y en “tribunal de constitucionalidad”.⁴⁸ De acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, debía conocer los *conflictos de competencia* surgidos entre los órganos judiciales y administrativos, y entre aquellos del mismo TC y el Tribunal Administrativo. Del mismo modo, le correspondía dirimir los conflictos entre los estados, o entre un Estado y la federación, y entre los poderes federales o regionales respecto del ámbito federal o local de una competencia.

Imbuido en su otra faceta, verificaba la *constitucionalidad de leyes* federales o estatales, a instancia del gobierno federal o de los gobiernos estatales, con facultades para actuar “de oficio” en caso de que la ley sometida a revisión fuese el presupuesto indispensable para que emitiera su sentencia.⁴⁹ En este apartado se incluía también el control de la regularidad de los reglamentos federales y estatales que el artículo 139 de la Constitución confería al TC, en virtud de que, dentro de la *Stufentheorie*, la legalidad de los reglamentos compartía los mismos presupuestos teóricos que la regularidad constitucional de las leyes. Haber otorgado esta atribución al TC se justificó en las exigencias de “unidad y certeza sustancial del Derecho”,⁵⁰ ya que, haber dejado que cualquier tribunal pudiera juzgar la ilegitimidad de los reglamentos podría causar graves consecuencias en la aplicación e interpretación homogénea del Derecho.⁵¹

Con la misma autoridad que lo hizo frente al principio del Estado federal, la jurisdicción constitucional se puso al servicio del principio democrático, adquiriendo con ello su compleción competencial definitiva.⁵² Dado que la vocación democrática de la legislación presupone un “compromiso”, es decir, un pacto en el que la mayoría y la minoría parlamentaria se ponen de acuerdo, ninguna ley podía presentarse como un acto de dominio de aquella sobre ésta. En este escenario surgió “no la necesidad pero sí la posibilidad de protección de la minoría contra la mayoría”.⁵³

capacidad de ofrecer “estructuras procesales coherentes con la particularidad de cada uno de los procesos constitucionales, en virtud de que individualmente demuestran una lógica y una finalidad específicas”. Astudillo, César. “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”. *Op. cit.*, pp. 49 y ss.

⁴⁷Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho*. *Op. cit.*, pp. 254 y ss.; Kelsen, Hans. “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”. *Op. cit.*, pp. 8 y ss.

⁴⁸Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*, pp. 100 y 101

⁴⁹Respecto a la trascendencia de estos poderes “de oficio”, Caravita, Beniamino. *Corte “giudice a quo” e introduzione*. *Op. cit.*, pp. 105 y ss.

⁵⁰Kelsen, Hans. “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”. *Op. cit.*, p. 26

⁵¹Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 61

⁵²Ibidem, p. 100

⁵³Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho*. *Op. cit.*, p. 412

Así, cuando una ley se formulara bajo el compromiso de mayoría y minoría, el TC tendría la función de garantizar que el acuerdo no pudiera cambiarse unilateralmente. Si ese acuerdo era de difícil concreción y la mayoría intentase violentar los intereses minoritarios, constitucionalmente protegidos, su función se dirigiría a impedir la formación de una ley bajo el dominio insoportable de la mayoría. De esta manera, la democracia, a partir de un órgano como el TC, se oponía frontalmente a la “dictadura de la mayoría”. Es este planteamiento teórico el que condujo a que la experiencia austriaca estableciera que, mediante habilitación de una ley constitucional local, un tercio de los componentes de las asambleas locales estarían legitimados para impugnar la constitucionalidad de las leyes de carácter local.⁵⁴

Al margen de estas competencias que estructuraron los procesos constitucionales esenciales de la jurisdicción constitucional austriaca, al TC se le confirieron competencias adicionales, que de nueva cuenta desvelan el influjo de la doctrina kelseniana. En este sentido, podía pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales (artículo 140a);⁵⁵ llevar a cabo el enjuiciamiento de la responsabilidad constitucional de los órganos supremos de la Federación y los estados (artículo 142);⁵⁶ conocer las resoluciones de las autoridades administrativas, siempre que lesionaran directamente un derecho garantizado por ley constitucional (artículo 144);⁵⁷ y, solventar las infracciones al derecho internacional (artículo 145).⁵⁸

Kelsen se opuso a algunas competencias ulteriores asignadas al TC, por ejemplo, aquellas que le permitían conocer acciones de carácter patrimonial contra la Federación, los estados, los distritos, los municipios o las agrupaciones de municipios que no pudiesen sustanciarse mediante ningún procedimiento judicial ordinario, y que se recogieron de las “viejas” disposiciones del Tribunal del Imperio.⁵⁹ Asimismo, la relativa a la validez del mandato de los miembros de los órganos representativos y la concerniente a las impugnaciones de los resultados de iniciativas populares o referéndums (artículo 141), desnaturalizaban su esencia, ya que lo hacían, según Kelsen, un tribunal de carácter administrativo.⁶⁰

Como puede apreciarse, la configuración originaria del TC austriaco instituyó el *modelo europeo, concentrado o kelseniano* de jurisdicción constitucional, cuya instauración representó la originaria ocasión en que una Constitución racionalizó expresamente una función de garantía de sí misma mediante un órgano especializado, *ad hoc*, llamado a ejercer su autoridad a través de específicos, autónomos y diferenciados mecanismos de tutela constitucional, de conformidad con la especial naturaleza de los contenidos constitucionales, en carácter de bienes jurídicos tutelados.

⁵⁴Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Op. cit.*, p. 90

⁵⁵Ibidem, p. 65

⁵⁶Kelsen, Hans. “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”. *Op. cit.*, p. 35

⁵⁷Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Op. cit.*, p. 65. Kelsen, Hans. “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”. *Op. cit.*, p. 31

⁵⁸Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Op. cit.*, p. 33

⁵⁹Kelsen, Hans. “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”. *Op. cit.*, p. 32

⁶⁰Ibidem, p. 33

3. La disputa en torno al carácter *privado, procesal o público* del control de constitucionalidad de las leyes. Los *Deutscher Juristentag* de 1862-1863

A mediados del siglo XIX la doctrina alemana comenzó a discutir sistemáticamente lo concerniente al control de constitucionalidad de las leyes, desvelando los perfiles de una problemática que de otro modo hubiese pasado inadvertida o que sencillamente habría postergado su definición: hablamos del debate en torno a la naturaleza política o jurisdiccional de la justicia constitucional, los alcances y consecuencias de los fallos emitidos en ejercicio de ella, y la estructuración, en términos procesales, de su ámbito competencial, por señalar algunos de los más relevantes.

Un primer pasaje histórico que demuestra que la tutela jurídica de la Constitución representó un novedoso objeto de estudio sobre el que podían desarrollarse concepciones doctrinales contrapuestas, desvelando que las posturas académicas que sobre el particular se enarbolaron estuvieron marcadas, inexorablemente, por la implícita decisión metodológica de quién las formuló, se encuentra en los trabajos del tercer y cuarto Congreso de la asociación de juristas alemanes (*Deutscher Juristentag*) de 1862 y 1863.

Para contextualizar adecuadamente la cuestión, resulta necesario clarificar los términos de la discusión. La asociación de juristas alemanes, que convocaba a sus integrantes con cierta regularidad, podía debatir, de conformidad con las actividades que se señalaban en su estatuto, cuestiones de “política del Derecho” dentro de campos de acción específicos, vinculados a materias o instituciones pertenecientes al derecho privado, al derecho penal o al derecho procesal.⁶¹

Dentro del *Tercer Congreso*, convocado para realizarse en 1862, el orden del día de la asamblea hacía referencia, dentro de la sección IV correspondiente a la “Teoría General del Derecho Civil”, y en específico, en el apartado relativo a las “fuentes del Derecho”, a un punto de acuerdo en donde la asociación debía fijar su postura en torno al “control judicial de las leyes”, en los términos siguientes:

La Asamblea de juristas alemanes desea declarar que la dignidad de la jurisdicción (*Rechtspflege*) y la aplicación de verdadera justicia (*Gerechtigkeit*) se garantizan solamente en donde el juez tiene incluso el deber de examinar, sin límite alguno, si una ley ha sido establecida de conformidad con la Constitución.⁶²

El planteamiento del tema dentro del orden del día dedicado a temas del derecho privado causó una profunda discusión que a la distancia puede ubicarse, sin duda alguna, como un antecedente del carácter público o privado del control de constitucionalidad de las leyes. En consecuencia, lo primero que se solicitó de parte de un grupo de juristas de la asociación fue la supresión de ese punto del orden del

⁶¹En general, acúdase a Luther, Jörg. *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*. G. Giappichelli. Turín. 1990, pp. 141 y ss.

⁶²*Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*. vol. I. Berlin. 1862, p. 28, citado por Luther, Jörg. *Idee e storie di giustizia*. *Op. cit.*, p. 141

día por considerar que el tema tenía una naturaleza *esencialmente pública* y que, como tal, no correspondía al ámbito de actividades fijadas estatutariamente a la misma. La moción se sometió a votación y fue rechazada de forma mayoritaria, por lo que el tema permaneció en la ubicación que tenía asignada, permitiéndose su posterior discusión.

El rechazo a la moción dejó entrever que la gran mayoría de juristas concebía que la cuestión del control judicial de las leyes se consideraba dentro del ámbito dogmático del *derecho civil*, dado que se trataba de una cuestión orientada a verificar si el proceso de formación y promulgación de las leyes se había realizado siguiendo las formalidades necesarias, que por su propia naturaleza consistía en un problema concerniente a las *fuentes del Derecho*.

Una opinión así fue defendida, ni más ni menos que por Rudolf von Jhering, a quien la presidencia de la asamblea había nombrado relator. El destacado profesor de derecho romano de Giessen, educado dentro de la tradición de la escuela histórica de Savigny,⁶³ señaló en su argumentación que el juez debía fiscalizar la validez de una norma jurídica en forma análoga a como se infería, por ejemplo, la validez de un testamento; de ahí que la cuestión del control de la ley tuviera una naturaleza esencialmente *civilistisch-juristisch*.

A esta argumentación se opuso Johann Kaspar Bluntschli, profesor de derecho público de Heidelberg, fundador de la teoría “organicista” del Estado,⁶⁴ quien destacó que la temática difícilmente podía ser tratada en sede privada cuando en muchos casos, de los resultados del enjuiciamiento podía depender, en caso de controversias extremas, la existencia misma del Estado. Su alocución acentuó el carácter eminentemente *staatsrechtlich* de la cuestión, por lo que no dudó en señalar que el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes debería reservarse a la autoridad suprema del Estado.⁶⁵

Quedó planteada en estos términos la que probablemente sea la génesis de la discusión científica sobre la naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes en el entorno europeo. Sin embargo, la problemática no se limitó al establecimiento de la naturaleza pública o privada del mismo, ya que adquirió un nuevo matiz con la posición de la presidencia de la asamblea, según la cual, el problema del control de constitucionalidad de las leyes era una temática “meramente procesal”.⁶⁶

Esta opinión, profundamente sugestiva, se consolidó en el *Cuarto Congreso* realizado en 1863. A través de un nuevo debate, se volvió a afrontar la discusión que un año antes se había quedado inconclusa, a través de una ponencia general y tres informes que la asamblea encargó a eminentes personalidades del ámbito jurídico. Uno de ellos correspondió a Rudolf von Gneist, profesor de la Universidad de Berlín, dedicado al estudio del Estado de Derecho y la justicia administrativa,⁶⁷

⁶³Lo que Jhering representó dentro de la dogmática jurídica germana, se encuentra en Fioravanti, Maurizio. *Giuristi e costituzione politica nel ottocento tedesco*. Giuffrè. Milán. 1979, pp. 194-195

⁶⁴Ibidem, p. 192. La obra de Bluntschli se encuentra analizada bajo la agudeza de Fioravanti, a partir de la p. 181

⁶⁵Luther, Jörg. *Idee e storie di giustizia*. Op. cit., p. 142

⁶⁶Ibidem.

⁶⁷La relevancia de la obra de Gneist es abordada por Fioravanti, Maurizio, *Giuristi e costituzione politica*. Op. cit., pp. 224 y ss.

quien defendió la necesidad de controlar la legislación desde sus aspectos formales, a efecto de que los jueces estuvieran en aptitud de examinar los entresijos del proceso de formación de las normas jurídicas, en la medida en que dicho control constituía una exigencia del “Estado de Derecho”.⁶⁸

A pesar de que correspondió a von Gneist el mérito indiscutible de argumentar a favor del control de constitucionalidad dentro del entorno “liberal”, lo interesante de su postura consiste en que vino a otorgar consistencia a la premisa de la “naturaleza procesal” de dicho control, al destacar que el debate no se inspiraba “en la oportunidad política de la extensión del ámbito jurisdiccional en relación a la administración, y ni siquiera a los actuales conflictos competenciales; sino solamente en el derecho y deber del juez de declarar en el ámbito de su competencia jurisdiccional, civil o penal, la *cuestión prejudicial* de la ley”.⁶⁹

Es evidente que cada uno de los tres autores, por su formación y por la perspectiva que tenían de los problemas jurídicos, destacaban los elementos que a su criterio circunscribían el control de las leyes a su ámbito de dominio intelectual. Jhering, por ejemplo, partiendo de una posición que pretendía dotar de certeza y estabilidad a todas las categorías jurídicas, señaló como elemento determinante el modo o la técnica de comprobar la validez del acto; Bluntschli, atento a los factores políticos y sociales que condicionaban al Estado, centró la atención en los efectos políticos del control de constitucionalidad; Gneist, en cambio, preocupado por encontrar un equilibrio en la tensión Estado-sociedad, puso a los poderes y a la propia figura del juez en el centro de la discusión.

