Libro completo en https://tinyurl.com/472hb2hr
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo cuarto

# SUBSISTEMA ONTOLÓGICO: DERECHO CONSTITUCIONAL

## I. Introducción

En el área del derecho constitucional, el líder de la Escuela Jurídica de Viena no publicó tratados tan extensos como sus textos sobre metodología del derecho, sino que centró sus esfuerzos, sobre todo, en redactar un conjunto de ensayos que de algún modo tenían como objeto principal dar respuesta a ciertos problemas que él consideró apremiantes de acuerdo con el contexto político y jurídico del momento. Por este motivo, en las páginas siguientes se adoptará más bien un criterio cronológico, temático y crítico para exponer y examinar las aportaciones del profesor vienés en el ámbito del derecho constitucional. En efecto, se analizarán especialmente las principales aportaciones que Kelsen realizó a las áreas de la justicia constitucional y el parlamentarismo.

Al respecto, se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, se expondrán algunos episodios de la vida de Kelsen con el propósito de subrayar que la génesis de la filosofía política y moral de este autor se encuentra íntimamente ligada a su experiencia vital. Después, se expondrán los desarrollos que el jurista austriaco realizó al ámbito de la justicia constitucional; en ese contexto, se hará una referencia obligada a la querella que sostuvo con Carl Schmitt. Finalmente, se analizarán las ideas del jurista austriaco sobre el parlamentarismo, y se contrastarán con las de Carl Schmitt, no sólo para destacar las principales diferencias entre el pensamiento de ambos autores, sino también para subrayar algunos puntos en los que se encontraban de acuerdo.

## II. Génesis del pensamiento constitucionalista de Hans Kelsen

### 1. *La experiencia de Hans Kelsen como estudiante en la Universidad de Viena*

Hans Kelsen nació en Praga, hoy capital de la República Checa, en aquel entonces una de las ciudades más importantes del Imperio Austrohúngaro, el 11

de octubre de 1881, y murió en Berkeley, California, el 11 de abril de 1973. Una de las características más evidentes de la etapa final del Imperio Austrohúngaro eran sus contradicciones políticas, jurídicas y económicas, pero, por una parte, el Imperio era la meca cultural del Viejo Continente y un centro financiero muy importante de Europa. Por otra parte, era un extenso Estado donde cohabitaban numerosos grupos humanos, algunos de los cuales vivían en opulencia, mientras que otros en situación de pobreza.

La familia de Kelsen formaba parte de una minoría étnica, ya que era de origen judío y sus miembros hablaban alemán en una ciudad donde el checo era el idioma más extendido.[600] Por si lo anterior fuera poco, habría que considerar que la familia de la que provenía el futuro líder de la Escuela Jurídica de Viena era de clase media-baja y se dedicaba al comercio. Precisamente, su pertenencia a una minoría étnica permitiría a Kelsen visualizar algunos de los peligros principales a los que éstas se encuentran expuestas.

El ambiente cultural e intelectual en el que el jurista vienés estuvo imbuido también interpretó un papel significativo en su formación espiritual; las lecturas que el joven austriaco realizó también contribuyeron en la formación de su pensamiento en el ámbito de la filosofía política y moral. En ese sentido, Rudolf Aladár Métall explica:

> El joven estudiante devoró… tanto los viejos como los… modernos poetas y escritores de la lengua alemana. Entre ellos su pasión fue ante todo *Naturalezas problemáticas,* de Friedrich Spielhagen, una novela impregnada de desengaño de la vida… Fueron las novelas de Knut Hamsun las que más tarde lo impresionaron profundamente y quizá constituyeron los primeros fundamentos de la visión pesimista del mundo, que encontraría luego su fortalecimiento en las detenidas lecturas de Schopenhauer.[601]

En 1900, el joven austriaco se matriculó en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena para estudiar el grado de derecho. Tras concluir sus estudios, comenzó a redactar su tesis doctoral titulada *La teoría*

[600] La madre de Hans Kelsen hablaba checo y alemán, mientras que su padre y hermanos sólo dominaban esta última lengua. Es probable que en el seno materno del jurista austriaco se hubiera privilegiado el idioma alemán porque éste era visto como un idioma culto y podría ofrecer mayores ventajas para insertarse en el mercado laboral dominado por la industria alemana y austriaca. Rudolf Aladár Métall explica: "El idioma materno de ambos [los padres de Hans Kelsen] era el idioma alemán, aunque Auguste Löwy habla igualmente bien el checo y la parte de su familia que vivía en Bohemia y más tarde en la República de Checoslovaquia se consideró siempre perteneciente a la nación checa. Ciertamente, Hans Kelsen mismo no habló nunca checo y su idioma materno era el alemán". Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, p. 20.

[601] *Ibidem,* p. 21.

*del Estado de Dante Alighieri,* motivado por la idea de comenzar una carrera académica. Al poco tiempo de concluir esta investigación, comenzó la redacción de su tesis de habilitación, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* Precisamente durante su formación universitaria comenzaron a surgir una serie de dificultades personales, debido a su origen étnico, a las que el joven austriaco tuvo que hacer frente.

Para empezar, en 1905, frente al antisemitismo racial y religioso, el joven jurista decidió hacerse bautizar tras haber tomado la decisión de intentar hacer una carrera académica; decidió dar ese paso pues sabía que de otro modo no podría alcanzar su objetivo, que era dedicarse a la ciencia jurídica;[602] al respecto, Aladár Métall refiere:

> En 1905, aun estando en vida su padre, Hans Kelsen se había hecho bautizar, tomando tal decisión después de que resolvió intentar una carrera académica. Él creyó que tenía que dar este paso, pues de otra manera el antisemitismo, no sólo racial sino religioso, que imperaba en las escuelas superiores austriacas, le impediría el progreso en su carrera.[603]

Además de lo anterior, numerosos apoyos económicos por parte de la Universidad de Viena le fueron negados durante su formación doctoral debido a su origen judío; por ejemplo, sólo hasta 1908 pudo obtener una beca para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Heidelberg durante tres semestres, porque al parecer el jurista austriaco había sido el único estudiante en presentarse como candidato a la mencionada beca. Cuando el joven jurista fue a despedirse de su director de tesis, el jurista Bernatzik, éste le dio a entender de manera bastante clara que:

> …tenía pocas posibilidades de hacer una carrera académica y que sería mejor para mí, llegar a ser abogado o empleado de banco. Ya antes me había percatado que su actitud frente a mí se había enfriado sustancialmente, prefiriendo visiblemente a otros miembros del seminario. Su actitud se explicaba, sólo parcialmente, como un rechazo de mis posiciones teóricas. La razón fundamental podía ser muy bien que, siendo la actitud de la facultad poco amistosa en relación con los judíos, él quisiera evitar el tener que tomar posición a favor de un candidato judío. No creo que él personalmente fuera antisemita, pero ya que el número de profesores y docentes de la facultad que no eran arios era relativamente grande, no era de hecho fácil abogar por un candidato judío.[604]

---

602 *Ibidem,* p. 28.

603 *Idem.*

604 *Ibidem,* pp. 27 y 28.

Tras su llegada a la Universidad de Heidelberg, el joven Kelsen entró en contacto con el círculo de Georg Jellinek, uno de los juristas más destacados de la época, de quien comenzó a distanciarse poco a poco porque no se encontraba de acuerdo con su teoría sobre la doble faz del derecho, esto es, que los fenómenos jurídicos deben examinarse desde un punto de vista histórico-sociológico y desde una perspectiva formalista. El futuro líder de la Escuela Jurídica de Viena no pudo concluir el periodo de investigación previsto en la Universidad de Heidelberg, porque las necesidades económicas de su familia lo constriñeron a regresar a Viena. De vuelta en esta ciudad, buscó empleo en la universidad con el propósito de mantenerse en contacto con los círculos académicos vieneses; de nueva cuenta, su origen judío le impidió alcanzar su objetivo. Aladár Métall, al respecto, narra lo siguiente:

> Solicitó [Kelsen], con buenas perspectivas de éxito, una plaza libre como redactor en las oficinas de la Universidad de Viena, lo cual le pareció deseable debido a las relaciones con la universidad y los círculos académicos… Se le comunicó, con gran júbilo de su parte, que era el mejor calificado de todos los aspirantes y que por lo tanto sería nombrado próximamente por el rector… Sin embargo, cuando el día fijado compareció Kelsen en las oficinas de la universidad, Brockhausen, visiblemente apenado, le comunicó que el propósito de nombrarlo había tropezado con dificultades inesperadas. Tras algunos titubeos se le dio a entender que, al ver los documentos que acompañaban la solicitud el rector no había advertido algo que descubrió más tarde, al leer el acta de nacimiento de 1881 y el acta de bautismo de 1905: Kelsen era de origen judío. El nombramiento de una persona de origen judío para un puesto que exigía constantes relaciones con estudiantes alemanes antisemitas no podía tomarse en cuenta.[605]

Los episodios anteriores de la vida de Kelsen muestran de manera clara como padeció diversos atropellos educativos, laborales, económicos y jurídicos debido a su pertenencia a una minoría étnica. Es probable que este tipo de vivencias personales, las lecturas que realizó, la experiencia que ganó al contemplar en primera fila el desmoronamiento del Imperio Austrohúngaro, el nacimiento de la República de Austria y el ascenso de los regímenes autocráticos por toda Europa, así como su férrea convicción por desarrollar una auténtica ciencia del derecho, le hubieran permitido comprender los riesgos a los que se encuentran expuestas las minorías étnicas frente a ciertas convicciones ideológicas, intelectuales, culturales y religiosas de una mayoría. No sólo por cuestiones intelectuales, sino también por motivos personales,

[605] *Ibidem*, p. 30.

Kelsen habría dedicado numerosas páginas al análisis de la justicia constitucional, así como al parlamentarismo.

## 2. *El desmoronamiento del Imperio Austrohúngaro*

A finales del siglo XIX y principios del XX, el Imperio Austrohúngaro era un Estado de dimensiones colosales que se caracterizaba por sus contradicciones. Viena era su capital y se distinguía por la riqueza étnica de su población, por su modernidad, por su belleza arquitectónica y por su aparente crecimiento y desarrollo económico. En Viena floreció la obra musical de Schönberg, Alban Berg y Anton Webern, la pintura de Jugendstil, la arquitectura de Bauhaus, Adolf Loos y Otto Wagner, las letras de Schnitzler, Rike y Hoffmannstal, la termodinámica de Boltzmann y las teorías económicas de Hayek.[606] En Viena nació el psicoanálisis de Sigmund Freud y la teoría pura del derecho de Kelsen.

El Imperio Austrohúngaro se caracterizaba paradójicamente también por la tensión constante, y en ocasiones hasta violenta, entre los diferentes grupos étnicos de su población. Por una parte, la diversidad étnica enriquecía culturalmente a la sociedad; por la otra, no siempre era posible conciliar todos los intereses de las personas. Además, entre la población existía un profundo sentimiento de pertenencia que ligaba a sus habitantes a sus lugares de origen más que al Imperio y gobierno central. Como era de esperarse, varios grupos políticos trataron de beneficiarse de este sentimiento de pertenencia, razón por la cual los líderes locales exaltaban la identidad de su población y se mostraban renuentes a someterse al mando de las autoridades centrales del Imperio Austrohúngaro por el temor a perder su posición de privilegio. Dicho de otro modo, poco a poco fue gestándose cierta tensión entre el centro y la periferia estatal que terminó desmoronando al Imperio. A lo anterior habría que sumar las consecuencias económicas y políticas que acarreó la conclusión de la Primera Guerra Mundial; se trataba, en suma, del principio del fin.

Kelsen vivió los acontecimientos descritos muy de cerca; primero como simple espectador, posteriormente como participante. Al concluir su tesis de habilitación, se incorporó como profesor *(Privatdozent)* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, puesto que ocupó entre 1911 y 1914, ya que el estallido de la Primera Guerra Mundial lo obligó a incorporarse al Ministerio de Guerra bajo las órdenes de Rudolf von Stöger-Steiner.[607] De

[606] *Ibidem*, p. 10.

[607] *Ibidem,* pp. 35 y ss.

esta manera, el fundador de la teoría pura del derecho fue involucrándose en el desenvolvimiento de los acontecimientos políticos de la época; primero como parte del cuerpo burocrático de dicho ministerio, posteriormente al escalar por los peldaños de la administración pública como asesor de figuras políticas del más alto nivel.

Esta situación le permitió al erudito austriaco situarse en una posición por medio de la cual pudo presenciar en primera fila el desarrollo de los acontecimientos históricos que culminaron en la desintegración del Imperio Austrohúngaro y el nacimiento de la República de Austria. En ese sentido, de inmediato se dio cuenta que la derrota del ejército austrohúngaro suponía también el desmoronamiento de la monarquía.[608] Por tal motivo, para él la salvaguarda de la cohesión territorial y social del otrora Imperio Austrohúngaro se convirtió en uno de los temas prioritarios de sus reflexiones académicas.[609] El propio Kelsen expone sus reflexiones de la manera siguiente:

> Dado que el ejército era lo único que mantenía unida a la monarquía, no me cabía la menor duda de que sería inevitablemente liquidada, a menos que se hiciera el intento de mantenerla en una forma completamente nueva. En este sentido preparé un memorándum que terminaba con la siguiente proposición: …el emperador debería declarar que su persona y la dinastía no constituirían obstáculo alguno, pero que si la nueva federación de Estados lo consideraba necesario, por razones económicas y políticas, él estaba dispuesto a figurar de algún modo al frente de [una] federación. Quizá los factores económicos y políticos, que hasta la fecha habían hecho necesaria la existencia de la monarquía en el corazón de Europa, serían suficientemente fuertes para mantener con vida un Estado federal centroeuropeo.[610]

Kelsen publicó muy poco durante los años en los que trabajó en el Ministerio de Guerra, sobre todo porque así se lo habían impuesto sus superiores jerárquicos debido a que la publicación de algún documento académico podría comprometer no sólo el puesto que ostentaba, sino a todo el Ministerio. Esto no quiere decir, de ninguna manera, que él hubiera suspendido sus actividades científicas. Por el contrario, en aquel momento el jurista austriaco comenzó una investigación de largo aliento sobre el problema de la soberanía. Por si lo anterior fuera poco, organizó un seminario privado en su apartamento, el cual estaba conformado por un grupo selecto de algunos jóvenes que habían sido sus alumnos entre 1911 y 1914.[611] Al terminar la

608 *Ibidem,* p. 38.
609 *Idem.*
610 *Idem.*
611 *Ibidem,* p. 47.

Gran Guerra, Kelsen había recibido dos ofertas de trabajo para permanecer en la administración pública austriaca. No obstante, el erudito albergaba el deseo de incorporarse como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, lo que finalmente consiguió.[612]

El profesor vienés, en los años posteriores a la Gran Guerra, redujo su participación política a tertulias y seminarios privados entre algunos intelectuales que se reunían en el Café de la Peña:[613] "Ahí se encontraba a menudo con un grupo de políticos e intelectuales que, aun siendo liberales, no compartían las mismas posiciones. Entre ellos estaban Karl Renner, Otto Bauer y Max Adler".[614] También mantuvo contacto con personalidades de la derecha austriaca, como Josef Schumpeter, más tarde ministro de finanzas y de quien había sido padrino de bodas, Ludwig von Mises, Othmar Spann, Rudolf Sieghart, Rudolf Goldscheid, Richard N. Coudenhove-Calergi, Emanuel von Grab y Richard Strauss.[615]

La conclusión de la Primera Guerra Mundial trajo consigo numerosos cambios en la política, economía y sociedad del otrora Imperio Austrohúngaro, entre los cuales se encontró el hecho de que la tensión entre los numerosos grupos sociales y políticos se agudizó. En efecto, se conformaron dos grandes bloques: el que pugnaba por una reconfiguración administrativa del Imperio como una República centralista, y el que luchaba por el establecimiento de una República federal. Sobre este episodio histórico, Sara Lagi refiere:

> El colapso de la monarquía de los Habsburgo significó una transición hacia una república democrática que fue proclamada oficialmente en 1919, y, de manera más precisa, el establecimiento de una Asamblea Nacional Provisional, que albergó tres fuerzas políticas principales: el Partido Socialcristiano, los nacionalistas, así como los socialdemócratas.[616]

La Asamblea Nacional Provisional era un órgano de gobierno transitorio con miras al establecimiento de un congreso constituyente que pudiera darle una ley fundamental a la futura República de Austria. Al respecto, de nueva cuenta, Sara Lagi precisa: "En febrero de 1919, el Congreso Constitu-

---

612 *Ibidem,* p. 44.

613 *Ibidem,* p. 50.

614 *Idem.*

615 *Ibidem,* pp. 50 y 51.

616 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen como una alternativa antiautoritaria: algunas cuestiones y controversias", trad. de Augusto Fernando Carrillo Salgado, en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* p. 283.

yente fue electo a través del sufragio universal de hombres y mujeres… Todo el proceso constituyente estuvo profundamente marcado por la lucha directa entre los socialdemócratas y socialcristianos, para determinar el sistema institucional de la República austriaca".[617] Como se ha explicado en líneas superiores, esta pugna no era más que el reflejo de la tensión entre centro y periferia de las fuerzas políticas austriacas:

> ...las fuerzas católicas conservadoras pugnaban por una solución federal, principalmente porque su presencia era especialmente fuerte entre los estados federados (*Länder)*… Por otra parte, los socialdemócratas estaban a favor de una solución centralizada y unitaria, porque, a diferencia de sus adversarios, la "Viena roja" era su baluarte.[618]

A finales de 1918, el profesor austriaco fue llamado por Karl Renner, quien en aquel entonces era canciller de Austria, para solicitarle su participación en la preparación de la Constitución de la recién nacida República.[619] Renner compartía con Kelsen una apreciación positiva de la democracia parlamentaria como mejor forma de gobierno, y estaba preocupado también por salvaguardar la unidad territorial y política del Imperio. Renner dio al jurista vienés un amplio margen de acción para que realizara su labor y sólo le indicó que dos elementos tendrían que aparecer obligatoriamente en sus proyectos de Constitución: la salvaguarda de la democracia parlamentaria y una descentralización que no constituyera una limitación muy fuerte al gobierno central.[620]

El canciller austriaco le sugirió a Kelsen que tomara como ejemplo a la Constitución de Weimar, que había sido promulgada recientemente a consecuencia de la conclusión de la Primera Guerra Mundial; a pesar de ello, la Constitución de Austria mantuvo una identidad propia. En ese sentido, por ejemplo, entre las principales diferencias que existen entre ésta y la alemana se encuentra que la Constitución de Austria no contempló un catálogo de derechos público-subjetivos como el de su homóloga alemana, porque la Ley Fundamental del Estado de 1867, todavía en vigor en el otrora Imperio Austrohúngaro, cumplía con esa función.[621]

Si bien es cierto que Kelsen ya se había convertido en un jurista y actor político reconocido, se estaría faltando a la verdad si se dijera que la Cons-

---

617 *Idem.*

618 *Idem.*

619 *Ibidem,* p. 52.

620 *Idem.*

621 *Ibidem,* pp. 53 y 54.

titución de Austria es producto exclusivo de su genialidad; en realidad, no trabajó de manera aislada, sino que se incorporó a un cuerpo de expertos para tratar de resolver la cuestión:

> Cuando la Asamblea Nacional "constituyente" amenazaba con fracasar en su tarea principal, debido principalmente a los conflictos entre los partidos y a las tendencias centrífugas de las regiones (*Länder*), se constituyó, el 11 de julio de 1920, una comisión de expertos integrada por el doctor Mayr, Kelsen, el doctor Fröhlich y el doctor Mannlicher.[622]

Puesto que la tutela de los derechos público-subjetivos era un tema resuelto gracias a la existencia de la Ley Fundamental del Estado de 1867, el erudito austriaco centró su atención, sobre todo, en idear un mecanismo para resolver las tensiones que pudieran surgir entre centro y periferia (entidades federativas y gobierno central); la solución que Kelsen propuso fue el control concentrado de constitucionalidad por un órgano jurisdiccional.[623] Éste es, precisamente, el sello característico de la Constitución austriaca y una de las principales aportaciones que el jurista vienés realizó al constitucionalismo contemporáneo.

## III. El control concentrado de la Constitución en la obra de Hans Kelsen

### 1. *Una institución para la salvaguarda de la cohesión de la República de Austria*

En el ideario colectivo existe la idea de que el erudito austriaco propuso un modelo de justicia constitucional parecido a los que hoy existen, esto es, el de un tribunal que conoce tanto de las disputas que surgen entre el gobierno central de un Estado y las demarcaciones políticas que lo componen a través de mecanismos como la acción de inconstitucionalidad, o acción pública de inconstitucionalidad, y la controversia constitucional, así como de aquellas controversias cuyo eje central es la protección de los derechos fundamentales de los individuos, como en el caso del juicio de amparo, el recurso de amparo y la acción de tutela.

Sin embargo, los desarrollos del líder de la Escuela Jurídica de Viena en el ámbito de la justicia constitucional no han sido bien comprendidos ni

[622] *Ibidem*, p. 54.
[623] *Idem.*

suficientemente discutidos entre los estudiosos del derecho. En realidad, el modelo de control concentrado de constitucionalidad que Kelsen plasmó en la primera Constitución de la República de Austria se refería sobre todo a los mecanismos que permiten preservar la distribución de competencias entre el gobierno central de un Estado y sus entidades federativas. En otras palabras, el erudito austriaco estaba preocupado, sobre todo, en mantener la unidad entre el centro y la periferia de lo que fue el Imperio Austrohúngaro.

Georg Jellinek, un jurista positivista y un pensador político de inspiración liberal, ya había concebido a la justicia constitucional como un mecanismo para la salvaguarda de los derechos público-subjetivos de los individuos frente a las arbitrariedades de un gobierno despótico;[624] esto es, como uno de los principales instrumentos para proteger los derechos de las minorías frente a los ataques de las mayorías.[625] Es probable que la preocupación de Jellinek por proteger a los individuos frente al poder del Estado encuentre su origen, al igual que en el caso de Kelsen, en su propia experiencia vital. Jellinek, en efecto, al ser de origen judío, formaba parte de una minoría étnica (de hecho, ésta fue la causa principal por la que tuvo que abandonar su puesto como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena); en segundo término, su convicción se vio reafirmada porque los años que pasó en la capital del Imperio Austrohúngaro, caracterizada por su composición multicultural (integrado por alemanes, húngaros, checos, polacos, rutenos, rumanos, italianos, croatas, serbios, eslovacos y eslovenos), le mostraron la delicada condición de las minorías frente a la mayoría.[626]

En esencia, Jellinek expuso sus ideas respecto de la función que debería cumplir un tribunal constitucional en una obra que lleva por título *Una corte constitucional para Austria*. En este texto, el autor propone la transformación de la Corte Imperial de Austria (un órgano judicial en materia de derecho administrativo) en un tribunal constitucional cuya función principal sería ofrecer a las minorías la oportunidad de que pudieran impugnar las iniciativas de ley y medidas del Estado que restringieran o vulneraran sus derechos público-subjetivos.[627] Jellinek enarbolaba esta idea porque en su opinión la historia del pensamiento jurídico y político del siglo XIX se había caracterizado por la constante búsqueda por definir las fronteras del poder del Estado frente al individuo.[628]

---

[624] Lagi, Sara, "Georg Jellinek: un pensador político liberal…", *cit*., p. 189.

[625] *Ibidem,* p. 193.

[626] *Ibidem,* p. 192.

[627] *Ibidem,* p. 194.

[628] Jellinek, Georg, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich,* Viena, Alfred Hölder, 1885, pp. 1 y 2.

Estos mecanismos tendrían que abarcar también la protección de las minorías parlamentarias frente a las mayorías.[629] De acuerdo con la tradición liberal, como en el caso de Jean Jacques Rousseau, el parlamento, al ser el representante del pueblo, no podía atentar contra éste. El triunfo de la mayoría haría ver a las minorías que se encontraban equivocadas.[630] Por supuesto, la idea que había planteado el filósofo ginebrino, además de cumplir con una función epistemológica, también entrañaba repercusiones prácticas, a saber: silenciar la participación en la toma de decisión de la otrora aristocracia pro monárquica.[631] Conforme la nueva realidad política impuesta por la Revolución francesa fue normalizándose, la idea de Rousseau se convirtió en un verdadero problema, porque impedía la participación de las minorías parlamentarias en la creación de las normas.

Jellinek abandonó parcialmente el punto de vista de Rousseau y se situó en una posición un poco más realista en términos políticos. Para Jellinek, los derechos público-subjetivos de las minorías deberían estar protegidos también en el parlamento.[632] Además, estaba consciente de que el punto de vista de Rousseau no era más que una ficción porque los legisladores ya no mantenían un contacto con sus representados después del proceso electoral. Por tal motivo, para Jellinek, "el parlamento era concebido como aquel lugar en el que podía tomar forma la «tiranía de la mayoría», y en el que los legisladores podían amenazar los derechos de libertad de la minoría".[633] Jellinek discrepaba de las ideas de Rousseau, en efecto, porque su "pueblo" poseía atribuciones legislativas ilimitadas, y, en consecuencia, podría devenir un tirano.[634] Por este motivo, inspirado por la tradición jurídica estadounidense, destacó la importancia de la promulgación de un catálogo de derechos de rango constitucional que fueran inalterables,[635] los cuales debían ser tutelados por un tribunal especializado.

Kelsen, por su parte, entendía que, en principio, la cuestión de la salvaguarda de los derechos público-subjetivos de las minorías se encontraba resuelta en el plano teórico gracias a los desarrollos constitucionales de su

---

629 *Ibidem,* p. 3.

630 Baumert, Renaud, "Kelsen, lecteur critique de Rousseau : De la volonté générale à la volonté collective", *Jus Politicum,* núm. 10, 2013, pp. 7-9.

631 Jellinek, Georg, *Ein Verfassungsgerichtshof…, cit.,* p. 5.

632 Lagi, Sara, "Hans Kelsen e Georg Jellinek: Il parlamento", en Lagi, Sara, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia,* Génova, Name, 2007, pp. 63, 64, 69-71.