La asamblea de juristas realizada en 1863 aceptó la propuesta de Gneist y recomendó la introducción de un control de constitucionalidad *formal* de la ley con el propósito de fiscalizar el completo proceso de formación de la misma.⁷⁰ El conjunto de atribuciones que se solicitaba conferir a los jueces para cumplir esa tarea comenzaba señalando:

Los jueces deben examinar, en el ámbito de la jurisdicción civil y penal, si las “leyes” publicadas después de la entrada en vigor de la Constitución de un Land, han sido promulgadas de conformidad con la Constitución, especialmente con la aprobación necesaria de las cámaras; de otra manera, no deben aplicarlas.⁷¹

Esta recomendación, empero, no puede concebirse como un triunfo de la visión procesalista frente a las demás; pero sí enfatizó que la problemática en torno

⁶⁸Von Gneist se preguntaba al inicio de su informe: “¿Debe fallar el juez acerca del problema de si una ley se ha perfeccionado de modo constitucional?”, citado por Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*. Tecnos. Madrid. 1998, p. 39. La misma tesis se asentaría en la obra principal del autor. Véase Gneist, Rudolph. *Der Rechtsstaat und die verwaltungsgerichte in Deutschland*, publicada en 1872, citada por Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza editorial. Madrid. 1982, p. 132

⁶⁹*Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages*. Vol. I. Berlín. 1863, p. 29, *cit.* por Luther, Jörg. *Idee e storie di giustizia*. *Op. cit.*, p. 142

⁷⁰Sin embargo, si se discutió la posibilidad de conferirles un control de tipo “material” respecto al contenido de la ley. Cfr. Luther, Jörg. *Idee e storie di giustizia*. *Op. cit.*, p. 145

⁷¹El conjunto de atribuciones con que los jueces deberían contar para ejercer esta atribución se reproduce en *Ibidem*, pp. 145-147

a la naturaleza de dicho control debía colocarse dentro de los márgenes exclusivos del derecho público, ya que el debate, guiado principalmente por el contenido de los informes de Wächter y Gneist, hizo hincapié en la específica forma de organización del control de constitucionalidad, explorando para ello las virtudes de concentrarlo en el Tribunal del Estado, en el Tribunal del Imperio, en una Corte de Casación, o discutiendo la posibilidad de su definitiva apertura hacia un control difuso por parte de todos los jueces.⁷² Lo que quedó fuera de toda duda en ese encuentro es que la tesis privatista encabezada por Jhering había perdido toda consistencia.

4. El debate *iuspublicista* entre Weimar, Viena y París. La contraposición entre el *positivismo* y el *antiformalismo*

Los congresos alemanes de 1862 y 1863 mostraron la dificultad de emprender el estudio del control de constitucionalidad de las leyes desde la trinchera del Derecho Privado. La eliminación de este ángulo de estudio terminó por centrar el debate en una dimensión eminentemente pública que se desarrolló en un entorno jurídico y político muy particular.

El espacio geográfico en el que discurrió dicha contraposición doctrinal comenzó en Weimar, continuó en Viena y culminó en París; el espacio temporal en el que transcurrió se produjo entre el establecimiento de la República de Weimar, en 1919, y la caída de la primera república de Austria en 1933. El antagonismo entre la doctrina se produjo en un espacio académico dominado por las reuniones anuales de juristas y profesores de derecho público alemán y dentro de sendos congresos convocado en las capitales austriaca y francesa.⁷³

Las reuniones académicas convocadas en Viena y en París, en 1928, se erigen, sin asomo de duda, en dos de los momentos históricos más fructíferos y decisivos en torno a la concretización de una jurisdicción específica encargada de resolver los conflictos constitucionales y representan, igualmente, referentes vitales para distinguir el *choque metodológico* en relación con las formas de abordar su estudio y racionalización. No está exenta de este debate la célebre polémica entre Schmitt y Kelsen sobre el órgano jurisdiccional o político que debe tener a su cargo la “custodia” de la Constitución. Pero por la relevancia de esta discusión, se abordará en un apartado individual.

4.1. Weimar

Resulta complicado rebatir que fue en el entorno geográfico, cultural e institucional Austro-Germano donde el debate sobre los fundamentos del control de constitucionalidad de las leyes alcanzó mayor profundidad, ya que constituyó lo que la doctrina más calificada ha llamado la *cuestión doctrinal por excelencia* mientras subsistió la república de Weimar.⁷⁴

Esta afirmación es bastante significativa, y puede parecer hasta paradójica,

⁷²Ibídem, pp. 147 y ss.

⁷³Los congresos de juristas alemanes se celebraron a partir de la segunda mitad del siglo XIX. En cambio, las reuniones *anuales de la asociación de profesores de derecho público* alemán se realizaron a partir de 1922, fecha en que bajo los auspicios de Triepel, dicha asociación fue fundada.

⁷⁴Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, p. 92

si se advierte que en Weimar no se contempló sistema alguno de control de constitucionalidad de las leyes. Existieron importantes antecedentes a través de la jurisdicción de conflictos entre el derecho del *Reich* y el derecho de los *Länders*, instituidos en la Constitución del Imperio alemán de 1871, y acogidos enseguida por la Constitución de Weimar mediante la institución del *Staatsgerichtshof*.⁷⁵ Sin embargo, la ausencia formal de un verdadero TC y de un modelo de justicia constitucional de tipo concentrado fueron elementos determinantes en la medida en que propiciaron que la discusión doctrinal acerca de las virtudes del modelo anticipado por Kelsen, la implantación del TC y su puesta en práctica en Austria, tuviera absoluta centralidad a través de largos y fructíferos años en la dogmática jurídica alemana.

Además, es preciso destacar que el espacio temporal y geográfico en que se debatieron los fundamentos teóricos de la justicia constitucional es el mismo en el que nació y se desarrolló la Ciencia del Derecho Público. Recordemos que a partir del notable avance presentado por el Derecho Privado, en específico por la tradición civilista, la Ciencia del Derecho había emprendido la expansión de su objeto de estudio hacia el campo público, llevando la reflexión científica hacia el contexto del Estado, protagonista absoluto de las relaciones políticas en ese momento.⁷⁶

Desde estas perspectivas, el Estado había pasado a ubicarse en el centro de las disquisiciones teóricas en los estudios de Derecho Público, con lo cual, la *Teoría del Estado* se alzaba en una de las disciplinas jurídicas más significativas, a la que habría de corresponderle el estudio de las instituciones políticas reguladas jurídicamente a través de la Constitución, y las relaciones que la sociedad mantendría con el poder estatal. Para constatar su preponderancia basta con advertir el influjo que tuvieron las obras de Gerber, Gneist, Laband, Jellinek, Kelsen y Heller en Alemania, de Orlando y Santi Romano en Italia y de Carré de Malberg en Francia, sólo por señalar algunos de sus autores más significativos.⁷⁷

El esplendor de los estudios *iuspublicistas* alcanzado en el cambio de siglo mediante la aparición de la fundamental *Teoría general del Estado* de Jellinek,⁷⁸ iba a sufrir un cambio de proporciones mayúsculas dos décadas después. La culminación de la Primera Guerra Mundial marcó el ocaso de los Estados nacionales, por lo que la noción de Estado dejó de ser el centro referencial del análisis doctrinal, lo cual marcó un cambio fundamental en el estereotipo constitucional, al propiciar la evolución de las Constituciones *estatales* del siglo XIX a las Constituciones *democráticas* del siglo XX. La experiencia de Weimar es justamente representativa de este nuevo paradigma en virtud de que, con su aprobación, se inauguró el último de estos periodos.⁷⁹

La transición que produjo el cambio de paradigma fue determinante para que las prioridades de la reflexión jurídica se moviesen ambiguamente en torno a dos

⁷⁵Volpe, Giuseppe. *L'ingiustizia delle leggi*. Milano. Giuffrè. 1977, pp. 165 y ss.

⁷⁶Cfr. Fioravanti, Maurizio. "Introduzione". En *La Scienza del Diritto Pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*. Giuffrè. Milán. 2001, t. I, p. XII

⁷⁷En general, Lanchester, Fulco. *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*. Giuffrè. Milán. 1985, pp. 3 y ss.

⁷⁸Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México. 2000

⁷⁹Cfr. Fioravanti, Maurizio. "Stato e Costituzione". En Fioravanti, Maurizio (ed.). *Lo Stato moderno in Europa*. Laterza. Roma. 2002, p. 30

categorías claramente definidas: el Estado, cuya noción comenzaba a relegarse pero que no podía dejar su preeminencia, y la Constitución, cuya centralidad estaba apenas impulsándose.

Se advierte, en consecuencia, que el debate en torno a los fundamentos teóricos de la justicia constitucional se ubica en el momento histórico en que la ciencia *iuspublicista* estaba redefiniendo su objeto de estudio y, lo que es más significativo, su propia metodología.⁸⁰ Es el mismo periodo en que el positivismo jurídico había alcanzado sus mayores frutos, principalmente por la publicación de la *Teoría del Estado* de Kelsen, en 1925, y el momento mismo en que el conjunto de adversarios a sus premisas teóricas se revelaron abiertamente, tomando como punto de partida el “manifiesto oficial del antiformalismo”, como llamó Lanchester al célebre discurso rectoral de Triepel de 1926.⁸¹ En síntesis, fue un ámbito en donde las escuelas jurídicas quedaron perfectamente delimitadas, entre aquellas precursoras de la lógica neokantiana y quienes rechazaron el purismo bajo el que pretendió fundarse la Ciencia del Derecho.

La discusión sobre la justicia constitucional no estuvo exenta de las fricciones doctrinales que acaban de referirse. Es más, puede decirse que la padeció de modo directo. Por ende, la factibilidad del control de constitucionalidad de las leyes en este periodo requirió sortear, ante todo, las confusiones y los desencuentros generados dentro de las escuelas jurídicas, por las distintas concepciones ontológicas del Derecho bajo las que se presentaron los defensores del formalismo y sus más conspicuos detractores. Lo importante de la cuestión, y es lo que interesa subrayar, es que sea sobre el perfil de la *Teoría del Estado*, o en el ámbito de la *Teoría de la Constitución*, la discusión sobre la justicia constitucional se ubicaba plenamente en el contexto del Derecho Público. Es así, porque nadie en ese momento intentaba ubicar su problemática en un plano que no fuera el del Estado como realidad política, o el de la Constitución como concretización jurídica, dado que lo que se buscaba era precisamente incorporar a un nuevo órgano estatal para garantizar el correcto desenvolvimiento de los órganos estatales o establecer una institución que tuviera el alto cometido de velar por el mantenimiento de la supremacía constitucional.

En los debates de la época estuvieron implicados los mejores exponentes del *iuspublicismo* de influencia germana. Las importantes reuniones y congresos que desde mitad del siglo XIX congregaron a los más selectos juristas, caracterizados por el rigor y la calidad académica con la que discutían los problemas jurídicos más importantes del entorno, constituyen hoy uno de los “mejores instrumentos”⁸² para conocer la evolución de la ciencia jurídica, y representan, por tanto, el principal espejo a través del cual pueden analizarse problemáticas que podían conducir a soluciones totalmente contrapuestas. Significativo es observar que los juristas de la época, de forma principal o accesoria, estaban implicados en este fundamental tema para la vida del Estado, algo que en sí mismo es indicativo del valor que la

⁸⁰Sobre la formación del positivismo jurídico, acúdase al agudo planteamiento de Vega, Pedro de, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”. En Carbonell, Miguel (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Porrúa-UNAM. México. 2000, pp. 8 y ss.

⁸¹Lanchester, Fulco. *Alle origini di Weimar. Il dibattito*. Op. cit., p. 86. La versión española de ese discurso se encuentra en Triepel, Heinrich. *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974

⁸²En este sentido véase José Luis Carro en su “Prólogo” en *ibidem*, pp. 11 y ss.

comunidad científica otorgó a la “materia constitucional” que había cobrado vida con las recientes experiencias de Austria y Checoslovaquia.