633 *Ibidem,* p. 65. La traducción es propia.

634 *Ibidem,* p. 66.

635 *Ibidem,* pp. 67 y 68.

maestro Jellinek, así como a la existencia del Tribunal Administrativo Austriaco, encargado de velar por la adecuada aplicación de la Ley Fundamental del Estado de 1867. La atención del erudito austriaco, en consecuencia, se centró en una necesidad inmediata: la salvaguarda de la integridad espacial, jurídica y política del otrora Imperio Austrohúngaro. En otras palabras, trató de encontrar un mecanismo para reconducir por los causes ascéticos de la racionalidad jurídica la constante efervescencia política que brotaba entre el centro de la recién nacida República de Austria y sus entidades federativas.

En efecto, al desmoronarse el Imperio Austrohúngaro las facciones políticas a favor de un gobierno central (los partidarios de la Monarquía Austriaca que aún conservaban algo de poder político) trataron de preservar la mayor cantidad de prerrogativas a su favor, mientras que todas las entidades federativas se dieron prisa en promulgar Constituciones locales a fin de salvaguardar sus intereses (fuerzas políticas centrífugas).[636] En una palabra, la joven República de Austria se debatía entre constituirse en un Estado unitario o uno federal. Un primer paso para resolver esta contradicción entre centro y periferia fue reservar la competencia legislativa al gobierno federal, al tiempo que se permitió a las entidades federativas la ejecución de tales disposiciones jurídicas.[637] Pero no sólo eso, también se pactó una modesta participación de éstas en la configuración de las leyes. El Consejo Nacional era el titular de la competencia legislativa federal, mientras que las dietas territoriales eran los órganos legislativos de las entidades federativas,[638] los cuales participaban en la legislación nacional a través del Consejo federal, cuyos miembros eran elegidos, precisamente, de entre los miembros de las dietas.[639]

Aunque este diseño institucional permitía la participación de las entidades federativas en la creación de las normas, a menudo se presentaban algunos problemas en su creación, ya que en cada entidad federativa coexistían órganos administrativos tanto federales como locales.[640] Era necesario, por lo tanto, que el Estado austriaco pudiera garantizar el respeto de las competencias jurídico-administrativas establecidas entre los órganos del

[636] Kelsen, Hans, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción administrativa al servicio del Estado federal, según la nueva Constitución federal austriaca de 1o. de octubre de 1922", trad. de Juan Luis Requejo Pagés, en Kelsen, Hans, *Escritos sobre justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, Juan Luis Requejo Pagés (ed.), 2021, pp. 3-6.

[637] *Ibidem,* pp. 8 y 9.

[638] *Ibidem,* p. 9.

[639] *Idem.* Las entidades federativas no contaban con el mismo número de representantes, pues el número de éstos estaba condicionado por la cantidad de ciudadanos que habitaban en la demarcación territorial.

[640] *Ibidem*, p. 13.

gobierno federal y los órganos del gobierno local para asegurar la existencia de la joven República de Austria. Kelsen consideró que el mejor garante de la Constitución tendría que ser un órgano jurisdiccional, ya que a su modo de ver las cosas éste se sitúa en un punto medio entre la administración y la legislatura, del mismo modo que entre el gobierno federal y las entidades federativas. Pero no sólo eso, al estar constituido por un cuerpo de peritos en derecho, el tribunal constitucional podría ir construyendo, con una técnica jurídica adecuada, los límites normativos entre el gobierno central y las entidades federativas de la República de Austria. Él mismo explica la cuestión de la siguiente manera:

> El hecho de que la Constitución federal condicione, en una medida desacostumbradamente extensa desde el punto de vista del puro principio del Estado federal, las constituciones de los *Länder*… plantea el problema técnico jurídico del control de constitucionalidad federal de la administración del *Land*… Podría, a lo sumo, cuestionarse… si el necesario control jurídico tendría que ser ejercido por órganos de la federación, por órganos de los *Länder* o por órganos comunes de la federación y los *Länder.*[641]

Kelsen se decantó por un órgano jurisdiccional que garantizara la aplicación de las normas constitucionales, pero ¿qué tipo de tribunal tenía en mente? El jurista planteó la existencia de un Tribunal Constitucional Austriaco que coexistiera con el Tribunal Administrativo,[642] el cual, entre otras funciones, era el encargado de salvaguardar los derechos público-subjetivos de los ciudadanos tutelados por la ya mencionada Ley Fundamental del Estado de 1867. Desde el punto de vista de su composición, el Tribunal Administrativo Austriaco se integraba por jueces profesionales que eran designados por el presidente de la Federación, a propuesta del gobierno federal. La conformación de dicho tribunal entrañaba un componente democrático, ya que el nombramiento de su presidente, y la mitad de sus miembros, necesitaba el consentimiento del vicepresidente de la República de Austria, de la comisión principal del Consejo Nacional y del Consejo Federal.[643]

Por su parte, el Tribunal Constitucional Austriaco estaba integrado por un presidente, un vicepresidente, doce miembros titulares y cuatro suplentes. El presidente, vicepresidente y la mitad de los miembros titulares y suplentes eran elegidos de manera vitalicia por el Consejo Nacional, mientras que la otra mitad por el Consejo Federal.[644] Así pues, la participación de

[641] *Ibidem,* p. 15.
[642] *Idem.*
[643] *Ibidem,* p. 16.
[644] *Idem.*

las entidades federativas en la conformación de dicho tribunal se encontraba garantizada; en otras palabras, con este diseño institucional se aseguraba que la voz de las entidades federativas y la del gobierno federal sería escuchada. En síntesis, de acuerdo con el propio Kelsen, "Desde el punto de vista de su nombramiento ambos tribunales pueden ser considerados como órganos comunes de la federación y los *Länder* y, por tanto, el control jurídico que ejercen sobre estas últimas no tiene una connotación completamente centralista".[645]

Entre las principales tareas del Tribunal Constitucional ideado por Kelsen se encontrarían el control de constitucionalidad de las normas federales y locales,[646] como lo explica:

> ...es inadmisible que una ley federal ordinaria irrumpa en el ámbito de competencias garantizado constitucionalmente al *Land*; no menos inadmisible que el que una ley territorial regule objetos reservados a la federación. En la observancia de la Constitución radica la única garantía para la conservación de la competencia legislativa de los *Länder* frente a la de la federación.[647]

El Tribunal Constitucional ideado por el profesor vienés era un agente de equilibrio entre las fuerzas jurídico-políticas del gobierno central y las entidades federativas. Este órgano jurisdiccional también podía dirimir controversias de carácter administrativo, siempre y cuando éstas entrañaran un problema de constitucionalidad;[648] en ambos casos, el carácter del Tribunal Constitucional sería excepcional en relación con los demás tribunales y autoridades administrativas.[649]

Por ese motivo era lógica la coexistencia del Tribunal Administrativo con el Tribunal Constitucional, porque el primero cumplía sus encomiendas de manera cotidiana, mientras que el segundo sólo de forma excepcional. Además, a diferencia de la tarea principal encomendada al Tribunal Administrativo Austriaco, el Tribunal Constitucional no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto, sólo podía determinar si la norma aplicada vulneraba el ámbito de competencia de la Federación austriaca o de alguna de las entidades federativas.[650]

El procedimiento de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional concebido por el erudito austriaco podía ser incoado por demanda

---

645 *Idem.*
646 *Ibidem,* p. 17.
647 *Ibidem,* p. 23.
648 *Ibidem,* p. 19.
649 *Ibidem,* p. 20.
650 *Ibidem,* pp. 32-34.

del gobierno federal en relación con una norma local o territorial que afectara el ámbito de su competencia, por el gobierno de una entidad federativa cuando una norma del gobierno federal lesionara su ámbito de acción, o de manera *ex officio* (esto es, por *motu proprio)* por el propio Tribunal Constitucional.[651] Quienes estaban legitimados para interponer la demanda eran los titulares del gobierno, federal o de la entidad federativa, sin que tuviera que acreditar un interés especial.[652] La demanda podía presentarse en cualquier momento.[653] En esencia, la inconstitucionalidad podía consistir en la inobservancia del proceso establecido por la Constitución para la creación de una norma o que el contenido de ésta rompiera con el orden de competencias establecido en la Constitución de la República de Austria.[654] En caso de que el Tribunal Constitucional concluyera que una norma era inconstitucional, ésta tenía que ser revocada (el efecto de la revocación podía referirse a toda la norma o a una porción de ella).

Por lo que respecta a los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional ideado por Kelsen, existen por lo menos tres posibilidades. Como regla general, los efectos de la sentencia dictada en la causa eran inmediatos y futuros; la derogación de la norma tenía lugar con la publicación de la sentencia en el boletín federal o territorial.[655] Sin embargo, el Tribunal Constitucional, atendiendo a las circunstancias del caso, podía conceder un plazo que no excediera los seis meses para que una norma declarada inconstitucional, o una porción de ésta, perdiera su vigencia. Además, también existía la posibilidad de que los efectos de la sentencia tuvieran un carácter retroactivo, siempre y cuando de la controversia expuesta ante el órgano de control constitucional se desprendiera que los efectos de la sentencia sólo afectarían a las partes en conflicto.[656]

Las competencias del Tribunal Constitucional ideado por Kelsen iban más allá de resolver las controversias que pudieran suscitarse por la invasión de competencias; por ejemplo, el Tribunal podía dirimir las impugnaciones de elecciones al Consejo Nacional, al Consejo Federal, a las Dietas y, en general, a todos los cuerpos generales de representación.[657] También podía resolver los conflictos sobre la pérdida de mandato de algunos representantes, como el presidente federal, los miembros del gobierno federal y

[651] *Ibidem,* p. 24.
[652] *Idem*.
[653] *Idem.*
[654] *Ibidem,* p. 25.
[655] *Ibidem,* p. 26.
[656] *Idem.*
[657] *Ibidem,* p. 37.

los miembros de un gobierno territorial.[658] El Tribunal Constitucional kelseniano ocupaba el puesto más alto en la jerarquía jurisdiccional, pero no sólo desde un punto de vista formal, sino también, y sobre todo, funcional, pues era el encargado de resolver los conflictos de competencia entre los tribunales y las autoridades administrativas, entre los tribunales y el Tribunal Administrativo, y los conflictos de atribuciones entre el propio Tribunal Constitucional y el Administrativo.[659]

El modelo de control concentrado de constitucionalidad propuesto por Kelsen, y plasmado en el texto de la Constitución de la República de Austria, se encuentra ligado a la teoría de la construcción escalonada del derecho adoptada de Adolf Merkl.[660] El Tribunal Constitucional desempeñaría una labor altamente técnica porque tendría que encargarse de examinar la adecuación de las normas federales o locales con el contenido constitucional y los procedimientos de creación de las leyes establecidos en la carta magna. El modelo de control concentrado de constitucionalidad propuesto por Kelsen se basa en el examen lingüístico de las prescripciones normativas y su jerarquía; en otras palabras, el juez constitucional, dentro de una controversia, debe cerciorarse de que una norma secundaria hubiera sido promulgada conforme al proceso legislativo, y que su contenido guarde correspondencia con las proposiciones jurídicas de la Constitución. La teoría de la construcción escalonada del derecho permite observar la complejidad de la interrelación entre las normas, ya que la estructura de un sistema normativo no puede ser reducida a una "pirámide" como por lo general se cree.[661] Sobre este último punto, Matheus Pelegrino da Silva explica lo siguiente:

> …la presentación de la construcción escalonada sugiere que las decisiones judiciales siempre están basadas en normas que se encuentran expresadas en la Constitución, en una ley o en un decreto (o en otro tipo de normas generales). Esto podría ser una representación errónea sobre la manera en que se crean los diferentes tipos de normas, porque no todas las decisiones judiciales se basan en decretos, ya que pueden fundarse únicamente en prescripciones presentes en las leyes. En algunas circunstancias, las disposiciones de las leyes tampoco serán utilizadas para fundar una decisión judicial, tal como sucede cuando una corte constitucional declara en una sentencia que una ley es inconstitucional. Esta decisión, como debería ser fácil de ver, no está basada en

[658] *Idem.* Véase, también, p. 39.

[659] *Ibidem*, p. 38.

[660] Muñoz Mendiola, Julio César, "La vigencia del pensamiento kelseniano en torno a la jerarquía de la Constitución", en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* pp. 154 y 155.

[661] Pelegrino da Silva, Matheus, *op. cit.,* pp. 129.