En la *Primera reunión anual de profesores de derecho público alemán* de 1922, se planteó, por vez primera, la cuestión de si la Constitución de Weimar ofrecía suficientes garantías para su protección. El debate giró en torno a si la protección de ésta debía incluir el recurso al “control judicial”, o si no era necesaria una garantía de naturaleza jurisdiccional por contener otro tipo de cautelas igualmente efectivas para concebir el cometido de su tutela. La ponencia de Richard Thoma fue particularmente significativa, porque demostró que la cuestión del control judicial resultaba imposible de resolver a través de una perspectiva lógico-formal, basada en la “teoría de la promulgación” de la ley, orientada a excluir el control de constitucionalidad bajo la justificación de que el acto de promulgación realizado por el presidente del Reich otorgaba a la misma una presunción de constitucionalidad *iuris et de iure*.⁸³

Dos años más tarde, en 1924 se celebró en Heidelberg el 33o. Congreso de Juristas Alemanes. En él, bajo las ponencias generales de Zu Dohna y Triepel se planteó, si bien de modo indirecto, el tema del control de constitucionalidad de las leyes, al establecer las hipotéticas formas de reaccionar frente a las denominadas “rupturas constitucionales”. En esencia, se trataba de analizar si frente a una ley constitucional cuya promulgación significase una desviación respecto a la disposición constitucional, pero sin que la misma sufriera alteración textual, podía oponerse alguna forma de control, al menos con el propósito de obligar al legislador a ceñirse al procedimiento ordinario o agravado que para determinadas situaciones establecía la Constitución de Weimar. Especialmente importante fue la posición de Triepel, ya que en su alocución recomendó la introducción de un recurso orientado a que el Tribunal de Estado del Reich pudiese pronunciarse respecto a sí una ley del Reich aprobada conforme al artículo 76 contradecía a la Constitución.⁸⁴

Entretanto, en el 34o. Congreso de Juristas Alemanes, que se llevó a cabo en Colonia en 1926, el debate se centró en la conveniencia de ampliar las competencias del *Staatsgerichtshof* para que conociese de conflictos constitucionales entre los órganos del Reich, pues hasta entonces, según el artículo 19 de la Constitución, sólo tenía competencia para resolver los conflictos suscitados al interior de un Land. Extender el control a las controversias suscitadas en la totalidad del Reich abría la posibilidad a un control sobre normas, algo que el mismo gobierno estaba promoviendo en ese momento. Anschütz y Mende, los dos ponentes generales del Congreso, coincidieron plenamente en las virtudes de esa ampliación competencial.⁸⁵

Es de destacar que este debate se dio un año después de que el Tribunal de

⁸³Cfr. “Das richterliche Prüfungsrecht”. *AöR*, 4. N. F. 1922, pp. 267 y ss., *cit.* por Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo. Op. cit.*, pp. 92 y 93

⁸⁴Cfr. *Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags su Heidelberg*. 1925. pp. 31 y ss. La cita de Triepel se encuentra en pp. 64 y ss., citado por Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo. Op. cit.*, p. 174

⁸⁵Cfr. *Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags su Köln*. vol. 2o. 1926, pp. 193 y ss., citado por Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo. Op. cit.*, p. 182; también, Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. 2a. edición. Trad. de A. López Pina. Marcial Pons. Madrid. 2001, p. 827

Estado del Reich reconociera, en sentencia del 5 de noviembre de 1925, atribuciones en favor de todos los tribunales de justicia para el control judicial de las leyes. Esa sentencia, de acuerdo con Cruz Villalón, representó el “Marbury vs. Madison” de Weimar, al originar el reconocimiento del control difuso de constitucionalidad.⁸⁶

De hecho, esta modalidad del control se convirtió en uno de los temas principales del Tercer Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Público Alemán, celebrado en Münster en 1926.⁸⁷ En ocasión del encuentro que reunió a juristas de la talla de Kelsen, Triepel, Kaufmann, Nawasky, Thoma, Heller, Jellinek y Anschutz, la convocatoria marcó al principio de igualdad como la temática esencial. En él, se buscó encontrar una justificación al control sustancial de la ley que los jueces alemanes estaban realizando amparados en dicho principio, cuya cobertura constitucional se encontraba en el artículo 109.

Las ponencias generales corrieron a cargo de Kaufmann y Nawasky. El primero, abanderando la corriente antiformalista (a la que se adhirieron Triepel, Holstein, von Hippel, Hense, Jellinek, y Schmitt), presentó una teoría de la igualdad y señaló que no era posible seguir entendiéndolo como una simple garantía de igual aplicación de la ley, sino como un principio vinculante para el legislador, del cual se desprendía la exigencia de un tratamiento igual en situaciones iguales y desigual en circunstancias diferentes. El autor buscó redimensionar el significado de dicho principio, haciéndolo aparecer como un límite al arbitrio y a la discrecionalidad del legislador. Bajo esta perspectiva, el control de constitucionalidad de los actos del legislador encontró su plena legitimación, al concebir al juez como un sujeto garante de la igualdad y, por consiguiente, de la justicia de la ley. Nawasky, en cambio, desde una posición formalista (apoyada por Anschutz, Thoma, Kelsen y Heller), subrayó el predominio del contenido formal del principio de igualdad, advirtiendo que el juez podía controlar el principio de no discriminación, pero no el de igualdad material, con lo que negó la posibilidad del control jurisdiccional de la ley.⁸⁸

4.2. Viena

Entre el 23 y 24 de abril de 1928 tuvo lugar en Viena la Quinta Reunión Anual de Profesores de Derecho Público Alemán. Fue éste el escenario en el que por vez primera el tópico de la justicia o jurisdicción constitucional ocupó plena centralidad dentro de las reflexiones académicas, al contraponer el modelo de jurisdicción constitucional ideado en Austria con la experiencia que en ese momento se vivía en Weimar. El significado de este encuentro se acrecienta al advertir que en sus discusiones se desveló completamente el rico, añejo e inacabado debate en torno a las dos visiones, totalmente contrapuestas, respecto a la naturaleza de la justicia constitucional: la visión política y la visión jurídica.⁸⁹

⁸⁶Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. Op. cit., p. 87

⁸⁷Las ponencias del Congreso se publicaron bajo el título *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Weimarer Republik, Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtler*. 3. 1926. Duncker Humblot. Berlín-Leipzig. 1927, pp. 2 y ss. Las referencias se toman de Volpe, Giuseppe. *Il costituzionalismo del novecento*. Laterza. Roma. 2000, p. 80

⁸⁸Ibidem, pp. 78 y ss.

⁸⁹Forsthoff ha señalado con agudeza, que la visión de la justicia constitucional como una justicia de tipo político era compartida tanto por Triepel como por Schmitt, en oposición a la visión técnico-

Las ponencias principales del encuentro estuvieron a cargo de Kelsen y de Triepel. Ambas aparecieron, paradójicamente, bajo el mismo título general: “*esencia y desarrollo de la jurisdicción constitucional*”. En el debate participaron connotados juristas como Heller, Herrfahrdt, Walter, Jellinek, Laun, Merkl, Schoenborn, y Thoma, entre otros.⁹⁰ Correspondió a Triepel el mérito de delimitar con claridad que la perspectiva metodológica desde la que ambos autores abordaban la cuestión difería de modo radical, al contraponerse la *visión política* que él defendía, con la *visión teórica* enarbolada por Kelsen. No es de extrañar, en consecuencia, que en su alocución haya sostenido: “tengo que reconocer que Kelsen y yo hablamos idiomas diferentes porque vemos las cosas con ojos diferentes”.⁹¹ No podía ser de otra manera, ya que uno basaba su construcción teórica en argumentos lógico-formales, mientras que el otro se manejaba a través de un discurso de política-constitucional.

Así, el modelo de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* y del *Staatsgerichtsbarkeit* se encontraron frente a frente. Modelos contrapuestos no sólo en los fundamentos en que se apoyaban, sino en su propia organización y finalidades. Triepel estuvo de acuerdo en la institucionalización del control de constitucionalidad de las leyes al igual que Kelsen; pero difirió sustancialmente respecto al modo de concebir dicho control, de su esencia, sus alcances y, sobre todo, de la forma de organizar a la instancia que debería llevarlo a cabo. Para el autor resultaba fundamental asegurar la supremacía normativa de la Constitución, pues en distintas contribuciones había señalado que en el entorno institucional de aquel momento era perceptible la preocupación de que el sistema constitucional se estaba deslizando hacia una “tiranía parlamentaria” y que, desde su perspectiva, las posibilidades de que el legislador atentara contra la libertad y contra el orden constitucional se habían incrementado radicalmente.⁹² A pesar de ello, la concepción defendida por Triepel era profundamente diferente a la de Kelsen. Para el profesor alemán, jurisdicción constitucional era jurisdicción sobre la Constitución, pero no sobre cualquier entendimiento de Constitución. No era jurisdicción sobre la Constitución en su manifestación formal o jurisdicista, como la entendía Kelsen. En su opinión, el concepto de Constitución que debía primar era el que privilegiaba su aspecto material, lo cual hizo que concibiera a la jurisdicción como una justicia aplicada al proceso político. El TC representaba, en consecuencia, una institución llamada a desenvolverse dentro del mundo de lo político, no de lo jurídico, razonamiento que lo condujo a admitir que “la naturaleza de la Constitución se encuentra hasta cierto

jurídica atribuida a Kelsen. Cfr. Forsthoff, Ernest, “Stato di diritto o stato di giurisdizione”. En Mangia, Alessandro (ed.). *L'ultimo Forsthoff: scritti 1961-1969 di E. Forsthoff su costituzione ed amministrazione*. CEDAM. Padua. 1995, p. 93.

⁹⁰Las ponencias de ese Congreso se encuentran reunidas en *Veröffentlichungen der Vereinigung*. *Op. cit.*, las colaboraciones de Triepel y de Kelsen aparecen en dicha obra bajo un título similar: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, pp. 2 y ss., 30 y ss., respectivamente. Sobre el particular, acúdase a Caravita, Beniamino. *Corte “giudice a quo” e introduzione*. *Op. cit.*, pp. 62 y ss.

⁹¹Triepel, Heinrich, “Wesen und Entwicklung”. *Op. cit.*, p. 117, *cit.* por Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, p. 218

⁹²Triepel, Heinrich. “Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Art. 19 der Weimarer Reichsverfassung”. *Festgabe W. Kahl*, 1923, pp. 93 y ss., citado por Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, pp. 94-95

punto en contradicción con la naturaleza de la jurisdicción constitucional”.⁹³

Cobijado en esta noción es que Triepel afirmó que el control abstracto de constitucionalidad previsto por el artículo 13.2 de la Constitución de Weimar, e instaurado para solucionar conflictos constitucionales al interior de los Länder, o entre estos y el Reich era, en cierto modo, un control cercano al que se ejercía en el modelo austriaco. Para Triepel, según explica Cruz Villalón,⁹⁴ los conceptos de *Staatsgerichtbarkeit* y *Verfassungsgerichtsbarkeit* eran cercanos pues compartían el elemento de la “concentración” de competencias de constitucionalidad en tribunales únicos.⁹⁵

Para la misma reunión de la capital austriaca, Kelsen preparó una amplia ponencia, que en lengua original quedó enmarcada dentro del título general del encuentro: “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*”,⁹⁶ —y que meses más tarde sería sometida a discusión en el *Institut International de Droit Public* de Francia— que desde entonces hasta nuestros días, un centenario después, se considera el planteamiento teórico, sistemático e integral que estructuró a la jurisdicción constitucional, y que permitió difundirla de forma universal.

En dicha contribución el autor introdujo la teoría de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* como un corolario natural de su teoría gradualista del Derecho (*Stufentheorie*), con la finalidad de subrayar que los conflictos de compatibilidad entre dos normas del ordenamiento jurídico debían resolverse mediante un ejercicio de “lógica racional” llevado a cabo por un juez, a la postre un juez constitucional, dentro de órgano específicamente instituido para el efecto, esto es, el TC.⁹⁷ Con esta teoría Kelsen persiguió un “fin científico superior”⁹⁸ orientado a establecer a nivel constitucional un “método puro de conocimiento jurídico”, apoyado en la convicción de un juez alejado de cualquier vicisitud extranormativa; un método que rigiera su proceder dentro de la estricta aplicación de las normas objetivas y que pudiera apartar a sus operadores de una interpretación basada en juicios discrecionales.⁹⁹ Un juez encargado de depurar las contradicciones internas del ordenamiento mediante la nulidad de los actos inconstitucionales que transgredieran el desarrollo natural del ordenamiento, vulneraran el ideal de la certeza del Derecho (al que Kelsen confería la mayor importancia) y que, en el extremo, pervirtieran el ideal de la plenitud del ordenamiento jurídico.¹⁰⁰

Como se aprecia, el encuentro de Viena confrontó dos formas de concebir la función de la justicia constitucional. Una como actividad netamente política y otra como método sustancialmente jurídico. A pesar de esta lejanía, no pueden dejar de

⁹³Triepel, Heinrich. “Wesen und Entwicklung”. *Op. cit.*, p. 8, citado por Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, p. 133

⁹⁴Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, p. 114

⁹⁵Triepel, Heinrich, “Wesen und Entwicklung”. *Op. cit.*, pp. 26 y ss., citado por Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo*. *Op. cit.*, p. 124

⁹⁶Traducción italiana de Kelsen, Hans. “La garanzia giurisdizionale della Costituzione. La giustizia costituzionale”. En Kelsen, Hans. *La giustizia costituzionale*. *Op. cit.*, pp. 143 y ss. Utilizamos la traducción española Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*

⁹⁷Volpe, Giuseppe. *L’ingiustizia delle*. *Op. cit.*, p. 144. Igualmente, Caravita, Beniamino, *Corte “giudice a quo” e introduzione*. *Op. cit.*, p. 62

⁹⁸Grimm, Dieter. “Sul rapporto tra dottrina dell’interpretazione, giustizia”. *Op. cit.*, p. 67

⁹⁹Mezzanotte, Carlo. *Corte Costituzionale*. *Op. cit.*, p. 40

¹⁰⁰Giovannelli, Adriano. “Alcune considerazioni sul modello”. *Op. cit.*, p. 239

subrayarse los lugares en que sus opiniones se aproximaron: en primer lugar, ambos autores compartieron la idea de Constitución como ley suprema (independientemente de su sentido formal o material) con un valor normativo que demandaba condiciones de aplicabilidad igualmente jurídicas; en segundo lugar, y acaso lo más significativo, es que ambos coincidieron en la necesidad de una jurisdicción constitucional organizada en forma de Tribunal, que Kelsen definió como un órgano *ad hoc*, ubicado por fuera de la división de poderes.