> la ley, sino solamente en normas constitucionales, y anula una disposición, lo que claramente indica que las decisiones judiciales, al menos en algunas circunstancias, no son jerárquicamente inferiores a las leyes.[662] Un tercer problema con la representación usual de la construcción escalonada está relacionado con el hecho de que cada peldaño está casi siempre ocupado por un solo tipo de norma, y la posibilidad de que un peldaño sea ocupado por más de un tipo de norma usualmente no se menciona.[663]

El control de constitucionalidad de las normas es una actividad que requiere un conocimiento profundo del andamiaje de un sistema normativo, razón por la cual debe recaer en las manos de un perito del derecho. Además, puesto que dicho control de constitucionalidad, en numerosas ocasiones, entrañaba un componente contramayoritario, no podía ser realizado con base en meras consideraciones políticas. En realidad, la característica anterior del Tribunal Constitucional kelseniano fue el punto de partida de numerosas críticas, pues se llegó a afirmar que era un tribunal contramayoritario y burgués, porque mientras que el parlamento promulgaba ciertas normas, un cuerpo reducido de juristas las derogaba. Entre los numerosos argumentos que Kelsen ofreció para defender su punto de vista se encuentra el de que la soberanía pertenece a todo el Estado, entendido como un sistema de normas, y no solamente a uno de sus órganos, como el parlamento.[664]

El modelo de control de constitucionalidad propuesto por Kelsen fue novedoso en Europa central, pues no sólo había sido creado para aliviar las tensiones políticas entre las entidades federativas y el gobierno central de la República de Austria, sino que también, colateralmente, había revitalizado la doctrina de la división de funciones al mostrar que ésta no debía entenderse en términos absolutos, sino funcionales y que, puesto que los órganos del Estado convivían de manera dinámica y constante, era necesario un ente que pudiera salvaguardar el equilibrio entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.[665] En ese sentido,

> ...aunque el diseño institucional prevé un desarrollo armónico entre poderes públicos… lo cierto es que no puede advertir y contener todas las tensiones que se dan en un sistema de control de poder… parecería más una necesidad

662 *Ibidem,* p. 130.

663 *Ibidem,* p. 132.

664 Muñoz Mendiola, Julio César, "La vigencia del pensamiento kelseniano…", *cit.*, p. 157.

665 Véase Muñoz Mendiola, Julio César, "La legitimidad democrática del juez constitucional a través de su función del ejercicio del poder público", en Muñoz Mendiola, Julio César, *La legitimidad democrática del juez constitucional,* México, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 102-105.

> conceptual o de praxis política, que una forma de dar respuesta a la complejidad del diseño institucional del modelo constitucional actual.[666]

Finalmente, como consecuencia lógica del razonamiento anterior, además del reconocimiento o identificación de las normas que forman parte del texto constitucional, los jueces constitucionales deben garantizar su respeto y asegurar que sus sentencias se concreticen,[667] pero éstas, para su materialización en la realidad social, requieren el involucramiento de diferentes órganos del Estado y poderes públicos (ejecución de sentencia),[668] de ahí la necesidad de que los jueces constitucionales, en sus sentencias, den instrucciones precisas a los órganos del Estado para asegurar su cumplimiento.

### 2. *Una institución para la salvaguarda de la libertad*

Como se ha visto, el Tribunal Constitucional fue diseñado por Kelsen para mantener la integridad territorial, política y jurídica de la recién nacida República de Austria; sin embargo, el modelo jurisdiccional ideado por el profesor austriaco sufrió algunas transformaciones a lo largo de la década de 1920 y 1930 como respuesta a los cambios políticos acaecidos en Austria debido a la efervescencia social que se vivía en toda Europa. En efecto, la experiencia que el erudito austriaco obtuvo en tanto juez constitucional[669] y profesor universitario le permitió comprender la coyuntura política de su tiempo y replantear algunas de sus ideas en torno a la naturaleza y funciones de un Tribunal Constitucional.

Las reflexiones del erudito austríaco sobre este tema están reflejadas en un ensayo que publicó en 1928 y que lleva por título *La garantía jurisdiccional de la Constitución;* en el preámbulo de este trabajo explica que para su redacción se apoyó en "su experiencia de muchos años como miembro y relator permanente del Tribunal Constitucional de Austria".[670] El líder de la Escuela Jurídica de Viena, durante los años en que ocupó un puesto en el tribunal antes referido, pudo seguir de cerca la decadencia económica y política de Austria. El final de la Gran Guerra trajo consigo el surgimiento de movi-

---

666 *Ibidem,* p. 104.

667 *Ibidem,* p. 113.

668 *Ibidem,* p. 114.

669 Hans Kelsen pudo incorporarse como miembro del Tribunal Constitucional de Austria gracias al impulso político de Karl Renner, así como de la Asamblea Nacional. Al respecto, véase Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.,* p. 65.

670 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional (a)", trad. de Juan Luis Requejo Pagés, en Kelsen, Hans, *Escritos…, cit.,* pp. 155 y 156.

mientos políticos de extrema derecha e izquierda que sustituían al individuo por la masa. En ese contexto, Kelsen se dio cuenta de que la libertad del individuo corría peligro y, por tal motivo, creyó que el Tribunal Constitucional podría ser un instrumento contra el liberticidio de la mayoría y la opresión de la minoría.[671]

El erudito austriaco entendía a la democracia, así como a sus instituciones para su defensa, como una forma de gobierno y coexistencia social en oposición a los sistemas políticos de extrema derecha e izquierda, encarnados, respectivamente, por el fascismo y el comunismo.[672] Durante su encargo como juez constitucional, pudo presenciar el surgimiento de movimientos radicales de extrema izquierda y derecha, esta última representada por el Partido Socialcristiano,[673] cuya principal oposición política era el Partido Socialdemócrata. Los socialcristianos fueron ganando paulatinamente poder político en el parlamento, el cual deseaban eliminar para otorgar mayores facultades al presidente de la República de Austria y, de este modo, poder concretizar sin mayores aspavientos su agenda política.[674] "Buscaban facilitar así, en caso de emergencia, un gobierno sin parlamento, ya que en el parlamento el Partido Social-cristiano, no sólo requería del Partido Nacionalista, formado por la derecha burguesa para integrar mayoría, sino que además se veía cada vez más obstaculizado por una fuerte minoría social-demócrata".[675] El Partido Socialcristiano, a través de un hábil discurso cargado de retórica, deseaba vender la idea de que éste representaba la verdadera democracia por tratarse de la fuerza mayoritaria en el parlamento y, al haber conquistado el poder, ya no era necesaria la existencia de esta institución.

Pero el parlamento no fue el único blanco de los ataques de los socialcristianos; por el contrario, ellos también centraron sus esfuerzos en acabar con el Tribunal Constitucional diseñado por Kelsen;[676] un objetivo que alcanzaron al sustituirlo por un tribunal *ad hoc* a su agenda política, y aunque trataron de conservar al erudito austriaco como miembro de este nuevo tribunal, él decidió declinar tan "generosa" oferta, porque implicaba amordazarlo intelectual y políticamente, así como contribuir a mantener una opere-

---

671 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 287. Véase, también, Robles Vázquez, Jorge, "La concepción de autocracia en el pensamiento político de Hans Kelsen", en Ibarra Palafox, Francisco; Carrillo Salgado, Augusto Fernando; Hernández Manríquez, Javier, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.*, pp. 227-236.

672 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 288.

673 Aladár Métall, Rudolf, *op. cit.*, p. 65.

674 *Ibidem,* p. 66.

675 *Idem.*

676 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución…", *cit.*, p. 156.

ta "democrática".[677] En otras palabras, si Kelsen hubiera permanecido como uno de los miembros del Tribunal Constitucional se habría convertido en una de las marionetas de los socialcristianos. Walter Frisch Philipp explica este episodio histórico de la manera siguiente:

> El cinco de marzo de 1933, se puso término a la democracia en Austria, pues un partido político se apropió del gobierno en su totalidad, así como del parlamento, con el fin de poder oponerse con mayor eficacia a la presión, cada vez más creciente, de Alemania, dirigida en aquel tiempo por Hitler, y de triunfar contra otros partidos políticos austriacos en lucha por la política interna del país. La consecuencia de este cataclismo político fue la abolición de la jurisdicción constitucional que había creado Kelsen… Es decir, el paso de la democracia a un Estado totalitario sólo podía lograrse eliminando a la Corte Constitucional. Es natural que durante la ocupación de Austria por Alemania en el periodo de 1938 a 1945, no haya habido lugar para la jurisdicción constitucional.[678]

Es comprensible que el Tribunal Constitucional de Austria se hubiera convertido en uno de los blancos de ataque de los socialcristianos al tratarse de uno de los órganos del Estado que, precisamente, podía racionalizar las decisiones inadecuadas o excesos nacidos en sede parlamentaria,[679] en caso de que algunas instituciones o mecanismos políticos fallaran, como el referendo y la iniciativa popular, o fuera insuficiente la tensión dialéctica entre el principio de la mayoría y la regla de la minoría. En síntesis, al eliminar ambas instituciones, los socialcristianos habían llevado a cabo su plan maestro: acabar con la democracia en Austria.

El erudito vienés se percató de que la libertad de los individuos estaba en grave peligro debido al ascenso del fascismo, no sólo en Austria, sino en toda Europa; por este motivo, trasladó sus preocupaciones políticas e intelectuales a sus estudios sobre el control de constitucionalidad. En 1928, el jurista publicó un ensayo titulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución,* el cual enriquece las ideas que había plasmado en su trabajo *Jurisdicción constitucional y jurisdicción administrativa al servicio del Estado federal según la nueva Constitución federal austriaca de 1o. de octubre de 1920*.

Kelsen dio lectura a su ensayo *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho público que fue celebrada en Viena el 23 y 24 de abril de 1928. Este documento fue publi-

---

677 *Ibidem,* pp. 70 y 71.

678 Philipp, Walter Frisch, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca,* trad. de Elsa Bieler, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 43.

679 Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 290.

cado en Berlín al año siguiente con el resto de las ponencias del mencionado congreso; a decir verdad, la publicación del ensayo del profesor austriaco pasó sin pena ni gloria. Kelsen decidió enviar el manuscrito a París para que su pupilo Charles Eisenmann lo tradujera al francés; esta versión ha sido la que ha gozado de mayor éxito al grado de haber opacado el texto original en alemán. Es probable que el éxito de esta segunda versión se deba a que Kelsen incluye una introducción en la que explica los puntos que pretende desarrollar, y que realiza una mejor distribución de los párrafos, así como importantes añadidos.[680] Posteriormente, el erudito austriaco viajó a París para participar en una mesa de discusiones en la que dio lectura a la versión francesa de su ensayo, el cual, a diferencia de su versión en alemán, fue objeto de una acalorada discusión.[681] En 1975, Rolando Tamayo y Salmorán tradujo la versión francesa del ensayo de Kelsen y la publicó en la revista mexicana *Anuario Jurídico* que editaba el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.[682]

Tras ocho años de experiencia y reflexión en el Tribunal Constitucional de Austria, el autor de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* llegó a considerar que el sistema de control constitucional que había creado ya no sólo debía centrarse en dirimir aquellas controversias que pusieran en riesgo la cohesión entre el gobierno federal y las entidades federativas, sino también en salvaguardar los derechos público-subjetivos de las personas. El líder de la Escuela Jurídica de Viena llegó a dicha conclusión luego de presenciar el desmoronamiento de las instituciones judiciales austriacas creadas con el objeto de salvaguardar las libertades de los individuos.[683]

---

680 García Belaunde, Domingo, "Nota preliminar", en Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)" (b), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 249 y 250.

681 *Ibidem*, p. 250.

682 *Idem.*

683 Philipp, Walter Frisch, *op. cit.*, p. 42. Este autor describe el andamiaje judicial austriaco de finales del siglo XIX y principios del XX de la manera siguiente: "En el año 1867, Austria alcanzó definitivamente su forma estatal de tipo constitucional. Como consecuencia de tal situación constitucional, se instituyó el llamado *Reichsgericht* (Tribunal del Imperio), tribunal de derecho público, el que muestra en su competencia algunos rasgos que insinúan la competencia del *Verfassungsgerichthoft* (Corte Constitucional) posterior, creado por Kelsen para la República… Junto al *Reichsgericht* funcionaba además una *Staatsgerichthof* (Corte del Estado) ante la que se podía acusar a los ministros de Estado en relación con su responsabilidad en el ejercicio de su actividad oficial… De la competencia del *Reichsgericht* y del *Staatsgerichthof* puede concluirse que corresponde a los rasgos característicos de una monarquía constitucional del siglo pasado que tenía por principio el de un Estado de derecho en el sector del derecho público… Al fin de la monarquía austriaca en el año de 1918, y al entrar en vigor la Constitución federal en el año 1920, cuyo creador fue, como se sabe, Hans Kelsen, se instituyó la Corte Constitucional de la República austriaca".

La forma en que Kelsen comenzó a revalorizar la esencia y funciones del Tribunal Constitucional parte, a su vez, de la manera en que replanteó en términos académicos la naturaleza de la Constitución en sentido jurídico-positivo. A lo largo de la historia contemporánea, se han ofrecido innumerables definiciones en torno a este concepto. De manera sintética podrían ser identificados tres posicionamientos: *a*) la Constitución como una vivencia cotidiana (Constitución real o material); *b*) la Constitución como un simple pedazo de papel, y *c*) la Constitución como el producto del acuerdo entre diferentes fuerzas políticas y sociales.[684] El líder de la Escuela Jurídica de Viena se decanta por este último concepto de Constitución.