4.3. París

Entre el 20 y 22 de octubre de 1928 se produjo un nuevo encuentro académico convocado por el *Institut International de Droit Public*, fundado un año antes en París, y en el que participaban los juristas más renombrados no sólo del país galo sino de Europa e, incipientemente de América Latina.

Es importante destacar que previo al encuentro había aparecido la traducción de la ponencia de Kelsen al francés, y que era esencialmente la misma que había presentado meses antes en Viena, lo cual fue muy significativo no sólo porque permitió difundir su pensamiento sobre el TC, y las premisas teóricas que precedieron a dicha construcción, sino porque Kelsen participó con carácter de profesor de derecho público, pero imbuido también en el carácter de magistrado constitucional que desempeñaba desde 1921, y que abandonó un año después de dicha reunión.¹⁰¹ De esta manera, su apuesta por el TC pudo ser conocida, no sólo desde un ámbito teórico, sino enriquecida desde una visión práctica, dentro de un ámbito cultural alejado de la influencia germánica, cuyo acceso se dificultaba por la propia naturaleza de su lengua.¹⁰²

En el encuentro, al que concurrieron juristas como Barthélemy, Duguit, Duez, Fleiner, Gronski, Lafferrière, Laun, Mestre, Romieu, Thoma y Mirkine-Guetzévitch, Kelsen se aprestó a exponer sus tesis centrales sobre las premisas y el significado del TC.¹⁰³ Enseguida, algunos de los integrantes del *Institut*, con Duguit a la cabeza, en su carácter de profesor consagrado de Derecho Público francés, comenzaron a rebatir los presupuestos kelsenianos vinculados a la construcción teórica del Derecho y del Estado desde la pureza que le caracterizó.

No obstante lo anterior, el encuentro parisino es recordado, esencialmente, porque buena parte de la discusión residió en la forma de estructurar el control de constitucionalidad, a partir de un cuestionamiento detonador fijado con énfasis por Jèze: “¿La garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial, o por el contrario a todos los tribunales?”. Al efecto, el propio Duguit se pronunció en favor de que dicho control se dejara en manos de los tribunales ordinarios, dentro de lo que hoy se perfila como un *control difuso* con efectos *inter partes*, ya que en su opinión, una jurisdicción constitucional podría correr el riesgo

¹⁰¹Sobre las vicisitudes de la vida de Kelsen, mientras se desempeñó como miembro vitalicio y relator permanente del Tribunal Constitucional, acúdase a Aládar Metall, Rudolf. *Hans Kelsen. Vida y obra*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1976, pp. 54 y ss.

¹⁰²Kelsen. “La garantie jurisdictionelle de la Constitution”. *Op. cit.*

¹⁰³La ponencia de Kelsen, así como las participaciones que se produjeron en esta reunión se publicaron en el *Annuaire de l' Institut International de Droit Public*. P.U.F. París. 1929, pp. 52 y ss., y 187 y ss., respectivamente.

de transformarse “en una tercera —o primera— asamblea política”.¹⁰⁴ Barthélemy, en cambio, argumentó en favor de un modelo *híbrido* que pudiese combinar la “excepción de inconstitucionalidad” ante la jurisdicción ordinaria, y el funcionamiento de un TC *ad hoc* al mismo tiempo.¹⁰⁵

Cuando Kelsen retomó la palabra expuso los resultados alcanzados por el TC austriaco en los años que llevaba vigente, enfatizando que el funcionamiento de una instancia de estas características no había generado, hasta entonces, ningún tipo de oposición. Además, sostuvo que el problema esencial del TC residía en su composición, pronunciándose en favor de dar cabida “a la política” a través de miembros designados por el parlamento, pero dentro de una composición en donde la mayoría fueran juristas elegidos entre los profesores de Derecho Público. Aún así, el jurista austriaco no dejó de enfatizar el peligro de repartir los espacios a través de las cuotas partidistas, como ya comenzaba a suceder.¹⁰⁶

La parte más enriquecedora del debate se produjo, sin duda, cuando expuso que, desde su punto de vista, el problema esencial del control difuso residía en la incertidumbre que generaba el hecho de que dos o más tribunales pudieran tomar decisiones opuestas con relación a la regularidad de una ley, y que la misma intervención de la Corte de Casación, llamada a pacificar el diferendo, diera como resultado soluciones igualmente contradictorias basadas en razones políticas. Frente a ello, Kelsen aprovechó para enfatizar en una relevante diferencia “técnica”, al señalar que la particularidad del sistema austriaco consistía en la “centralización” o “concentración” del contencioso y en la portada del enjuiciamiento de donde derivaban las peculiaridades relativas al alcance de sus pronunciamientos, vinculados a la anulación de la ley,¹⁰⁷ y también al “monopolio del rechazo”, para que ninguna otra jurisdicción tuviera la potestad de inaplicar las leyes con motivo de su inconstitucionalidad.¹⁰⁸

Desde estas perspectivas, los debates de Weimar, Viena y París constituyeron la antesala de otra polémica más celebre, pero con similitudes relevantes en cuanto a los planteamientos defendidos por sus participantes; nos referimos a aquella que dos años más tarde mantuvieron Kelsen y Schmitt.

5. La polémica Kelsen-Schmitt sobre el guardián de la Constitución. Una lectura procesal constitucional

La célebre polémica que enfrentó a Hans Kelsen con Carl Schmitt entre la segunda y tercera década del siglo XX se encuentra enmarcada en cinco contribuciones doctrinales. Inicialmente, en el famoso opúsculo Kelseniano aparecido en lengua

¹⁰⁴“Intervenciones” de Jèze y Duguit, *Annuaire de l' Institut International de Droit Public*. P.U.F. París. 1929. pp. 196-197

¹⁰⁵“Intervención” de Barthélemy, *Annuaire de l' Institut International de Droit Public*. P.U.F. París. 1929, pp. 197

¹⁰⁶“Intervención” de Kelsen, *Annuaire de l' Institut International de Droit Public*. P.U.F. París. 1929, p. 199

¹⁰⁷“Intervención” de Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione. Dibattito”. *Op. cit.*, p. 213

¹⁰⁸ Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 29

alemana bajo el título “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*”,¹⁰⁹ al que ya se ha hecho referencia. Enseguida, objetando la mayoría de sus tesis aparecieron dos trabajos de Carl Schmitt, denominados respectivamente “*Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*”,¹¹⁰ publicado en 1929, y “*Der Hüter der Verfassung*”, divulgado en 1931¹¹¹ y que en ese mismo año serían retomados en su conocido trabajo *Der Hüter der Verfassung*.¹¹² Poco tiempo después, Kelsen contestó las tesis de Schmitt mediante un extenso artículo denominado “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*”.¹¹³

Puede parecer extraño el señalar que la polémica que confrontó a ambos autores haya representado un debate de *naturaleza procesal* cuando el título de sus colaboraciones se centró en la determinación del órgano a quien debía conferirse la custodia de la Constitución. Al efecto, es cierto que la mayoría de los trabajos que han reconstruido esa disputa intelectual han puesto la atención en la cuestión institucional, a la cual los autores reservaron sus argumentos centrales; sin embargo, no puede dejar de advertirse que la reflexión jurídica que ahí se produjo es igualmente asumible desde otras perspectivas de análisis.

Resulta difícil negar que en ese debate intelectual se opusieron dos formas de concebir ontológicamente al Derecho, dos conceptos particulares de Constitución, dos metodologías jurídicas y, por qué no decirlo, dos ideologías totalmente contrapuestas, como agudamente lo ha demostrado la doctrina.¹¹⁴ Para los efectos de este estudio, nos interesa enfatizar en una perspectiva menos abordada, pero no pero ello menos significativa, relativa a los *rasgos procesales* que allí se contienen, en la medida en que gran parte del debate se centró en conceptos y categorías que la ciencia procesal progresivamente fue atrayendo a su ámbito de influencia.

Es el caso de los términos *jurisdicción constitucional*, *TC*, *método jurisdiccional* y *controversia constitucional* (o técnicamente, procesos constitucionales), en virtud de que la discusión partió de las tesis primigenias de Kelsen que, recordemos, confió la garantía de la Constitución a una “jurisdicción” tangibilizada en un “Tribunal independiente” que debería funcionar a través de un “procedimiento contencioso” a efecto de decidir la regularidad de los actos del Parlamento y del Gobierno, en particular, así como de leyes y reglamentos sometidos a impugnación aludiendo vicios de inconstitucionalidad.¹¹⁵

Una rápida revisión de las obras de ambos autores permite advertir que los

¹⁰⁹Traducción española, Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. *Op. cit.*

¹¹⁰En Schreiber, Otto (ed.). *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*. t. I. De Gruyter. Berlin. 1929

¹¹¹En *Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*. Tubinga. 1931. núm. 1

¹¹²Verlag Duncker Humbolt. Berlín-München. 1931; se utiliza la versión española *La defensa de la Constitución*. Trad. de Manuel Sánchez Sarto. Tecnos. Madrid. 1998

¹¹³En *Die Justiz*, Heft 11-12, Bd. VI, 1930-1931, pp. 576-628, traducción italiana de Kelsen, Hans. “Chi dev’essere il custode della”. *Op. cit.*, pp. 229 y ss.

¹¹⁴Cfr. Fioravanti, Maurizio. “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”. En *La Scienza del Diritto Pubblico. Dottrine*. *Op. cit.*, t. II, pp. 605 y ss. También Sanz Moreno, José Antonio. *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*. Comares. Granada. 2002, pp. 8 y ss. Sintéticamente, Grimm, Dieter. “Sul rapporto tra doctrina dell’interpretazione, giustizia”. *Op. cit.*, pp. 63 y ss.

¹¹⁵Grimm, Dieter. *Op. cit.*, p. 64

conceptos que hoy en día pertenecen al patrimonio conceptual de la ciencia procesal, tales como *garantía, procedimiento, función jurisdiccional, tribunal, competencia, conflicto, sentencia, plazo, efectos retroactivos, seguridad jurídica, resolución, demanda, fallo, autoridad demandante, capacidad activa, interés, recurso, derecho de acción, iniciativa de oficio, principio de publicidad, alegatos, carácter oral, interés general, audiencia pública, particular interesado, representación, Poder Judicial*, etcétera, se encuentran desperdigados al interior de ambos textos. El haber empleado una terminología eminentemente procesal, tal y como aquí se refleja, no indica que nos encontremos frente a un debate o una problemática de esa índole, porque dicha disputa, qué duda cabe, se inscribió en el corazón del derecho público o, si se prefiere, dentro del núcleo central de la *Teoría de la Constitución*, por haberse abocado a discernir la racionalización de las garantías en defensa de la Constitución.

Es evidente, sin embargo, que ni Kelsen ni Schmitt desarrollaron, ni quisieron hacerlo, discursos de naturaleza procesal. Kelsen ideó la noción de TC desde su Teoría del Derecho, del Estado, y de la democracia, bajo la firme convicción de que su implantación representaría la afirmación del “reino de la razón” dentro del Estado, al situar a nivel constitucional un método de conocimiento y resolución de conflictos jurídicamente puro y objetivado. Schmitt, por su parte, se basó en argumentos de teoría y sociología constitucional para refutar que la actividad jurisdiccional pudiera ampliarse a conflictos en donde el objeto de la disputa fuera el “contenido dudoso” de las normas, dado que, para él, una actividad de esa naturaleza era “decisionismo” puro y, por tanto, legislación en función de “alta política”. Con lo anterior, el debate discurrió esencialmente dentro del entorno constitucional, al discutirse y, de hecho, contraponerse, las bases teóricas de un “guardián-juez” y de un “guardián-decisor”.¹¹⁶

Para encauzar los conceptos fundamentales de esta polémica, debe recordarse que en el escrito en el que Kelsen estableció las coordenadas básicas de la jurisdicción constitucional, confirió a ésta la función de garantía de la regularidad de las funciones estatales, e hizo del TC su manifestación más tangible y de los procesos constitucionales los instrumentos concretos a través de los cuales habría de procederse a la tutela de la Constitución.¹¹⁷

Para Kelsen el problema relativo a si el TC ejercería una verdadera jurisdicción, no fue de relevancia.¹¹⁸ Su falta de atención al tema se debe a que el autor no se detuvo a argumentar consistentemente si su actividad constituía jurisdicción o legislación. Schmitt, en cambio, consideró que la base de toda la problemática se encontraba precisamente en esclarecer el significado del concepto de jurisdicción con el propósito de revelar que la labor que realizaban los TC no encajaba en él.

Es posible que el autor alemán haya exteriorizado todas las dudas que le produjo la existencia de un garante jurisdiccional de la Constitución cuando se

¹¹⁶Mezzanotte, Carlo. *Corte Costituzionale. Op. cit.*, pp. 39 y ss.; Morrone, Andrea, *Il custode della ragionevolezza*. Giuffrè. Milán. 2001, pp. 491 y ss. Igualmente a Caravita, Beniamino. *Corte “giudice a quo” e introduzione. Op. cit.*, pp. 160 y ss.

¹¹⁷Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución...*, *cit.*, pp. 51-95

¹¹⁸Cfr. Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della...”, *cit.*, p. 239

preguntó: “¿Qué puede hacer la justicia, en general, para proteger la Constitución y hasta qué punto es posible estructurar instituciones especiales cuyo sentido y fin sean asegurar o garantizar una Constitución?”.¹¹⁹ Es claro que Schmitt reaccionó frente a la idea de conferir la tutela de la Constitución a un órgano judicial por la cualidad de “neutralidad” institucional y la “independencia” de sus miembros, tal como lo propuso Kelsen.

La noción de jurisdicción sobre la que Schmitt realizó sus formulaciones teóricas partió de la convicción de que los tribunales únicamente ejercían una labor jurisdiccional cuando actuaban sobre la legalidad, sobre la norma. Dicha vinculación permitía dilucidar la posición del juez dentro del Estado de Derecho, su objetividad, su carácter de tercero imparcial respecto de las partes, su independencia y su inamovilidad; en palabras del autor, “todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley”.¹²⁰ De acuerdo con este razonamiento, no podía haber jurisdicción donde no existía una norma que autorizara tanto su modo de proceder como la forma en que habría de decidir.¹²¹

El autor alemán diferenció también el contenido de la norma o, al menos, la forma como debería venir formulada. Para él, la norma que fundamentara un fallo debería ser “clara y precisa”, porque sólo de este modo se garantizaría el proceso típicamente judicial de la “subsunción procesal” de un hecho a una hipótesis normativa, que es donde fundó Schmitt, en definitiva, la esencia de la jurisdicción.¹²² Si para el autor alemán “la justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido”,¹²³ para Kelsen, en cambio, la jurisdicción comenzaba precisamente en el instante en que el contenido de las normas se convirtiera en “dudoso y controvertido”.¹²⁴ El antagonismo fue evidente, pues mientras para uno la jurisdicción concluye donde terminaba la “objetividad” del Derecho, para el otro empezaba precisamente en ese lugar.

Partiendo de la idea de legalidad, entendida en su modo más tradicional, es lógico que Schmitt, al enfrentarse al problema de la constitucionalidad de las leyes, encontrara notables divergencias entre lo que, desde su óptica, implicaba la jurisdicción y, en su caso, la actividad de un órgano llamado a pronunciarse sobre la legitimidad de las normas. En este apartado, enfatizó el autor en la peculiaridad del complejo normativo sobre el que habría de operar la jurisdicción constitucional (poniendo como ejemplo el libro segundo de la Constitución de Weimar), y advirtió que el contenido “dudoso” de las normas constitucionales, producto de la unión de “los principios jurídicos más diversos, preceptos singulares de carácter jurídico concreto, afirmaciones programáticas, normas de conducta y compromisos dilatorios”¹²⁵ no consentiría un ejercicio de subsunción típico de la jurisdicción y que, de llevarse a cabo, supondría un ejercicio que desbordaría por mucho la esencia de la jurisdicción. Un ejercicio así, de producirse, no sería de subsunción sino de

¹¹⁹Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, p. 57

¹²⁰Ibidem, p. 79

¹²¹Ibidem

¹²²Ibidem, p. 53

¹²³Ibidem

¹²⁴Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della”. *Op. cit.*, p. 245

¹²⁵Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, p. 87

auténtica determinación de un contenido normativo, dado que la amplitud de la norma constitucional no permitiría una actividad de esa naturaleza, sino una actividad de otro género, en virtud de que la pugna entre dos normas no podía resolverse aplicando una a la otra, sino estableciendo un contenido normativo que antes resultaba ambiguo.

Kelsen observó el automatismo jurídico de Schmitt, y apoyado en su Teoría jurídica del gradualismo, destacó que desde la lógica del proceso de creación y aplicación del Derecho no existían materias que pudieran quedar al margen de la jurisdicción. Contrario a lo defendido por Schmitt, el maestro de la escuela de Viena adujo que dentro del proceso de verificación de validez de la norma se daba un ejercicio de verdadera subsunción; pero clarificó que la hipótesis que debía subsumirse bajo una norma constitucional no era una norma sino básicamente “la producción de una norma”.¹²⁶

La ley, desde la lógica schmittiana sólo podría servir de *parámetro* de enjuiciamiento, mas nunca de *objeto* del mismo como supuso Kelsen.¹²⁷ Acaso por ello, el cambio de rol de la ley dentro de la dinámica procesal no fue aceptado por Schmitt, quien subrayó que el enjuiciamiento de la ley implicaría una justicia “de normas sobre normas” que llevaría a abordar judicialmente las imprecisiones conceptuales referentes al contenido de esas leyes y conduciría, en consecuencia, a la determinación de un contenido legal específico.¹²⁸ Dicha operación, más que jurisdiccional sería legislativa, puesto que habría un importante margen decisorio que no podría derivarse del contenido de la norma. Kelsen no negó sino que confirmó el carácter “decisorio” con el que debía actuar la judicatura, y en cierta medida comulgó con Schmitt en relación al carácter legislativo de la actividad del TC, aunque únicamente lo hizo por el resultado del control ejercido; de este modo, si el Tribunal realizaba un ejercicio de subsunción de la hipótesis de producción de una norma a la norma que la regulaba, y encontraba una incompatibilidad entre ambas, entonces debería reaccionar anulando dicha hipótesis con efectos generales.¹²⁹

Si la ley se ubicaba fuera de su espacio natural, que era el de erigirse en fundamento y no en objeto de un proceso, la lógica Schmittiana señalaría que se estaba fuera de la jurisdicción, o que el concepto mismo de jurisdicción se había desnaturalizado al aproximar la labor del juez a la función del legislador.¹³⁰ Si la vinculación del juez a la ley era uno de los componentes principales en el esquema del autor, dejar de vincularse al derecho prefigurado implicaba, igualmente, que el juez dejara de considerarse independiente.¹³¹ De forma paralela, Kelsen acercó la actuación del TC a la legislación, al señalar que la anulación de una norma era un acto de legislación en sentido contrario; sin embargo, insistió en que dicha anulación se producía mediante el empleo del método de subsunción procesal, lo que en su opinión separaba un modo de proceder del otro.¹³²

¹²⁶Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della”. *Op. cit.*, p. 245

¹²⁷Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, p. 84

¹²⁸*Ibidem*

¹²⁹Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della”. *Op. cit.*, pp. 247 y 248

¹³⁰Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, pp. 89-90

¹³¹*Ibidem*, p. 53

¹³²Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Op. cit.*, pp. 54; Kelsen, Hans, “Chi

En un plano más amplio, la distinción entre la jurisdicción y la jurisdicción constitucional se asienta en consideraciones adicionales igual de relevantes. Cuando al comienzo de su libro Schmitt se dio a la tarea de analizar la experiencia norteamericana, no negó que los tribunales tuvieran un “derecho al control de constitucionalidad de la ley”. No le dirigió, por ende, crítica alguna (algo que le reprochó Kelsen); no lo hizo porque según el autor, esa experiencia tuvo una “clara conciencia de su carácter como instancia procesal”¹³³ que se limitaba a fallar determinados litigios de modo “accesorio”, constituyendo solamente, como señaló Triepel, una “competencia ocasional”.¹³⁴ Empero, la principal diferencia que notó Schmitt fue que la jurisdicción constitucional, lejos de actuar ocasionalmente tenía una “competencia exclusiva” para unos contenciosos que no compartían la misma naturaleza de aquellos que conocían los tribunales estadounidenses, por lo que la comparación de una y otra no podía ponerse en los mismos términos. Se abrió así, otra perspectiva de la problemática, ya no centrada en el empleo de la técnica de subsunción, sino instalada en la naturaleza del contencioso constitucional.

Esta nueva cuestión se ubicó en un peldaño distinto, en donde lo relevante fue lo concerniente al *procedimiento, conflicto, litigio o proceso constitucional*, según la terminología usada indistintamente por los autores.¹³⁵ Al señalar que partiendo de las formas de actuación y de la naturaleza de los conflictos no existía analogía alguna entre el modelo estadounidense y el modelo que estaba surgiendo en Europa, se comenzaron a subrayar las diferencias más significativas de separación entre ambos modelos. En este punto hubo un importante acercamiento entre las visiones de ambos autores, ya que eran conscientes de que una de las diferencias esenciales entre los modelos radicaba en la forma concreta de acometer la inspección de inconstitucionalidad: *el procedimiento*.¹³⁶

La diferencia esencial recayó, sin embargo, en la naturaleza del conflicto constitucional. Para Schmitt no era posible enlazar la justicia auténtica con un genuino conflicto constitucional, en la medida en que éste se basaría en normas fundamentales que estaban lejos de establecer directivas claras y precisas como las que según el autor hacían posible el ejercicio de la función jurisdiccional.¹³⁷ Bajo esta idea central, intentó desvelar las profundas diferencias existentes entre los contenciosos de naturaleza política, que, según su concepción, no eran justiciables, respecto de aquellos contenciosos que se observaban dentro de sistemas preponderantemente judiciales como el estadounidense.¹³⁸ La distinción, basada en la naturaleza de la norma constitucional, le permitió señalar que los conflictos

dev'essere il custode della". *Op. cit.*, p. 248

¹³³Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, p. 44

¹³⁴Cfr. Triepel, Heinrich, "Wesen und Entwicklung". *Op. cit.*, p. 26, citado por Schmitt, Carl. *La defensa de la. Op. cit.*, p. 52

¹³⁵ No puede determinarse con precisión quién utilizó por primera vez el término proceso constitucional; en Kelsen fueron comunes las referencias al *procedimiento*, pero en Schmitt si se encontró el uso indistinto de los términos *litigio, conflicto y proceso constitucional*. Cfr. Kelsen, Hans, "Chi dev'essere il custode della". *Op. cit.*, p. 258; Kelsen, Hans. "Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato...", *cit.*, p. 305; Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, p. 119

¹³⁶Cfr. Calamandrei, Piero, *La illegittimità costituzionale delle. Op. cit.*, p. 350; Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità. Op. cit.*, pp. 92 y ss.

¹³⁷Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, p. 70

¹³⁸Ibidem, p. 46

constitucionales, como conflictos de naturaleza política, debían estar al margen de los órganos judiciales para no desfigurar el concepto de justicia. Siguiendo a Guizot, Schmitt concibió “limitaciones naturales a la justicia”, de modo que, empeñarse en forzar el significado de justicia para encuadrar en él atribuciones de diversa índole conduciría no a “una judicialización de la política, sino a una politización de la justicia”.¹³⁹ Esto significaría adentrarse al ámbito político e interferir en un espacio reservado a la actividad del legislador.