En *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Kelsen evoluciona desde una posición teórica a través de la cual miraba a la Constitución como el centro de imputación final del ordenamiento jurídico, a un punto de vista mucho más amplio. A finales de 1920, comienza a definir a la Constitución como un principio supremo que determina la totalidad del ordenamiento normativo; se trata de una concepción más bien sustantiva que formal. Entre las funciones esenciales de la Constitución se encuentran el trazar principios, orientaciones y límites al contenido del resto de las normas y proclamar la igualdad entre las personas, salvaguardando su libertad de opinión y conciencia, la inviolabilidad de su propiedad, etcétera.[685] En palabras de Kelsen:

> …la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solo deberán ser elaboradas según la forma que ella prescribe, sino, además, que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. *La Constitución no es entonces únicamente una regla de procedimiento, sino una regla de fondo, y, en consecuencia, una ley puede ser inconstitucional por causa de una irregularidad procedimental en su confección o porque su contenido contradice los principios u orientaciones formulados en la Constitución al exceder los límites que con ellos se le imponen.*[686]

Para Kelsen, la Constitución no sólo proporciona los parámetros orgánicos que delimitan la esfera de competencia del gobierno federal y las entidades federativas, sino que también es un instrumento promulgado para salvaguardar los derechos sustantivos de los individuos; es decir, la Constitución haría las veces de un escudo en favor del ser humano contra la arbitrariedad del Estado. Puesto que la Constitución de la República de Austria

---

[684] Véase, Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?,* 20a. ed., trad. de Wenceslao Roces Suárez, México, Ediciones Coyoacán, 2020, pp. 39-48 y 82-98.

[685] Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional a)", *cit.*, pp. 164 y 165.

[686] *Ibidem,* p. 165. Énfasis añadido.

no contaba con un catálogo de derechos fundamentales como su homóloga de la República de Weimar, sino que coexistía con la Ley Fundamental del Estado de 1867, es probable que el profesor austriaco tuviera en mente un "bloque de constitucionalidad" compuesto por ambas normas.[687]

Además del texto de la propia Constitución y la Ley Fundamental del Estado de 1867, el bloque de constitucionalidad que tenía en mente se encontraba compuesto por las normas del derecho internacional público. En efecto, el erudito austriaco retoma la tesis del monismo metodológico, razón por la cual concibe al orden normativo externo e interno como una unidad. Kelsen propone y adopta la tesis de la unidad con el propósito de ir más allá de cualquier posición política, ya que cuando se quiere dar preferencia a los intereses del país, se da preminencia al derecho interno, mientras que, en caso contrario, al externo.[688] Al respecto, explica:

> …no puede determinarse de manera perfectamente unívoca el lugar del tratado internacional en el edificio del ordenamiento jurídico. Solo cabe concebirlo como una norma inmediatamente subordinada a la Constitución y determinada por ella si se supone que la Constitución es un grado supremo, es decir, desde el punto de vista de la primacía del Derecho interno. Si se trasciende ese punto de vista, si se parte de la idea de la superioridad del Derecho Internacional sobre los diferentes ordenamientos estatales, es decir, si se parte de la primacía del ordenamiento como un orden jurídico superior a los Estados contratantes, creado conforme a una regla del Derecho de gentes por un órgano propio de la comunidad internacional formado por los representantes de esos Estados… Desde este punto de vista, el tratado ostenta frente a la ley, e incluso frente a la Constitución, una cierta preminencia, por cuanto puede derogar una ley ordinaria o constitucional, siendo imposible, en cambio, lo contrario.[689]

Hacia finales de la década de los veinte, Kelsen consideraba la suscripción de tratados internacionales como una especie de creación, asimilación o incorporación de las normas del derecho internacional al texto de la Constitución. Los tratados internacionales reciben una legitimación democrática indirecta al ser suscritos por el principal representante del Estado y porque

---

[687] Algunos autores han afirmado que la teoría pura del derecho de Kelsen es una propuesta limitada ante la realidad jurídica actual, puesto que no contemplaba un catálogo de derechos fundamentales como el que se encuentra en las Constituciones contemporáneas. Al parecer esta apreciación es equivocada. Al respecto, *cfr.* Suárez Romero, Miguel Ángel, "Alcances y límites de la validez jurídica en el modelo de Estado de derecho de Hans Kelsen ante un concepto integral de derechos humanos", en Carrillo Salgado, Augusto Fernando y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* pp. 201-223.

[688] *Ibidem,* p. 172.

[689] *Idem.*

son ratificados por el parlamento.[690] Sin embargo, las proposiciones jurídicas a través de las cuales están expresados los tratados internacionales podrían contravenir las normas constitucionales de un Estado. Como en aquel momento no existía un tribunal internacional que pudiera examinar estas cuestiones,[691] la armonización del contenido de los tratados internacionales con el texto constitucional y sus normas secundarias estaría a cargo del Tribunal Constitucional.

Por las razones anteriores, Kelsen afirma y explica lo siguiente: "Una ley contraria a un tratado es, por consiguiente —al menos de manera indirecta—, inconstitucional".[692] Más adelante, añade: "¿Hay que permitir también al Tribunal Constitucional anular la infracción del Derecho Internacional los actos estatales sometidos a su control?".[693] A lo que él mismo responde: "En este caso, en efecto, es voluntad de la Constitución que estas normas sean respetadas también por el legislador; hay, pues, que asimilar completamente las leyes contrarias al Derecho Internacional a las leyes inconstitucionales".[694]

El sistema de control de constitucionalidad planteado por Kelsen en 1928 funcionaba, en consecuencia, de la manera siguiente: el punto de partida era la teoría de la norma fundante y la teoría de la construcción escalonada del derecho;[695] el juez debía identificar la controversia a dirimir, y posteriormente tenía que examinar la correspondencia de la norma impugnada con el proceso de creación de las normas establecido en la Constitución.[696] Puesto que la aplicación de las normas es al mismo tiempo un acto de creación de derecho,[697] el juez constitucional debía verificar que el contenido sustancial de la norma impugna correspondiera con los ejes rectores sustantivos de la Constitución. Al respecto, el erudito austriaco explica:

> …cuando la Constitución establece principios relativos al contenido de las leyes, por ejemplo, en un catálogo de derechos fundamentales, los actos administrativos realizados en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales

[690] *Ibidem,* pp. 203 y 204.

[691] *Ibidem,* p. 173.

[692] *Ibidem,* p. 203.

[693] *Idem.*

[694] *Ibidem,* p. 204.

[695] Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional a)", *cit.*, p. 160. En esta página, el líder de la Escuela Jurídica de Viena precisa: "no hace mucho que ha aparecido en la doctrina la idea de la estructura jerárquica del Derecho o, lo que es lo mismo, de la naturaleza jurídica de la totalidad de las funciones estatales y sus funciones recíprocas".

[696] *Ibidem,* p. 159. Véanse, también, las pp. 168 y 169.

[697] *Ibidem,* p. 157.

> en un sentido distinto a aquel en el que lo es todo acto administrativo ilegal. Si, por ejemplo, la Constitución dispone que la expropiación solo puede tener lugar mediando indemnización y, en un caso concreto, se procede a una expropiación sobre la base de una ley perfectamente constitucional… pero en contradicción con sus disposiciones -es decir, sin indemnización-, el acto administrativo no es ilegal y, por tanto, inconstitucional en el sentido ordinario, porque no solo es contrario a la ley y, por tanto, al principio constitucional general de legalidad de la ejecución, sino que también contradice un principio especial establecido expresamente por la Constitución… Se comprende entonces que contra los actos ilegales de esta naturaleza se active una institución que sirve a la garantía de la Constitución.[698]

Al parecer, hacia la década de los treinta, Kelsen consideró el control de constitucionalidad como un mecanismo para proteger ciertos derechos sustantivos del ser humano. La afirmación anterior podría parecer que contamina el ideal de pureza defendido por el fundador de la teoría pura del derecho hasta aquel momento; sin embargo, dichas directrices no implicaban el reconocimiento de la existencia de un orden normativo superior al orden jurídico positivo, sino que éstas eran concebidas por el jurista vienés como el resultado del acuerdo político entre las fuerzas del Congreso Constituyente; en otras palabras, él está haciendo un llamado a respetar lo ya acordado. Está claro que el fundador de la teoría pura del derecho no está apelando a la existencia de un derecho natural, porque inclusive desaconseja la utilización de palabras como "justicia", "moralidad", etcétera, en la confección de la Constitución:

> ...la apelación a la equidad, a la libertad, a la igualdad, a la justicia, a la moralidad, etc., solo significa, a falta de una precisión de esos valores, que tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para colmar discrecionalmente el ámbito que les ha sido confiado por la Constitución y la ley.[699]

Aunque la propuesta de solución que ofrece Kelsen a la turbulencia política de su época era atrevida e innovadora, ésta también resultó insuficiente en el campo de la filosofía política y aplicación práctica. En efecto, cuando se reconoce que en el texto de la Constitución existen ciertas directrices, el juez constitucional se encuentra inevitablemente frente a la situación de justificar su decisión ante los jueces y la sociedad.[700] Por si lo anterior fuera poco, el

---

[698] *Ibidem,* p. 170.

[699] *Ibidem,* p. 207.

[700] Al respecto, véase, por ejemplo, Encinas Duarte, Gabriel, "Algunas implicaciones del pluralismo ético en lo jurídico: entre la «abstinencia epistémica» y «cultura de la justifica-

balance entre las fuerzas políticas que plantea Kelsen requiere una materialización efectiva.[701] Es probable que por esta razón su modelo no hubiera podido hacer frente satisfactoriamente a la realidad.

Por otro lado, el jurista austriaco precisa también las características que deben tener las sentencias dictadas por un Tribunal Constitucional. Para empezar, los fallos deben tener un carácter constitutivo, pues en la sentencia se debe declarar que la norma general o el acto de autoridad impugnado son nulos.[702] El Tribunal podría declarar inconstitucional una norma o tan sólo una porción de ésta. Por lo que respecta a los efectos en el espacio de las sentencias de un Tribunal Constitucional, éste se encuentra facultado para declarar que la validez de una norma cesa inmediatamente, después de cierto tiempo o, inclusive, con efectos retroactivos.[703] Por último, como regla general, explica Kelsen que en el caso de las normas, los efectos de la sentencia serían generales, mientras que en el de los actos de autoridad, particulares.[704]

El jurista vienés introdujo también nuevas consideraciones en torno a la conformación del Tribunal Constitucional. En ese sentido, el autor destaca la necesidad de la independencia formal y material de dicho tribunal.[705] Por si lo anterior fuera poco, el líder de la Escuela Jurídica de Viena indica que el número de miembros que integren el mencionado órgano jurisdiccional no debe ser muy amplio, ya que, a diferencia del parlamento, se trata de una institución del Estado que cumple funciones técnicas. El erudito austriaco añade que los jueces deben ser inamovibles y que éstos deberían de ser seleccionados de manera colegiada por el presidente y el parlamento de entre una terna propuesta por una comisión compuesta por los representantes de las mejores facultades de derecho del país.[706]

---

ción»", en Martínez Gómez, Jesús Armando; Carrillo Salgado, Augusto Fernando, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *Racionalidad, argumentación jurídica e interpretación en el Estado constitucional de derecho,* México, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 19-52; en esa misma obra colectiva, Melero de la Torre, Mariano C., "Argumentación jurídica y teoría positivista del derecho", pp. 75-105.

[701] *Cfr.* Muñoz Mendiola, Julio César, "¿Racionalidad política o racionalidad jurídica en la argumentación jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación?", en Martínez Gómez, Jesús Armando; Carrillo Salgado, Augusto Fernando, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.,* pp. 207-238.

[702] *Ibidem,* p. 178.

[703] *Ibidem,* p. 181.

[704] *Ibidem,* pp. 186-189.

[705] *Ibidem,* pp. 174 y 182.

[706] *Ibidem,* pp. 190 y 191. Kelsen imprime cierto esfuerzo en despolitizar al Tribunal Constitucional; a principios de 1920 había planteado un sistema de selección de los jueces constitucionales con una participación intensa de las dietas provinciales y el gobierno federal. A finales de la década antes referida, el profesor vienés precisa que los miembros del mencio-

Finalmente, una demanda ante el Tribunal Constitucional puede ser presentada por los titulares de los gobiernos de las entidades federativas contra los actos emanados de la Federación; el presidente del gobierno federal también puede presentar su demanda contra los actos emanados de los estados miembros.[707] Entre las principales innovaciones que el erudito austriaco introduce se encuentra la posibilidad de que los tribunales del Poder Judicial y aun los particulares, mediante una *actio popularis,* pudieran recurrir al Tribunal Constitucional. Puesto que Kelsen teme que el Tribunal Constitucional pudiera verse rebasado al recibir demasiadas demandas temerarias, sólo contempla la participación de los ciudadanos en el proceso como terceros interesados.[708] El autor también propone la creación y desarrollo de una nueva institución: el Defensor de la Constitución, que tendría que iniciar de oficio ante el tribunal el procedimiento de control de constitucionalidad de los actos que estimara irregulares.[709]

### 3. *El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el guardián de la Constitución*

El debate intelectual que Carl Schmitt y Hans Kelsen libraron al comienzo de la década de los treinta ha tenido tales repercusiones que ésta ha configurado y determinado la forma en que se entiende la justicia constitucional en Europa continental y Latinoamérica; por esta razón, es inevitable hacer alguna referencia a esta disputa, aunque hay que reconocer que se han escrito innumerables páginas al respecto.[710] La conclusión de la Primera Guerra Mundial trajo como consecuencia la promulgación de nuevas Constituciones tanto para la República de Austria como para la República de Weimar. En las páginas de las Constituciones de los países referidos se establecieron determinados mecanismos para la salvaguarda del orden institucional. En el caso de la República de Austria, Kelsen creó un Tribunal Constitucional cuyo fin principal era mantener la integridad territorial,

---

nado órgano jurisdiccional debían ser seleccionados de entre los juristas más destacados de las diferentes facultades de derecho de Austria.