En el extremo contrario, para no ceder ante una tesis que obstaculizaba la jurisdicción constitucional al tomar como criterio la naturaleza política de la materia, Kelsen sostuvo que la incompatibilidad entre una función jurisdiccional y una función política no era exacta. A su juicio, una apreciación como la de Schmitt confundía las cosas, pues afirmar que sólo la legislación era política, conducía al error de señalar que ella y sólo ella era creación del Derecho y que la jurisdicción era únicamente aplicación reproductiva. Para dejar claras las cosas, señaló que en cada sentencia judicial existía una “dosis” de ejercicio del poder que se incrementaba de conformidad con la discrecionalidad emanada de la forma en que se presentaba la legislación; consecuentemente, si se trataba de defender una norma como la Constitución, el carácter político del Tribunal requería crecer de forma considerable.¹⁴⁰

De conformidad con lo anterior, es patente que mientras para Schmitt no era posible una jurisdicción constitucional, ya que no podía existir jurisdicción alguna que funcionase sobre materias políticas expresadas en normas ambiguas, Kelsen, en su afán de atacar esa afirmación, instaló de lleno al TC en el ámbito de la actividad política junto al Parlamento. Desde ese momento, el concepto de jurisdicción constitucional adquirió un *matiz político* evidente.¹⁴¹ Además, el hecho de señalar que tanto la legislación como la jurisdicción compartían el mismo carácter político, obligó a Kelsen a buscar elementos para mantener la juridicidad de la función del Tribunal. Por ello se empeñó en destacar que si bien toda controversia jurídica representaba un conflicto de intereses y, como tal, constituía un potencial conflicto político, dicha caracterización no impedía que la controversia pudiera ser decidida como “controversia jurídica” y que su conocimiento no pudiese ser encomendado a un órgano dotado de “independencia judicial”.¹⁴²

La atención se centró entonces en lo que Kelsen denominó “controversia jurídica” y Schmitt “conflicto constitucional”, lo cual nos conduce al debate en torno a la forma concreta mediante la cual el Tribunal habría de realizar su función. Al efecto, debe decirse que el maestro de la escuela de Viena restó importancia al problema del procedimiento.¹⁴³ Es más, ni siquiera se interesó en destacar la particularidad del proceso constitucional. Le importó más bien parangonar el procedimiento judicial con el parlamentario para garantizar que la constitucionalidad de la ley se discutiera “públicamente”.¹⁴⁴ De este modo, la dialéctica, como característica del procedimiento, servía, según él, para “llevar a la luz todo lo que

¹³⁹Ibidem, pp. 57, 58 y 75 respectivamente

¹⁴⁰ Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della”. *Op. cit.*, pp. 243 y 244

¹⁴¹ Así, Mezzanotte, Carlo, *Corte Costituzionale. Op. cit.*, pp. 50 y ss.

¹⁴² Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della”. *Op. cit.*, pp. 242 y 243

¹⁴³Ibidem, p. 258

¹⁴⁴Ibidem, p. 259

está a favor o en contra de una determinada solución”. Su utilidad se confirmaba al ser empleado en la resolución de contrastes de intereses de la más diversa naturaleza que necesitaban encontrar una expresión adecuada en el plano técnico-procesal. Según el autor, hallar la forma en la que esos intereses pudieran manifestarse de mejor manera era “tarea del ordenamiento procesal”.¹⁴⁵

No obstante, Kelsen confirió gran relevancia a la dialéctica procesal, es decir, al “principio de contradicción” que sólo podía expresarse dentro de un procedimiento de carácter contencioso.¹⁴⁶ Para él, la forma judicial ejercía una especie de *función instrumental* dentro de la garantía de la Constitución en la medida en que servía a un propósito fundamental: “Sacar a la luz la efectiva situación de los intereses”.¹⁴⁷ Advirtió que si la importancia de la forma judicial radicaba en su capacidad de contraponer los intereses en pugna, no era necesario profundizar en cuestiones como las relativas a la estructura concreta que esa forma judicial debía adquirir, en tanto ello implicaría tener una conciencia clara de la naturaleza del TC, algo que, como se ha dicho, no descifró completamente. Al no entrar en este ámbito, y limitarse a señalar que ello competía al ordenamiento procesal, Kelsen abrió la puerta para que la ciencia procesal pudiera ocuparse del TC y el proceso constitucional.

Schmitt, por su parte, otorgó máxima importancia al concepto de *litigio constitucional*.¹⁴⁸ A diferencia de Kelsen, vinculó este tipo de litigio con las características específicas de la norma constitucional para señalar la imposibilidad de un enjuiciamiento bajo ese parámetro. Empeñado en destacar su peculiaridad, advirtió que no era posible establecer un concepto “formalista” de litigio constitucional para ser utilizado en todos aquellos casos que caían en la competencia del TC; un concepto “preciso” al respecto sólo era posible si se tenía presente que, en cuanto a su “contenido” y su “estructura”, ese tipo de litigios se diferenciaban claramente de otros por su “inmediata relación real con la Constitución”.¹⁴⁹

La perspectiva del autor fue muy interesante en la medida en que enfatizó la relación existente entre Constitución y proceso constitucional. Lo que debía entenderse por proceso constitucional, en opinión de Schmitt, derivaba directamente del concepto de Constitución y no al revés, puesto que dejar que fuese el propio Tribunal el que estableciese por sí mismo el significado del instrumento a través del cual debería actuar, significaría dejar que el TC trazase su “propia competencia”; dada la importancia real de los conflictos constitucionales, un ejercicio de esta magnitud podría significar una especie de “competencia de competencia” de peculiar manufactura, cercana al concepto tradicional de “soberanía”.¹⁵⁰

A pesar de que Schmitt profundizó en el concepto de litigio constitucional con la intención de negarlo, lo importante del caso es que aun cuando su negativa no fructificó, el razonamiento realizado por el autor ha servido para encontrar

¹⁴⁵Ídem

¹⁴⁶Ídem

¹⁴⁷Ibidem, p. 260

¹⁴⁸Schmitt, Carl. *La defensa de la. Op. cit.*, p. 94

¹⁴⁹Ídem

¹⁵⁰Ídem

importantes peculiaridades de la idea, concepción, e incluso, de las implicaciones del proceso constitucional. La más importante ha sido señalada ya, y se refiere a que este concreto tipo de litigio tiene una estructura y un contenido específico derivado de su estrecha vinculación con la Constitución. Además, baste enunciar que a través de este mirador se advierte con mayor nitidez que la naturaleza de la norma constitucional, o para ser más concreto, de la Constitución, es el elemento que a final de cuentas otorga *especificidad* al proceso constitucional, en virtud de que su particular modo de ser y de estructurarse le confiere una complejidad orgánica determinada. Su contenido eminentemente constitucional ha venido a ubicar a esta forma de enjuiciamiento en una posición relevante dentro del sistema jurídico, al existir correspondencia en la relación existente entre proceso ordinario y ley, y proceso constitucional y Constitución.

Las conclusiones que se desprenden de la lectura del pensamiento de Kelsen y Schmitt son significativas. Si Schmitt rechazó que pudiera existir jurisdicción constitucional en un campo eminentemente político, atomizado de normas de contenido vago y confuso, Kelsen señalaría que justamente la jurisdicción empezaba su andadura allí donde las normas cuentan con un significado ambiguo. De esta forma, la subsistencia de una jurisdicción constitucional sólo era posible aceptando la politización del TC. Ante este escenario, no quedó más alternativa que señalar que todo conflicto político representa, al mismo tiempo, una controversia jurídica y que, desde esa lógica, la labor del TC se encuentra plenamente legitimada.

Kelsen fue consecuente con la idea de poner límites a la politización natural del garante de la Constitución, subrayando su conformación orgánica en forma de Tribunal y adoptando en su operación la “forma judicial”. Sin embargo, admitió que el problema, tal y como lo dedujo Schmitt, se encontraba en la particular naturaleza de las normas constitucionales. Las respuestas ofrecidas por ambos autores a esta problemática fueron igualmente contradictorias; para Schmitt, esas normas representaban el fin de la jurisdicción, mientras que para Kelsen representaban su supervivencia. Únicamente habría de buscarse el mecanismo adecuado para limitar la discrecionalidad del juez constitucional que la norma proveía.

Es en este aspecto donde se advierte que el modelo teórico de Kelsen difícilmente podía sostenerse ante la realidad imperante, ya que en lugar de establecer reglas para detener el ensanchamiento del control de constitucionalidad a través del reforzamiento del ámbito “subjetivo” del juez, propuso hacerlo desde el ámbito “objetivo” de la Constitución, señalando la necesidad de proceder a la “desideologización” de sus normas.¹⁵¹ Si la norma a tutelar requería ajustarse a un modelo o a una forma concreta de tutela, era la lógica jurídica la que terminaba por sufrir un importante revés frente a sí misma, y frente a la realidad efectiva.

Algo similar sucedió respecto al proceso constitucional. Si bien la doctrina kelseniana fue fundamental para promover la existencia de procesos constitucionales autónomos, a través de la institución de un TC, es necesario señalar que su preocupación se circunscribió a garantizar el “contradictorio”. En este sentido, Kelsen vio en la forma judicial la continuación del procedimiento parlamentario, en la medida en que ambos estaban dispuestos a favorecer la

¹⁵¹Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della” . *Op. cit.*, pp. 253 y 254

contraposición de intereses entre mayorías y minorías; uno en forma de compromiso, otra en forma contenciosa.

Schmitt, en cambio, avanzó las peculiaridades del proceso constitucional con el objeto de negarlo, y en el camino señaló que la especificidad de esa forma de litigio provenía de su íntima vinculación con la Constitución. En Schmitt existió la convicción de que, si un proceso constitucional podía eventualmente existir, debería tomar forma a partir de los rasgos característicos de un concreto escenario constitucional. Kelsen no lo advirtió de la misma manera, dejando que la estructura del proceso estuviera a cargo del ordenamiento procesal.

La lectura integral de la polémica en cuestión, situada en el contexto de la época, desvela un relevante antagonismo conceptual en torno a la jurisdicción, el TC y el proceso constitucional y, al mismo tiempo, una intensa contraposición metodológica sobre la forma de acometer al discernimiento de su estudio, desvelando, desde ese lejano horizonte, el papel que dentro de la disciplina habría de jugar la ciencia procesal y la *ciencia constitucional*. No debe sorprender, en consecuencia, que la negación de la jurisdicción como protectora de la Constitución haya llevado a Schmitt a buscar su instrumentación en otro lugar, la cual encontró en un *poder neutro* personificado en la figura del jefe del Estado.¹⁵² Tampoco es de extrañar que Kelsen, alargando el campo de acción de la jurisdicción al ámbito político juridificado en la Constitución, haya señalado que guardián de la supremacía normativa de la Constitución sólo podía ser un TC.¹⁵³

6. La aparición del antagonismo actual entre procesalistas y constitucionalistas. El Congreso internazionale di Diritto processuale civile de Florencia en 1950

Hemos señalado que los congresos de juristas alemanes del siglo XIX y los debates que se produjeron en el entorno de Weimar, Viena y París reflejan los principales debates de la doctrina *iuspublicista* europea en relación con el campo de estudio desde donde debería estudiarse el fenómeno del control de constitucionalidad de las leyes, su naturaleza, estructuración, ámbito de actuación y repercusiones para el sistema constitucional. Sin embargo, es en el contexto florentino de mitad del siglo XX donde se encuentra el origen de los debates que hoy en día buscan reivindicar la disciplina jurídica desde la que debe estudiarse la jurisdicción constitucional, una vez que su presencia forma parte del núcleo genético de las Constituciones modernas.

En efecto, el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 1950, representa el entorno en el que el debate científico sobre la naturaleza de la disciplina se desveló con mayor precisión. Fue una reunión académica que desde el punto de vista cronológico y material se relaciona con la Quinta Reunión Anual de Profesores de Derecho Público celebrada en la capital austriaca en 1928 y con el debate en el *Institut International de Droit Public* de París del mismo año, en los que se discutieron, previo al cataclismo de la Segunda Guerra Mundial, los fundamentos,

¹⁵²Schmitt, Carl, *La defensa de la. Op. cit.*, pp. 213 y ss.

¹⁵³Kelsen, Hans, "Chi dev'essere il custode della". *Op. cit.*, p. 239

las formas de estructuración orgánica y los alcances del control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, desde el punto de vista metodológico, el Congreso Florentino se vincula con los congresos alemanes de 1862 y 1863, en virtud de que en él se discutió decididamente sobre la naturaleza del control de constitucionalidad, y con ello, sobre la orientación doctrinal que se encontraba en mejores condiciones para su estudio. Una deliberación en cuyo fondo se advirtió el problema latente de la naturaleza de la materia y su ubicación doctrinal, es decir, el *dónde* y mediante qué *método*, que no era otra cosa que la especificación de la doctrina que debía encargarse de su sistematización científica.

El entorno temporal de mitad de siglo fue muy significativo porque los debates y las posiciones teóricas allí defendidas difícilmente podrían explicarse sin referirse al análisis que de la realidad jurídica del momento había realizado Piero Calamandrei. No debe pasar desapercibido que meses antes de la realización de este cónclave académico había sido publicada la elemental monografía del autor florentino bajo el título: *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*;¹⁵⁴ trabajo que se conoció y citó con particular vehemencia dentro de las sesiones del Congreso. Las embrionarias ideas del autor respecto al control de constitucionalidad de las leyes se pueden hallar en las reflexiones publicadas en 1948 y 1949, reunidas en la contribución denominada: “*La Costituzione della Repubblica italiana*”. En este trabajo el autor ofreció una aguda explicación del cambio radical que para la historia constitucional italiana representaba la Constitución aprobada en diciembre de 1947, vigente a partir del primero de enero de 1948.¹⁵⁵ La reflexión de Calamandrei sobre la tutela constitucional vendría a completarse en 1956 con la aparición de su conocido trabajo *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*.¹⁵⁶

Correspondió al insigne procesalista el mérito de ser el primer académico en sentar las bases para el desarrollo doctrinal del DPC, al ser el que sistematizó en su origen las formas que podía asumir la justicia constitucional, y quien inicialmente aplicó el método procesal al análisis de una de las instituciones paradigmáticas del modelo italiano de justicia constitucional: la inconstitucionalidad de las leyes en vía incidental. Por estas contribuciones, Calamandrei debe considerarse uno de los precursores de los estudios de DPC.¹⁵⁷

A continuación, se exponen algunas de las tesis que sostuvo en el debate suscitado en el Congreso florentino, porque al contrastar su pensamiento con el del resto de participantes se alcanza a comprender con mayor precisión la magnitud de su legado. Sintomático es advertir que las dos primeras ponencias sujetas a discusión se enmarcaron en el mismo tema: *el control de constitucionalidad de las leyes*. Lo verdaderamente particular, y es prudente subrayarlo, consistió en que las mismas se encargaron a un *constitucionalista* y a un *procesalista* respectivamente.