[707] *Ibidem,* p. 215.

[708] *Ibidem,* p. 213. Durante el desarrollo del procedimiento judicial ante el Tribunal Constitucional podría intervenir la autoridad responsable, el órgano del Estado que ha solicitado el recurso y el particular, como tercero interesado, sin que éste pudiera acudir directamente ante el Tribunal Constitucional.

[709] *Ibidem,* p. 215. La figura kelseniana del defensor de la Constitución se asemeja al moderno defensor del pueblo.

[710] Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 281.

política y jurídica del otrora Imperio Austrohúngaro. Por lo que respecta a Alemania, su Constitución contemplaba una serie de complejos mecanismos para tal efecto, los cuales eran prolíficos porque se quería, por una parte, asegurar la participación de la mayoría de las facciones políticas en la salvaguarda del orden institucional, mientras que, por otro lado, se trataba de mantener dividido el poder político.

Sin embargo, una de las principales consecuencias colaterales de este diseño institucional fue la de que no se tenía claridad respecto de qué órgano del Estado era el principal garante de la Constitución.[711] El presidente del *Reich* gozaba de tales atribuciones, quien era reconocido como la institución suprema encargada de salvaguardar la integridad del Estado, al tiempo que el Tribunal Supremo de Justicia comenzó a desautorizar las normas del parlamento.[712] Los gobernadores de las entidades federativas de la República de Weimar también abusaron de estas prerrogativas en el marco de su ámbito territorial. Todo lo anterior ocurría con fundamento, o excusándose, en el artículo 48 de la Constitución de Weimar.

El conflicto se convirtió también en una controversia que sería dirimida en sede judicial. En efecto, el 10 de octubre de 1932, en Leipzig, fue celebrado un proceso ante el Tribunal Supremo de Justicia de Alemania, cuya causa consistía en determinar si el presidente del Reich, encabezado por Hindenburg y el canciller Von Papen, representado y asistido jurídicamente por Carl Schmitt y otros juristas, estaba facultado o no para destituir de sus funciones de gobierno a Otto Braun, gobernador de la entidad federativa de Prusia.[713] En realidad, el conflicto de fondo era determinar si el presidente del Reich era el órgano del Estado mejor facultado para salvaguardar el orden constitucional.

La causa judicial anterior se convirtió en objeto de numerosas discusiones académicas, entre las que se encuentra la controversia entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en 1929. El primero publicó un extenso ensayo titulado *El defensor de la Constitución;* al poco tiempo, el líder de la Escuela Jurídica de Viena dio contestación con un texto denominado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Aunque el texto de Schmitt precede en orden cronológico al de Kelsen, en realidad el punto de partida de la discusión entre ambos juristas se encuentra en los desarrollos en materia de derecho constitucional

[711] Lombardi, Giorgio, "Estudio preliminar. La querella Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX", trad. de José Luis Aja Sánchez, en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *op. cit.,* p. XXX.

[712] *Ibidem,* p. XXXI.

[713] *Ibidem,* pp. LXIV y LXV.

que el profesor vienés ya había realizado, tanto en términos teóricos como prácticos; una muestra de ello se encuentra en que a lo largo de las primeras dos partes de *El defensor de la Constitución,*[714] el jurista alemán se dedica a examinar críticamente algunos de los postulados centrales que su homólogo austriaco ya había publicado en otras ocasiones.

Schmitt es un crítico de las instituciones político-jurídicas de la tradición liberal europea, como el concepto de democracia, de parlamentarismo y, por supuesto, el de Tribunal Constitucional. Este jurista considera que éstas son incapaces de colmar las exigencias sociales y teóricas de su época. Para Schmitt, las instituciones político-jurídicas europeas son la expresión del pensamiento burgués. Por lo que respecta a la lectura de las circunstancias político-jurídicas de su tiempo, considera el pluralismo político como un peligro para la unidad y paz sociales. Por este motivo, defiende la existencia de un poder político lo suficientemente fuerte para poner orden; ese poder, el poder neutro, como él lo denomina, lo encuentra, o cree encontrarlo, en el presidente del Reich.[715] El poder "neutro" es un factor de equilibrio, pues hace las veces de mediador, es un órgano del Estado que actúa de manera excepcional y que posee facultades amplias para lograr su fin.[716] Al parecer, la única limitación que tendría el poder neutro sería el refrendo de sus acciones y el contrapeso de los partidos políticos.[717]

Kelsen, por su parte, realizó una crítica al trabajo de Schmitt, pues dio cuenta de que el poder "neutro" que defendía, además de tratarse de una camisa a la medida para el *Führer,* era poseedor de tal número de facultades que éstas ponían en peligro la existencia de las instituciones político-jurídicas de Alemania. Para empezar, el líder de la Escuela Jurídica de Viena desveló el hecho de que la teoría del jurista alemán era una reformulación de la superada doctrina de Benjamin Constant, a través de la cual se le reconocía y otorgaba facultades omnímodas a los monarcas europeos.[718] En ese sentido, el profesor austriaco recuerda al lector que, a lo largo de la historia moderna de las instituciones políticas, el parlamento y el gobierno se encuentran

---

[714] Gómez Ornafel, Germán, "Estudio de contextualización. El defensor de la Constitución", en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *op. cit.,* pp. 377-379.

[715] Schmitt, Carl, "El defensor de la Constitución", trad. de Manuel Sánchez Sarto, en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *op. cit.,* pp. 252-298.

[716] *Ibidem,* pp. 252-259.

[717] Es evidente que los candados que Schmitt establece al poder neutro, al presidente del Reich como defensor de la Constitución, son más que nada simbólicos, porque en el momento en que escribió y publicó su ensayo, el partido nacionalsocialista y, de manera específica, Adolf Hitler, era la fuerza política más poderosa.

[718] Kelsen, Hans, "¿Quién debe ser el defensor…?", *cit.*, pp. 303 y 304.

en un proceso de tensión constante a través del cual éste quiere imponerse sobre aquél.[719]

Otra característica de la respuesta del jurista vienés que llama la atención es el estilo expositivo tan severo adoptado por su autor, quien frecuentemente se expresaba con mesura. Kelsen se refiere a las ideas que Schmitt desarrolla en su ensayo en torno a la teoría del poder neutro de la manera siguiente: "dicho texto exhuma del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el jefe de Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución, con el fin de poner nuevamente en uso… este requisito verdaderamente cubierto de polvo".[720] El punto de vista del fundador de la teoría pura del derecho es claro; él se decanta por el Tribunal Constitucional como el mejor defensor de la carta magna porque no forma parte de ninguno de los otros poderes, sino que se encuentra por encima de ellos de manera funcional;[721] por si lo anterior fuera poco, el Tribunal Constitucional, al estar compuesto por un grupo colegiado de peritos en derecho, sería capaz de reconducir por los causes de la racionalidad jurídica los conflictos políticos que fueran sometidos a su consideración.[722]

Kelsen también da contestación a la crítica de su homólogo alemán sobre que el Tribunal Constitucional estaría actuando como un legislador al crear derecho a través de sus sentencias y, con ello, rompería el orden institucional. El profesor vienés explica que dicho tribunal actuaría más bien como una especie de legislador negativo al derogar o indicar la modificación que debe realizarse en torno a determinadas disposiciones jurídicas debido a su inconstitucionalidad.[723] Es verdad que, en ocasiones, los jueces constitucionales crean derecho al dictar sus sentencias y, con ello, transgreden los límites de la teoría sobre la división de poderes (funciones); sin embargo, esto sucede en gran medida si el legislador promulga normas ambiguas;[724] en consecuencia, si quisiera reducirse el margen de acción de los jueces constitucionales, tendrían que crearse normas más precisas.

El debate entre ambos autores no sólo atañe a una controversia sobre quién debe ser el guardián de la Constitución, sino que es una muestra clara de dos formas distintas y opuestas de entender el derecho, así como también la filosofía política y moral. Por una parte, Schmitt considera negativo el pluralismo político, pues teme la disgregación social a la que conduce; por la otra, Kelsen

719 *Ibidem,* p. 349.
720 *Ibidem,* p. 306.
721 *Ibidem,* pp. 350-352.
722 *Ibidem,* pp. 315-322.
723 *Ibidem,* pp. 323-328, 333 y 337.
724 *Ibidem,* p. 330.

está consciente de que en una democracia es imposible, y hasta indeseable, borrar las diferencias entre los diversos grupos sociales so pena de eliminar la libertad del individuo. El jurista alemán estima posible la existencia de una voluntad común que podría ser conocida y representada por el presidente del Reich. El jurista austriaco rechaza tal idea en razón de su carga ideológica, pues es imposible la existencia de un querer común a todos los hombres.[725]

Al examinar críticamente los argumentos de ambos contendientes lo primero que es necesario tomar en consideración es que si bien es cierto que el tiempo inclinó la balanza a favor de Kelsen, esto no significa que él haya tenido la razón absoluta. Por una parte, Schmitt indicó con claridad magistral que el pluralismo político desbocado tiende a degenerar en fuerzas sociales centrífugas y disgregantes.[726] Además, pareciera ser que el paso de los años también le ha otorgado la razón a su argumento de que el equilibrio de tales fuerzas demanda la intervención de un poder supremo que coordine las acciones de la administración pública en todos sus niveles.

Colocar al Tribunal Constitucional como el órgano encargado de resolver las controversias entre las entidades federativas y el gobierno central, como lo propuso el otrora líder de la Escuela Jurídica de Viena, ha sido una de las mejores contribuciones a la teoría jurídica contemporánea, porque un órgano jurisdiccional colegiado es el más adecuado para resolver tales cuestiones técnico-jurídicas. Sin embargo, aun durante la época en la que Kelsen publicó su respuesta a Schmitt, ha sido ingenuo pensar que las facultades y el poder jurídico-político de un Tribunal Constitucional es tal que puede transformar la realidad social de manera eficaz a través de sus sentencias. En realidad, un Tribunal Constitucional tan sólo puede actuar como un director de orquesta al indicar a los órganos e instituciones del Estado la manera en que podrían actuar, siempre en el marco de la ley, para que éstos traten de colmar las necesidades de su población.[727] Esta crítica a las aportaciones de Kelsen está más vigente que nunca, pues desde hace varias décadas se ha creído que un tribunal constitucional es capaz de equilibrar todas las fuerzas sociales a través de sus sentencias, pero los hechos han demostrado que no es así.

---

[725] *Ibidem*, pp. 353-358.

[726] *Cfr.* Lagi, Sara, "La teoría de la justicia constitucional de Hans Kelsen…", *cit.*, p. 297.

[727] Al respecto, véase, por ejemplo, Suárez Romero, Miguel Ángel, "Una propuesta de argumentación legislativa ante el embate del juez constitucional en México", en Martínez Gómez, Jesús Armando; Carrillo Salgado, Augusto Fernando, y Muñoz Mendiola, Julio César (coords.), *op. cit.*, pp. 141-170; en esa misma obra colectiva, Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Examen crítico de algunos elementos centrales del no-positivismo de Robert Alexy: ¿un modelo objetivo o ideología sobre la argumentación jurídica?", pp. 107-140; sin dejar de mencionar, Muñoz Mendiola, Julio César, "La legitimidad democrática del juez constitucional en la práctica judicial constitucional", en Muñoz Mendiola, Julio César, *La legitimidad democrática…*, *cit.*, pp. 133-138.

## IV. La crisis de las instituciones democráticas durante la República de Weimar

### 1. *Consideraciones preliminares*

El parlamento, una institución emanada de la Revolución francesa, es uno de los productos del pensamiento ilustrado. Sin embargo, ésta no siempre ha gozado de prestigio; en realidad, en Europa fue perdiendo su capacidad aglutinante a finales del siglo XIX y principios del XX debido a que los legisladores no mantenían contacto con la sociedad. Por si lo anterior fuera poco, las normas que promulgaban no contribuían a mejorar las condiciones materiales, culturales y espirituales de la población. Por tal motivo, un número significativo de europeos consideraron que el parlamento era una institución político-jurídica al servicio de la burguesía. El triunfo de la Revolución de octubre y el advenimiento del comunismo habían logrado demostrar aparentemente que se podía prescindir de las instituciones jurídico-políticas liberales y que la democracia tal y como había sido entendida no era más que una opereta.[728]

El golpeteo ideológico en contra del parlamentarismo y el sistema de partidos políticos empeoró conforme las condiciones económicas, políticas, jurídicas, culturales y sociales fueron deteriorándose como consecuencia del final de la Primera Guerra Mundial y de los efectos económicos de la crisis financiera de 1929. Los diversos regímenes europeos de extrema derecha e izquierda convirtieron al parlamento en uno de sus objetos predilectos de ataque. Ambas posiciones querían acabar con él, pero sin perder la legitimación popular.[729] En otras palabras, los dirigentes de este tipo de regímenes autocráticos querían salvaguardar la apariencia democrática y ganarse el consentimiento del pueblo "o por lo menos aparentan creer en él, recurriendo ya sea a medios antiguos, tales como los plebiscitos, o a medios nuevos, las grandes paradas colectivas o esos festivales en que se hace concurrir a grandes masas".[730]

En el marco del contexto antes descrito, el líder de la Escuela Jurídica publicó en 1925 un ensayo titulado *El problema del parlamentarismo* (que es una especie de síntesis de un texto más amplio titulado *Esencia y valor de la democracia*). En *El problema del parlamentarismo* describe el panorama político de la época:

---

[728] Kelsen, Hans, "La dictadura de partido", *Universidad. Mensual de Cultura Popular,* núm. 9, t. II, 1936, p. 38. No se menciona en el documento original quién realizó la traducción.