¹⁵⁴Calamandrei, Piero, *La illegittimità costituzionale delle. Op. cit.*, pp. 337 y ss.

¹⁵⁵Calamandrei, Piero, “La Costituzione della Repubblica italiana”. En *Opere Giuridiche. Op. cit.*, pp. 234 y ss., esp. 246 y ss.

¹⁵⁶Publicado en *Opere Giuridiche. Op. cit.*, pp. 609 y ss.

¹⁵⁷Son varios los autores que reconocen a Calamandrei como uno de los fundadores de los estudios de DPC. Entre ellos véase a Cappelletti, Mauro, “Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. VI. Núm. 24. Octubre-diciembre de 1956, p. 183; Fix-Zamudio, Héctor. “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. VI. Núm. 24. Octubre-diciembre de 1956, p. 195

Carlo Esposito, eminente profesor de Derecho Constitucional, se encargó de poner en evidencia un tratamiento afín a su perfil académico,¹⁵⁸ mientras que Virgilio Andrioli, connotado procesalista, hizo lo mismo desde su respectivo ámbito de conocimiento.¹⁵⁹

Dentro del turno de las intervenciones, Francesco Carnelutti resumió, en términos generales, la discusión de las dos ponencias generales (y los informes sobre las experiencias provenientes de Brasil, Alemania, Austria, España y México), con el objeto de sintetizar los cuestionamientos sobre las tesis defendidas en cada una, a fin de que las respuestas contribuyeran a fijar una especie de *teoría general*. Con la agudeza que caracterizaba al procesalista de la Universidad de Roma, procedió a establecer las grandes cuestiones en torno al problema de la justicia constitucional, al señalar:

Antes de todo, se quisiera saber cuál es la naturaleza del juicio en torno a lo que se llama la constitucionalidad de las leyes. En segundo lugar, cuál es el contenido de la potestad conferida al órgano de control. En conclusión, cuál es la eficacia del juicio pronunciado por este órgano.¹⁶⁰

Quedaron sintetizadas así las preocupaciones fundamentales a las que la doctrina estaba convocada a dar respuesta. En dichas interrogantes se resumió el alcance del debate florentino y su contribución al esclarecimiento de la *naturaleza del control* de las leyes y el *carácter del órgano* al que se le confería tal potestad. Su trascendencia consistió en que las ponencias, los informes y el debate de los procesalistas de América y de Europa elevaron a escala internacional la discusión en torno a esta temática, y a su debido planteamiento metodológico, sin ser esa, tal vez, su intención prioritaria.

La cuestión de la naturaleza del control de constitucionalidad fue abordada por Carlo Esposito. El autor, siguiendo el razonamiento que había sostenido en 1934, en una importante y conocida monografía titulada *La validità delle leggi*,¹⁶¹ señaló que el problema del control de constitucionalidad se incardinaba dentro de las formas de producción o de validez del Derecho, en la medida en que su finalidad era constatar el respeto a las reglas sobre la creación y sobre la legitimidad sustancial del Derecho.¹⁶² En su ponencia, distinguió entre la eficacia y la validez de las leyes en función de que el artículo 136 de la Constitución Italiana disponía que las leyes declaradas inconstitucionales perdían eficacia al día siguiente a aquel en que se hubiese publicado la sentencia. Esto quería decir, según Esposito, que las leyes, antes de la declaración de la Corte eran ejecutivas pero no obligatorias,

¹⁵⁸Esposito, Carlo. "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia". En *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*. CEDAM. Padua. 1953, pp. 27 y ss.

¹⁵⁹Andrioli, Virgilio. "Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi". En *Atti del Congresso Internazionale di Diritto*. Op. cit., p. 43

¹⁶⁰Carnelutti, Francesco. "Intervento". En *Atti del Congresso Internazionale di Diritto*. Op. cit., p. 65

¹⁶¹Esposito, Carlo. *La validità delle leggi. Estudio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. CEDAM. Padua. 1934

¹⁶²Esposito, Carlo. "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità". Op. cit., p. 28

que tenían eficacia pero no validez.¹⁶³

Desde su doble visión de procesalista y teórico del Derecho, Carnelutti advirtió que el mérito de Esposito consistía en que no hablaba de constitucionalidad, sino de *validez de las leyes*. Una diferencia que, según el autor, no había sido acogida por la doctrina constitucional del momento, pues de ser así se habría distinguido entre la “ley” y el “acto legislativo”. Con lo anterior, el autor de alguna manera criticaba a la ciencia constitucional a la que le reprochaba no haber retomado las distinciones esenciales que habían avanzado otras disciplinas que habían progresado notablemente.¹⁶⁴ El procesalista reconoció, sin embargo, que la cuestión era distinta en la medida en que la sustancia política del derecho constitucional oponía mayores dificultades a su configuración jurídica.

Esposito y Carnelutti cumularon en dos cuestiones significativas para la reconstrucción doctrinal del control de las leyes: en el tipo específico de control ejercitado, *difuso* o *concentrado*, y en el alcance o la incisividad del control, es decir, en los vicios *formales* o *sustanciales*. Ambos mostraron también sus reticencias frente al control de constitucionalidad ejercitado por un Tribunal especial. Entendían que los jueces ordinarios no podían dejar de verificar, no tanto si la ley era válida, sino si el acto del cual ésta se desprendía era válido. Consecuentemente, para ellos la prohibición de un control difuso representaba una *restricción* más que una ampliación del control, al haberse confiado a las manos exclusivas de la *Corte Costituzionale*.¹⁶⁵ En el mismo sentido, concebían que la rigidez de la Constitución obligaba al legislador a seguir las vías indicadas para la formación de las leyes, evitando incorporar determinados contenidos a su producción jurídica. De este modo, el control de la Corte configuraba un control formal sobre el proceso de formación de la ley y, al mismo tiempo, un control sustancial en torno a la “justicia de la ley”.¹⁶⁶

Sin embargo, el mérito indiscutible de profundizar en la naturaleza del control de constitucionalidad, diferenciando las características esenciales de los dos *modelos históricos* existentes, correspondió al genio de Calamandrei, ya que dedicó el primer capítulo de su conocido trabajo al planteamiento teórico de la cuestión.¹⁶⁷ Distinguió dichos modelos con base en el objeto, el órgano, la legitimación, y los efectos, desde el punto de vista de su extensión y su naturaleza, señalando que el *control judicial* se caracterizaba por ser un control difuso, incidental, especial y declarativo, mientras que el *control autónomo* emergía como un control concentrado, principal, general y constitutivo.¹⁶⁸

Calamandrei exploró, además, los conceptos de ley ordinaria y ley constitucional para llegar a la noción de *superlegalidad constitucional* (o supremacía constitucional) y hacerse del fundamento básico y del presupuesto natural del

¹⁶³Ibidem, pp. 32 y 33

¹⁶⁴Carnelutti, Francesco. “Intervento”. *Op. cit.*, p. 66

¹⁶⁵Véase Esposito, Carlo. “Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità”. *Op. cit.*, pp. 32 y 33. También, Carnelutti, Francesco. “Intervento”. *Op. cit.*, p. 66

¹⁶⁶Kelsen, Hans. “Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato”. *Op. cit.*, pp. 37 y ss. Cfr. igualmente Carnelutti, Francesco. “Intervento”. *Op. cit.*, p. 67

¹⁶⁷Cfr. Calamandrei, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi*. *Op. cit.*, pp. 347-353

¹⁶⁸*Ibidem*, p. 350

control de constitucionalidad.¹⁶⁹ Luego de abundar en las normas objeto del control de constitucionalidad, señaló que las hipótesis de inconstitucionalidad podían extenderse hacia los *vicios de incompetencia, exceso de poder y violación de ley* constitucional en sentido *formal y sustancial*. De este modo, entre el jurista florentino, Esposito y Carnelutti, existió plena coincidencia con relación a los alcances del control de las leyes.¹⁷⁰

La segunda cuestión enunciada por Carnelutti, relativa a la naturaleza de la función o del poder ejercido por la Corte, había sido retomada igualmente por Calamandrei. En la carta que el autor dirigió a Redenti, a quien homenajeó a través de dicha monografía, se observa su preocupación por las implicaciones que un órgano como la *Corte Costituzionale* podía generar dentro del sistema jurídico italiano, advirtiendo que tal y como había sido concebida, no era “un órgano jurisdiccional sino un órgano superlegislativo”.¹⁷¹ Evidentemente, en este punto el autor se plegó escrupulosamente a la tesis kelseniana, señalando que no podía conferirse a la Corte el carácter de una *jurisdicción especial*,¹⁷² aun cuando las pocas disposiciones que contenía la Constitución sobre ella adoptasen una terminología decididamente judicial.¹⁷³

Para el autor, era necesario analizar la naturaleza objetiva de la función ejercitada, observando que ninguno de los *síntomas típicos* de la función jurisdiccional (llámese “litis” según el pensamiento carneluttiano o “actuación de la ley en su voluntad concreta” según Chiovenda) se encontraba presente en el control de constitucionalidad.¹⁷⁴ Según su opinión, la forma adquirida por la Corte era producto de una *sugestión* del Constituyente italiano por el ejemplo norteamericano, sin advertir que en la experiencia trasatlántica se ejercía un control de forma incidental y que el modelo promovido por la Constitución italiana establecía un control de carácter principal.

Calamandrei señaló que incluso entre la función de la Corte y la función legislativa existía una diferencia fundamental, ya que mientras ésta actuaba libremente con base en criterios de oportunidad política, la Corte anulaba la ley “por un motivo puramente jurídico”. Esta constatación, sin embargo, no fue obstáculo para que el autor reconociera la relevancia política de la Corte, razón que justificaba, en gran medida, la creación de un órgano *ex novo* ubicado “fuera del ordenamiento judicial y por encima de los tres poderes del Estado”.¹⁷⁵ Precisamente por la altísima responsabilidad que suponía imponer el respeto de las normas constitucionales existentes es que su función, siendo legislativa por sus efectos, asemejaba en sus premisas a las de un Tribunal, por lo cual, según el autor, era importante que su procedimiento se desarrollara con la “solemnidad de las formas judiciales”.¹⁷⁶

Anclado en estas reflexiones, se comprende que dentro de las deliberaciones

¹⁶⁹*Ibidem*, p. 355

¹⁷⁰*Ibidem*, p. 364

¹⁷¹*Ibidem*, p. 345

¹⁷²*Ibidem*, p. 387

¹⁷³*Idem*

¹⁷⁴*Ibidem*, pp. 386 y 387

¹⁷⁵Calamandrei, Piero. “La Costituzione della Repubblica italiana”. En *Opere Giuridiche. Op. cit.*, p. 247

¹⁷⁶Calamandrei, Piero. *La illegittimità costituzionale delle. Op. cit.*, p. 388

del Congreso florentino, Calamandrei achacara a Esposito y Andrioli el no haberse detenido lo suficiente sobre el problema de la naturaleza jurisdiccional o política de la *Corte Costituzionale*.¹⁷⁷ Y es verdad que Esposito no se detuvo en el asunto. Andrioli, por el contrario, abrió el último apartado de su ponencia con la pregunta: “La actividad de la Corte Constitucional, ¿jurisdiccional o legislativa?”.¹⁷⁸ A través de este cuestionamiento, el tema obtuvo centralidad en la reunión. Su esclarecimiento era, en el aspecto teórico, de la máxima importancia si se pretendía saber con exactitud la colocación de la nueva institución dentro del sistema de gobierno; sin embargo, tenía un evidente valor práctico ya que la respuesta interesaba al procesalismo, en tanto presupuesto previo y necesario para dilucidar la eficacia de las decisiones de la *Corte Costituzionale*.