[729] *Ibidem,* pp. 39 y 40.

[730] *Ibidem,* p. 41.

> El principio parlamentarista es recusado resueltamente tanto por los partidos de extrema derecha como por los de extrema izquierda; la invocación a la *dictadura* o a un *orden corporativo* se formula con voz cada vez más alta. Y ni siquiera desde dentro de los partidos de centro deja de reconocerse un cierto enfriamiento con respecto a los ideales de otro tiempo.[731]

Kelsen, al ser un demócrata liberal, considera que la lucha por el parlamentarismo es la lucha por la libertad política. El profesor vienés, sin embargo, estaba consciente de las deficiencias de dicha institución, razón por la cual propuso una serie de medidas que permitieran mejorarla, tal es el caso del referendo, la iniciativa popular, la vigilancia de los actos del Poder Legislativo, la desaparición de la inmunidad de los parlamentarios, etcétera.[732] Las medidas anteriores estaban encaminadas sobre todo a salvaguardar el proceso dialógico entre mayorías y minorías parlamentarias.[733] Sin embargo, dada la coyuntura política, económica y social del momento, el parlamentarismo naufragó en Europa y, sobre todo, en Alemania y Austria.

### 2. *Surgimiento y naufragio de las instituciones democráticas de la República de Weimar*

A principios del siglo XX las instituciones democráticas de la República de Weimar padecieron una crisis terrible,[734] cuyas raíces se encuentran en el proceso de consolidación del Estado alemán. Hasta antes de 1871, el territorio de lo que hoy llamamos Alemania era una zona compuesta por diversos pueblos que compartían ciertos elementos identitarios, como el idioma, costumbres, tradiciones y determinados eventos históricos. Gracias a una política exterior basada en la guerra, el nacionalismo,[735] así como en negociaciones diplomáticas, Otto von Bismarck había logrado unificar los

---

[731] Kelsen, Hans, "El problema del parlamentarismo", trad. de Manuel Atienza Rodríguez, en Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo,* Madrid, Debate, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, 1988, p. 85. Este ensayo es una especie de apretado resumen del texto *Esencia y valor de la democracia.*

[732] *Ibidem,* pp. 89-92.

[733] *Ibidem,* pp. 101-104.

[734] Véase, Vita, Leticia, *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller,* Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 27-35; Lagi, Sara, "La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica", *Il pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali,* núm. 2, 2003, pp. 239-243, y Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Una introducción a los debates jurídicos de la República de Weimar", *Foro. Revista de Derecho,* núm. 38, 2022, pp. 165-186.

[735] Planze, Otto, "Bismarck and German Nationalism", *The American Historical Review,* núm. 3, 1955, pp. 548-566.

pueblos alemanes bajo la dirección de Prusia. Este político alemán alcanzó sus objetivos con el apoyo del Partido Liberal,[736] el cual se encontraba compuesto por miembros de la burguesía.

Durante esta época, la mayoría de las instituciones del Estado eran consideradas como la expresión de los intereses de los capitalistas y no como órganos representativos del pueblo, porque a través de ellas se trataba de salvaguardar ciertos privilegios. Si bien es cierto que Bismarck había logrado la unificación de los pueblos de lo que hoy conocemos como Alemania, también es verdad que este estadista no se había preocupado por formar una clase dirigente que pudiera sucederle, razón por la cual la responsabilidad de la dirección política comenzó a recaer, más que nada, sobre el parlamento,[737] el cual, sin embargo, debido a su pluralidad, ausencia de liderazgos y falta de consenso, no estuvo a la altura de las circunstancias.

Francia e Inglaterra, mientras tanto, se habían posicionado entre las principales potencias económicas y bélicas europeas. Alemania entró en un tardío pero veloz proceso de industrialización que le permitió insertarse rápidamente en el mercado europeo. Esta acumulación de riqueza trajo como consecuencia la aparición de una carrera armamentista, de tal suerte que los países mencionados pronto se encontraron en una competencia por colocarse como la principal potencia del Viejo Continente.[738] Dicha pugna económica condujo al proteccionismo económico, así como a la aparición de movimientos nacionalistas que "reivindicaban" la identidad de unos países frente a otros. La tensión entre las naciones fue aumentando y la diplomacia poco a poco se mostró como una herramienta incapaz de resolver las disputas entre dichos países. De esta manera, en 1914, estalló la Primera Guerra Mundial.

En 1918, Alemania fue constreñida a suscribir el Tratado de Versalles, por medio del cual se le obligó a pagar todos los daños ocasionados por la Gran Guerra.[739] El Tratado de Versalles fue visto por el pueblo alemán como un yugo insoportable. La izquierda alemana culpó a la burguesía y a la monarquía de la derrota. En su opinión, ambas habían conducido al pueblo alemán a un combate irracional para satisfacer su deseo de conquistar mayores espacios económicos en el mercado europeo y global. A su vez, la derecha germana acusó a la izquierda de la derrota porque a su modo de ver la situa-

[736] Mork, Gordon R., "Bismarck and the «Capitulation» of German Liberalism", *The Journal of Modern History,* núm. 1, 1971, pp. 59-75.

[737] Caracciolo, Antonio, "Presentazione", en Schmitt, Carl, *Dottrina della costituzione (a cura di Antonio Caracciolo),* Milán, Giuffrè Editore, 1984, p. VIII.

[738] Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Una introducción…", *cit.*, p. 169.

[739] *Idem.*

ción, el sabotaje y la falta de apoyo del movimiento obrero-anarquista había debilitado a la milicia trayendo como resultando la derrota de Alemania.[740] Era imposible un diálogo parlamentario para alcanzar acuerdos.

Por si lo anterior fuera poco, el grueso de la población germana se encontraba en la miseria, ya que el costo humano, económico y político de la guerra había sido muy alto. Además, el conflicto bélico había conducido a la muerte a millones de combatientes alemanes, y un gran número de soldados conservaron sus vidas, pero fueron gravemente heridos y mutilados.[741] Los soldados, al volver a su casa, tuvieron que hacer frente al desempleo y a la ausencia de seguridad social.[742] Lo anterior sin dejar de mencionar que una profunda crisis económica erosionó el valor real de la moneda alemana.

La división del pueblo germano fue intelectual. Por una parte, se encontraban los pensadores liberales que rendían culto al individualismo y al "progreso" científico, aun a costa de la contaminación del medio ambiente y la explotación de los seres humanos.[743] Por la otra, los marxistas denunciaban las contradicciones del capitalismo.[744] También se hallaba un grupo de pensadores que miraban hacia el pasado y compartían algunos puntos de contacto con los intelectuales liberales, pues consideraban los valores alemanes en peligro frente a la integración del país al concierto de naciones.[745] Finalmente, otra postura sostenía que ninguno de los polos antes mencionados estaba en lo correcto, porque al final de cuentas el ser humano no tenía una verdadera razón de ser en este mundo. Esta postura puede considerarse como una clara muestra del pesimismo espiritual e irracionalismo de la época.[746]

Con el propósito de acabar con estas diferencias, se propuso la instauración de una forma de gobierno parlamentaria y democrática.[747] Tras cele-

---

[740] *Idem.* Véase, también, Restrepo Zapata, Juan David, "El Estado alemán durante la República de Weimar", *Revista en Historia General,* núm. 1, 2015, p. 81.

[741] Wermester, Catherine, "Des mutilés et des machines. Images de corps mutilés et rationalisation industrielle sous la république de Weimar", *Vintième Siècle, Revue d'Histoire,* núm. 61, 1999, pp. 3-13.

[742] Evans, Richard J. y Geary, Dick (eds.), *The German Unemployed. Experiences and Consequences of Mass Unemployment from the Weimar Republic to the Third Reich,* Nueva York, Routledge, 2015, pp. 44-72.

[743] Dupeux, Louis, "La nouvelle droite «révolutionnaire-conservatrice» et son influence sous la République de Weimar", *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine,* núm. 3, 1994, pp. 472 y ss.

[744] Heller, Hermann, "L'Europe et le fascisme (1929)", trad. de Philippe Quesne, *Cités,* núm. 6, 2001, pp. 179-195.

[745] *Ibidem,* p. 473.

[746] *Ibidem,* pp. 474 y ss.

[747] Rürup, Reinhard, "Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar", *Ayer,* núm. 5, 1992, pp. 125-158.

brarse un Congreso Constituyente, el 11 de agosto de 1919, se promulgó la Constitución que daría nacimiento a la República de Weimar,[748] un periodo de tiempo que abarca de 1918 a 1933.[749] Durante la República el gobierno contaba con las características siguientes: la forma de Estado era una Federación y la de gobierno una República democrática.[750] Se estableció un gobierno central que legislaba en materia de relaciones exteriores, colonias, nacionalidad, ejército, moneda, aduanas y telecomunicaciones. Además, se abandonó cualquier política exterior anexionista al establecer a nivel constitucional el derecho a la autodeterminación de los pueblos germanos.[751] La soberanía residía en el pueblo y se incluyó un capítulo de derechos fundamentales en la Constitución. El poder político se dividió en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.[752] El primero de ellos se integraba por un *Reichstag*,[753] que era el parlamento de la República y se componía por diputados que debían contar con 20 años y duraban cuatro años en su encargo.[754] El Poder Ejecutivo residía en una sola persona: el presidente. Para ocupar este cargo debía contarse con más de 35 años, ser elegido mediante voto universal-directo y duraba en su puesto siete años, aunque podía reelegirse por otro periodo.[755] La administración de justicia era impartida por un Tribunal del Imperio y tribunales locales, cuyos jueces ocupaban el puesto de manera vitalicia.[756]

La instauración de la República de Weimar fue incapaz de solucionar todos los problemas descritos. En medio de la crisis aludida, un movimiento político se hizo con todo el poder: el nacionalsocialismo. El partido de Adolf Hitler preservó aparentemente las instituciones democráticas de la República, pero se aseguró de eliminar todos aquellos mecanismos institucionales que permitieran a otras facciones disputarse el poder.[757]

En las universidades alemanas se emprendió un "examen" minucioso de todas las instituciones jurídicas con el objetivo de desmantelarlas: "el pro-

---

[748] Gerd, Krumeich, "La République de Weimar et le poids de la Grand Guerre", *Histoire, Économie et Société,* núm. 2, 2004, p. 177.

[749] Weitz, Eric D., *Weimar Germany. Promise and tragedy,* Nueva Jersey/Oxfordshire, Princeton University Press, 2007, p. 129.

[750] "Constitución del Imperio Alemán de 11 de agosto de 1919", *Textos constitucionales españoles y extranjeros,* Madrid, Athenaeum, 1930.

[751] *Ibidem,* artículo 2o.

[752] *Ibidem,* artículos 22-61 y 101-108.

[753] *Ibidem,* artículos 20-40 y 60-67.

[754] *Ibidem,* artículo 22.

[755] *Ibidem,* artículo 43.

[756] *Ibidem,* artículo 104.

[757] Rüthers, Bernd, *Teoría jurídica y jurista de cámara en el Tercer Reich,* trad. de Juan Antonio García Amado, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 52.

grama que guiaba la política jurídica del nazismo era el de una completa «renovación jurídica popular» basada en la ideología nacionalsocialista".[758] A decir verdad, no existía una teoría jurídica dominante, sino que diversos académicos luchaban por ganarse el favor del régimen (entre ellos, Carl Schmitt). Sin embargo, todas ellas tenían ciertos puntos en común; por ejemplo, afirmaban que la Constitución se encontraba por debajo de las órdenes del *Führer.* Además, los académicos sostenían que el sistema clásico de fuentes era insuficiente para dirimir una controversia; por tal motivo, era necesario descubrir los principios emanados del pueblo para interpretar las normas, así como conocer la voluntad del caudillo.