Andrioli inició su planteamiento subrayando que el carácter jurisdiccional de la Corte se explicaba en el contexto de la rigidez de la Constitución, de donde emanaba cualquier exigencia de respeto del legislador ordinario hacia sus postulados. Si una controversia relativa a la legitimidad constitucional no era sino una valoración de la conformidad de la ley hacia la Constitución, entonces era evidente, según el procesalista, que existía una notable afinidad entre esta función y la jurisdiccional propiamente dicha, abocada a la valoración de la conformidad de un acto respecto de la ley. El método judicial apareció, desde estas perspectivas, como el más idóneo para “la constatación de la realidad y la búsqueda de la verdad”.¹⁷⁹ Que el juicio estuviese inspirado en criterios políticos era la resultante de la particularidad de las normas constitucionales, cuestión que no influía en absoluto sobre la calificación jurisdiccional o legislativa de la Corte.¹⁸⁰

En el coloquio florentino, Carnelutti confesó que se encontraba “indeciso” en torno a la salida más adecuada respecto a la problemática, limitándose a recorrer las posiciones fijadas por Andrioli y Calamandrei.¹⁸¹ Su posición se acercó a la tesis de Calamandrei cuando se detuvo en el criterio que priorizaba la naturaleza de la decisión y no la estructura del órgano; sostuvo, por tanto, que si se apuntaba a la eficacia general o particular de las decisiones del juez constitucional, temía que se estuviese fuera del campo judicial y cerca de la función legislativa.¹⁸² Pero también se acercó a la posición de Andrioli al señalar que podría tener razón si el criterio distintivo se centraba en el “método de trabajo” con el que la Corte haría frente a su labor; señaló, sin embargo, que aun cuando existían semejanzas importantes, ya que en su opinión el legislador también enjuiciaba, la diferencia recaía en que el juez lo hacía *super partes*, y el legislador, en cambio, lo hacía *sine partibus*.¹⁸³ Ante la doble perspectiva en torno a esta problemática, y la imposibilidad de acercar posiciones, Carnelutti dejó de pronunciarse sobre la cuestión, señalando únicamente la necesidad de profundizar en ella para darle una solución adecuada.¹⁸⁴

¹⁷⁷Calamandrei, Piero. “Intervento”, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto*. *Op. cit.*, p. 76

¹⁷⁸Andrioli, Virgilio. “Profili processuali del controllo giurisdizionale”. *Op. cit.*, p. 57

¹⁷⁹Ibidem, p. 58

¹⁸⁰Ídem

¹⁸¹Calamandrei, Piero. “Intervento”. *Op. cit.*, pp. 67 y 68

¹⁸²Ídem

¹⁸³Ídem

¹⁸⁴Ídem

Así, el debate sobre la naturaleza jurisdiccional o legislativa de la *Corte Costituzionale* quedó, de esta manera, abierto e irresuelto. Por lo mismo, no es posible inferir de ella un posicionamiento claro sobre la esencia de la materia y, por ende, una respuesta clara respecto de *dónde* se incardina el tema y a *quiénes* corresponde su estudio. Pero fueron nuevamente Calamandrei y enseguida Andrioli, quienes vinieron a establecer, cada uno bajo sus propias tesis, el punto de conexión entre la actividad de la Corte Constitucional y el derecho procesal. Calamandrei consideraba que la Corte tenía naturaleza legislativa, puesto que no había incorporado los rasgos típicos de la jurisdicción, aun cuando la terminología que la cubría era decididamente judicial. Desde estas premisas, ¿de qué manera justificó el autor el interés del procesalismo en el estudio de un órgano que nada tenía que ver con el ámbito judicial? La respuesta se encuentra, sin duda, en el vínculo que a su juicio se generaba entre la autoridad judicial y la Corte Constitucional para el debido desenvolvimiento de la jurisdicción constitucional.

En efecto, desde su análisis de la Constitución italiana, el autor florentino se empeñó en señalar que la defensa de los derechos individuales y el mantenimiento de la Constitución se confiaban tanto a la magistratura como a la *Corte Costituzionale*. Sin detallar las características del sistema de control constitucional, Calamandrei se limitó a destacar que el carácter rígido de la Constitución hacía inexorable que, en caso de que un juez, dentro de cualquier proceso, dudase de si la ley a aplicar contrastaba con la Constitución, debía mantener en suspenso el juicio en espera del pronunciamiento de la *Corte Costituzionale*, a quien correspondía el “poder de declarar la ‘ilegitimidad constitucional’ de la ley”.¹⁸⁵

La articulación entre jurisdicciones generó un modelo particular de justicia constitucional, como el mismo Calamandrei habría de destacar. Si dentro de los modelos puros que se afaná de identificar, existían diferencias que terminaban por contraponerlos, el sistema italiano se ponía como un “*quid* intermedio”¹⁸⁶ entre los dos modelos típicos, en virtud de que el control de constitucionalidad se ejercía en vía principal, pero por la forma como se introducía al conocimiento de la Corte adquiría un carácter marcadamente incidental.

La peculiaridad del sistema italiano quedó institucionalizada en el artículo primero de la Ley Constitucional No. 1, del 9 de febrero de 1948 (*Normas sobre los juicios de legitimidad constitucional*), en donde se señaló que la cuestión de constitucionalidad podía ser elevada *de oficio* o a *petición de una de las partes* en el curso de un juicio. La atribución conferida a las autoridades judiciales establecía un vínculo inexorable entre ellas y la *Corte Costituzionale*, pues la ausencia de un recurso directo en manos de cualquier ciudadano confería absoluta centralidad al juez en la defensa de los derechos fundamentales, ya que su protección podía conseguirse únicamente a través de la actividad judicial desarrollada en el proceso *a-quo*.¹⁸⁷

Calamandrei observó que estas características hacían que el juez funcionase en calidad de “portero” o de “introducción necesario” del juicio de constitucionalidad de la ley, revelando que el poder confiado a los jueces ordinarios era mayúsculo y

¹⁸⁵Calamandrei, Piero, “La Costituzione della”. *Op. cit.*, pp. 246 y 247

¹⁸⁶Calamandrei, Piero, *La illegittimità costituzionale delle. Op. cit.*, p. 371

¹⁸⁷Ibidem, p. 341

que no se agotaba en un simple ejercicio de transmisión. El juez, desde esta óptica, tenía el poder discrecional de enjuiciar previamente la cuestión y evitar su remisión a la Corte, de considerarla “manifiestamente infundada”. De ahí que su figura se acrecentara de manera notable, ya que podía impedir o impulsar, según el caso, que la Corte entrara a inspeccionar la constitucionalidad de determinadas leyes.¹⁸⁸ La *simbiosis* entre la *Corte Costituzionale* y la justicia ordinaria quedó ampliamente desvelada, sin hacer menos ni a una ni a otra, como el mismo Calamandrei habría de subrayar.¹⁸⁹

Nada tiene de particular que, si la mecánica del proceso constitucional dependía en buena medida de los entresijos suscitados en el proceso ordinario, la incursión del procesalismo en el campo de la ilegitimidad constitucional de las leyes y, por ende, en el extenso ámbito de la justicia constitucional, quedara plenamente justificada, pues a esta disciplina correspondería, de una u otra forma, esclarecer las formas, condiciones y momentos en que dicha jurisdicción debía ponerse en movimiento. La noción de *prejudicialidad* en el proceso ordinario, a través del pensamiento de Calamandrei, se importó al proceso constitucional, requiriendo un ejercicio de adecuación al específico objeto de la controversia que, desde estas perspectivas, constituía una labor a la que estaba llamada, en exclusiva, la doctrina procesal.¹⁹⁰

Reconocer naturaleza jurisdiccional al TC hizo que la justificación de su condición procesal no tuviera complicación. Requería solamente establecer la necesaria vinculación entre la naturaleza jurisdiccional de la Corte con el carácter adjetivo del procedimiento respectivo, en apego a la noción consolidada en la doctrina procesal de que el carácter jurisdiccional de un órgano descende de la existencia de normas procesales.¹⁹¹ Andrioli, por su parte, no permaneció en el ámbito teórico sino que avanzó en el análisis concreto de las fuentes que disciplinaban el ejercicio de la Corte, advirtiendo que partían de este elemental “presupuesto”.¹⁹² En opinión del citado procesalista, en la Constitución y en la Ley Constitucional de 1948 se encontraban salomónicamente disciplinadas las “dos fuerzas” mediante las cuales se desarrollaba la experiencia del proceso. La Constitución regulaba la jurisdicción, mientras que la ley constitucional lo correspondiente a la titularidad y el ejercicio de la acción, configurándose así los elementos que debían conjugarse para la eficacia de la tutela constitucional, pues de lo contrario, subrayó, “las controversias relativas a la ilegitimidad constitucional de las leyes habrían permanecido en el limbo incoloro y endémico de la jurisdicción sin acción”.¹⁹³

La lógica de Andrioli, al vincular jurisdicción constitucional con normas procesales, pero sobre todo la de Calamandrei, al relacionar a la *Corte Costituzionale* con el Poder Judicial, vendrían a ser fundamentales para la posterior

¹⁸⁸Ibidem, pp. 341 y 373 respectivamente

¹⁸⁹Ídem. El autor profundizaría seis años más tarde en el argumento. Cfr. Calamandrei, Piero, “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”. En *Opere Giuridiche. Op. cit.*, p. 611

¹⁹⁰Calamandrei, Piero. *La illegittimità costituzionale delle. Op. cit.*, p. 373

¹⁹¹Cfr. Carnelutti, Francesco. “La Corte Costituzionale sopra lo Stato?”. En *Rivista di diritto processuale*, CEDAM, Padova, 1960, p. 668

¹⁹²Andrioli, Virgilio. “Profili processuali del controllo giurisdizionale”. *Op. cit.*, pp. 45 y 46

¹⁹³Ibidem, p. 46

consolidación de la definitiva afirmación del carácter procesal de la disciplina, y para señalar puntualmente quiénes deberían ocuparse, y bajo qué metodología, de la sistematización de su materia. Es en este lugar donde el Congreso florentino muestra su pleno valor, porque en sus debates se advirtió claramente la existencia de un *doble perfil metodológico* bajo el cual se podía válidamente estudiar el control de legitimidad constitucional de las leyes. Para constatarlo basta señalar que al momento de la discusión de las ponencias generales de Esposito y Andrioli, y luego de la intervención de la mayoría de procesalistas ahí reunidos, Esposito reaccionó a las críticas vertidas por Carnelutti a la ciencia constitucional, como al hecho, un tanto extraño para él, de que fuera en un congreso de derecho procesal donde se estuviera discutiendo un problema de *naturaleza constitucional* o de *Teoría del Derecho* como el del control constitucional, ya que esos eran los enfoques principales desde los cuales se venía estudiando el tema previo a la Segunda Guerra Mundial.¹⁹⁴

Las palabras de Esposito son concluyentes al respecto, cuando sostiene:

El problema de la clasificación de las ciencias y de las materias no me ha interesado nunca. Pero me ha parecido que en este Congreso de procesalistas (en el que, sin embargo, se viene hablando de muchas cosas que no se si correspondan estrechamente a la <materia>) era necesario intentar una preliminar y consciente sistematización del problema que se me ha confiado, e indicar los límites que inevitablemente encuentra todo tentativo de poner bajo control al legislador.¹⁹⁵

Con lo sostenido hasta ahora, puede afirmarse que es en el contexto florentino de mitad del siglo XX donde se originó la contraposición metodológica que busca reivindicar el carácter procesal, o bien constitucional, del DPC, que desde entonces ha perdurado en el tiempo, y que a principios del siglo XXI ha florecido con intensidad, destacando el esfuerzo que busca reivindicar este campo de estudio para la ciencia procesal.

De esta manera, fue en dicho ámbito geográfico y temporal donde quedaron nítidamente planteadas las dos grandes cuestiones que en la actualidad siguen abiertas dentro de la dogmática atinente a los TC: la cuestión relativa a su *naturaleza*, y la disputa concerniente a la *metodología* a utilizar para encauzar su sistematización científica dentro del universo de las disciplinas jurídicas. Desde entonces y hasta ahora, se ha profundizado en la construcción de dos discursos autónomos y claramente identificados, los cuales, sustentados en métodos propios y visiones específicas, han conducido el análisis del control de constitucionalidad de las leyes desde perspectivas distantes, provocando la bifurcación de un discurso claramente procesal y a un discurso abiertamente constitucional.¹⁹⁶

¹⁹⁴Como ejemplo estaba la propia monografía del autor, Esposito, Carlo. *La validità delle leggi*. Op. cit., pp. 91 y ss.

¹⁹⁵Cfr. Esposito, Carlo. "Replica". En *Atti del Congresso Internazionale di Diritto*. Op. cit., p. 77

¹⁹⁶Véase Astudillo, César, "Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional". Op. cit., pp. 37 y ss.

No obstante lo anterior, si algo demuestran los antagonismos que en distintos momentos de la historia se han presentado en torno al significado y alcance de los TC, tal y como los hemos abordado en esta contribución, es que difícilmente podrá existir una salida adecuada a la problemática sobre la naturaleza y el ámbito de estudio de sus categorías jurídicas, si no somos capaces de conferirles autonomía como objeto de estudio, para que a través de la perspectiva aportada por la emergente disciplina del DPC, que tanto auge ha tomado en nuestros días, se les rescate de los discursos que sólo limitan, constriñen y empobrecen su riqueza conceptual, y se les proyecte hacia un espacio de estudio en el que puedan sistematizarse a partir de múltiples perfiles, dentro de un método abierto y plural, que haga emerger todas aquellas especificidades que hacen de la tutela de la Constitución una función de características excepcionales.