En el número 31 de la *Revista Jurídica Semanal* se fijaron dos principios para dirimir controversias: "Para las cuestiones penales la consigna era así: «Antes: ninguna pena sin ley. Ahora: ningún criminal sin su pena»… En materia civil: «Decida usted rápidamente, como un *Führer*, decida usted claramente, como un *Führer*, y decida usted de tal manera que hasta el último perciba que ha hablado el derecho".[759] En una palabra, los nacionalsocialistas afirmaban que era necesario destruir el principio de seguridad jurídica y sustituirlo por un decisionismo judicial en favor del caudillo. Sobre el particular, Bernd Rüthers precisa:

> Claramente se aprecia también que los partidarios de la renovación jurídica nacionalsocialista no pretendían lograrla con ayuda de la teoría positivista del derecho, bien representada hasta entonces en la filosofía del derecho. Esa teoría más bien era tildada de "normativismo" vacío y de formalismo. Los nuevos contenidos de lo jurídico debían extraerse de fuentes adicionales y completamente distintas. El positivismo jurídico era visto como un molesto obstáculo. El nuevo pensamiento jurídico debía radicarse "más allá del derecho natural y del positivismo".[760]

Las nuevas fuentes normativas del nazismo eran: el liderazgo "providencial" del *Führer*, el carácter nacional o "comunidad racial del pueblo", el programa del Partido Nacionalsocialista, el "espíritu" del nacionalsocialismo y el "sano sentimiento popular".[761] Estas fuentes no se encontraban ordenadas jerárquicamente, lo que conducía a confusiones y, en última instancia, a una terrible inseguridad jurídica.[762] El derecho nazi no fue exhaustivo, riguroso,

[758] *Ibidem,* p. 51.
[759] *Ibidem,* p. 53.
[760] *Ibidem,* p. 59.
[761] *Ibidem,* pp. 59 y 60.
[762] *Ibidem,* p. 61.

exigente y opresivo, ni gestionado por un poder fuertemente jerarquizado y minuciosamente organizado.[763] Más bien, el régimen nacionalsocialista era un entramado amorfo e inestable. Es por ello por lo que los conflictos normativos y administrativos eran resueltos en función del carácter personal o conexiones de los implicados.[764]

## V. La disputa entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el parlamentarismo

### 1. *La crítica de Carl Schmitt a las instituciones democráticas*

Carl Schmitt fue uno de los críticos más agudos y brillantes de las instituciones democráticas modernas. En efecto, a pesar de su simpatía por el nacionalsocialismo, "las desacertadas elecciones políticas de Schmitt no deberían ni opacar el valor de su obra ni disminuir el interés por la misma";[765] "en cualquier caso, siempre es mejor encender una vela que perder tiempo maldiciendo la oscuridad".[766]

Además de la querella entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el guardián de la Constitución, ambos autores también tuvieron sus desavenencias en torno a las principales instituciones democráticas, en especial sobre el parlamentarismo, cuyo origen se remonta a la década de los veinte. Schmitt "defendía" la existencia de la "democracia", pero bajo nuevos ropajes. Pero no sólo eso, clamaba por la eliminación total del parlamento. Por su parte, Kelsen era un defensor crítico de las instituciones democráticas heredadas por la Ilustración, así como del parlamento.

Los ataques de Schmitt a las instituciones democráticas parten de su concepción general sobre la naturaleza del ser humano, así como de sus reflexiones sobre los fines del Estado moderno. Para desarrollar sus propias ideas, tomó como referencia algunos razonamientos de Thomas Hobbes. Al igual que él, Schmitt asume como presupuesto heurístico la peligrosidad natural del ser humano.[767] Esa es la razón por la que resulta necesaria la existencia de un aparato institucional fuerte que pudiera dirimir o regular

[763] Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.,* p. 63.

[764] *Idem.*

[765] Dolfo, Augusto, "*J'accuse…!* Algunas consideraciones acerca del compromiso nacionalsocialista de Carl Schmitt", *Isegoria,* núm. 67, 2022, p. 4.

[766] *Ibidem,* p. 5.

[767] Vita, Leticia, "El pensamiento jurídico y político de Carl Schmitt", en Vita, Leticia, *op. cit.,* p. 109.

los conflictos entre los seres humanos.[768] El punto de vista de Schmitt constituye una respuesta a la descomposición política, social, económica y jurídica de la República de Weimar.

De acuerdo con Schmitt, el Estado moderno debería de ser una institución fuerte con el objeto de que pudiera poner un punto final a las disputas entre los diferentes grupos humanos que alberga en su interior. La siguiente cita textual de uno de los trabajos de Schmitt sobre Thomas Hobbes sintetiza el pensamiento del jurista alemán: "A Hobbes interesa sobre todo superar, con el Estado, la anarquía del Derecho de resistencia feudal, o eclesiástico y contrapone al pluralismo medieval la unidad racional de un Estado centralizado".[769] Ello no quiere decir que Schmitt esté a favor de una ausencia del Estado, mejor dicho, de una irresponsabilidad de las autoridades estatales, sino que más bien pugna por una reformulación de él:

> Si a este propósito se quiere hablar de totalidad, es menester considerar, empero, que a la totalidad de un poder estatal de tal naturaleza corresponde siempre también la totalidad de responsabilidad de la protección y seguridad de los ciudadanos… Al cesar la protección, cesa también cada obligación de obediencia y el individuo readquiere su libertad natural.[770]

Además de lo anterior, Schmitt era un crítico de las instituciones liberales y democráticas del Estado burgués,[771] porque ellas enmascaran los conflictos sociales sin resolverlos.[772] Finalmente, de acuerdo con él, la ley sólo constituye una pauta general para resolver una controversia, pero es incapaz de contemplar todos los supuestos que debe regular; de ahí la necesidad de su decisionismo.

## 2. *La crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo*

Uno de los textos más importantes de Carl Schmitt sobre el parlamentarismo lleva por título *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual;* al parecer el jurista alemán comenzó a trabajar en esta obra en 1918. Se trata de un texto crítico a través del cual pretende demos-

---

[768] *Idem.* Veáse, también, Galli, Carlo, "Introduzione", en Schmitt, Carl, *Scritti su Thomas Hobbes,* trad. de Carlo Galli, Milán, 1986, pp. 1-28.

[769] Schmitt, Carl, "Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio", en Schmitt, Carl, *Scritti…, cit.,* p. 52.

[770] *Idem.*

[771] Schmitt, Carl, *Dottrina…, cit.,* pp. 189-194.

[772] *Ibidem,* p. 111.

trar la innecesaria existencia del parlamento.[773] Comienza a desarrollar sus ideas explicando que el parlamentarismo encuentra su origen en la oposición al poder desmesurado de las monarquías europeas.[774] En ese sentido, el parlamentarismo significó un cambio de paradigma en la medida en que se sustituyó una fundamentación política del poder por otras: mientras que en la monarquía el presupuesto heurístico consiste en que el poder emana de Dios, en el parlamentarismo el poder emana del pueblo.[775] Más aún, mientras que en la monarquía las decisiones son tomadas por el rey en absoluta secrecía, en el parlamentarismo se requiere la existencia de discusiones públicas para que una decisión sea adoptada:[776] "En todos los sistemas donde reina el despotismo ilustrado la opinión pública (*öffentliche*) desempeña el papel de un correctivo absoluto".[777]

Schmitt considera que el parlamento se encuentra en crisis debido a sus famélicos resultados prácticos. El jurista alemán explica que los pilares del parlamentarismo, la discusión y la publicidad, no eran más que simples adornos porque la *res publica* se había convertido en objeto de rapiña y compromiso partidista: "hoy el Parlamento parece más bien una enorme *Antichambre* de las oficinas o las comisiones de los invisibles poderosos".[778] En otro lugar de la misma obra, agrega:

> …tal como hoy están, de hecho, las cosas, es prácticamente del todo imposible trabajar de otra forma que en comisiones, y en comisiones cada vez más reducidas, evitando, a fin de cuentas, al pleno del Parlamento —es decir, lo que le da su carácter público (*öffentliche*)— privándolo de su fin y convirtiéndolo necesariamente en una fachada.[779]

El parlamento, en una palabra, lejos de ser un espacio público para la discusión, se había convertido en el instrumento de unos cuantos.[780]

Puesto que en el parlamento ya no se daban las discusiones públicamente, no podía decirse que éstas eran el producto de la voluntad del propio

---

[773] Kennedy, Ellen, "*Die geistesgeschitliche Lage des heutigen Parlamentarismus* de Carl Schmitt en su circunstancia histórica", en Schmitt, Carl, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual,* trad. de Pedro Madrigal Devesa, Madrid, Tecnos, 2016, p. 168.

[774] Schmitt, Carl, *Los fundamentos…, cit.,* p. 52.

[775] *Ibidem,* p. 67.

[776] *Ibidem,* p. 72.

[777] *Ibidem,* p. 81.

[778] *Ibidem*, p. 19.

[779] *Ibidem,* p. 105.

[780] *Ibidem,* p. 12; véase, también, p. 5.

pueblo. Pero no hay que olvidar que el parlamento es el lugar donde las normas eran creadas en el Estado burgués; en consecuencia, la crisis del parlamentarismo es al mismo tiempo la crisis del normativismo.[781] Finalmente, si el parlamento ya no era el espacio de las discusiones y consensos, habría que preguntarse si eran necesarios los partidos políticos.[782]

Para Schmitt, además de la opereta que suponen las actuaciones del parlamento y los partidos políticos, estas instituciones políticas conducen a la disolución social porque obstaculizan la homogeneización del pensamiento del pueblo al fomentar los desacuerdos. Por tal motivo, para el jurista de Plettenberg, la existencia del parlamento y los partidos políticos es perniciosa. En realidad, lo que es necesario es una refundación de las instituciones estatales con el objeto de que éstas contribuyan a homogeneizar el pensamiento de la población, así como a disminuir las diferencias culturales y materiales de sus miembros constitutivos. En el pensamiento schmittiano, el jefe de Estado sería la figura clave, porque él podría conocer de una forma más adecuada el querer y sentir de su pueblo. El jurista alemán adopta algunos elementos de la teoría del Estado como integración de Rudolf Smend.[783] La integración u homogeneidad social podría ser alcanzada mediante ciertas técnicas sociales, como las marchas o procesiones, el uso de símbolos y los procesos institucionales electorales. Schmitt reduce la heterogeneidad social a dos grupos básicos: los amigos y enemigos. Esta distinción es el núcleo en torno al cual gira la vida política. A partir de esta distinción, Schmitt asegura que es necesaria la exclusión de un sector de la población a favor del aglutinamiento de la mayoría, e inclusive que dicha exclusión sería inevitable.[784] En caso contrario, existiría el riesgo de la desintegración absoluta del tejido social. Para defender su punto de vista, Schmitt propone los siguientes ejemplos de carácter histórico:

> ...hay que decir que una democracia puede excluir —dado que a la igualdad también pertenece siempre una desigualdad— a una parte de la población dominada por el Estado sin dejar, por ello, de ser una democracia… Ni en la *polis* democrática ateniense ni en el Imperio inglés han tenido los mismos derechos políticos todos los que habitaban en el territorio del Estado. De los más de 400 millones de habitantes del Imperio británico más de 300 millones no son ciudadanos ingleses. Cuando se habla de la democracia inglesa, del derecho al voto y del sufragio "universal" e igualdad "universal", esos cientos de millones

781 *Ibidem,* p. 14.

782 *Ibidem,* p. 16.

783 Caracciolo, Antonio, *op. cit.*, pp. XII, XX y XXI.

784 *Ibidem,* p. 25.

> son ignorados en la democracia inglesa con tanta naturalidad como los esclavos en la democracia ateniense.[785]

Schmitt considera la idea de la igualdad social, que muy frecuentemente acompaña a las ideas democráticas, un concepto extraído del liberalismo económico[786] y una ilusión, más que una realidad palpable. En otras palabras, en el seno de la democracia de masas contemporáneas existe cierta tensión caracterizada por la contradicción entre una pretendida igualdad conceptual entre todos los seres humanos y su diferencial real o material: "con la igualdad universal de todos los hombres no puede ser solucionado el problema de la igualdad y homogeneidad sustanciales que necesita una democracia".[787] Schmitt no quiere renunciar al ideal de la homogeneidad social, ya que la grandeza de una nación y un Estado depende de que todas las fuerzas sociales discurran hacia una misma dirección. Más bien, la igualdad entre los seres humanos no puede ser alcanzada por los mecanismos tradicionales del Estado liberal y burgués. Pero gracias a los mecanismos que el jurista de Plettenberg toma prestados del pensamiento de Rudolf Smend, sí es posible lograr tal objetivo.[788]

### 3. *La defensa del parlamentarismo por parte de Hans Kelsen*

Las críticas que Schmitt realizó a la democracia en general y al parlamentarismo en particular fueron certeras. Sin embargo, para Kelsen las razones esgrimidas por el jurista de Plettenberg no eran insuficientes para concluir que ambas instituciones debían ser demolidas. El líder de la Escuela Jurídica de Viena se convirtió en un defensor crítico de la democracia y, sobre todo, del parlamentarismo.[789] La vehemencia del profesor austriaco

[785] *Ibidem,* pp. 25 y 26.

[786] *Ibidem,* p. 31.

[787] *Ibidem,* p. 35.

[788] *Ibidem,* pp. 105-153.

[789] Llama la atención que algunos aspectos de la obra de Kelsen como pensador político coincidan con las tesis centrales de algunos pensadores contemporáneos cuyo trabajo se ha centrado en la defensa del parlamentarismo frente a la excesiva confianza hacia la justicia constitucional. Véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, "Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos", en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos,* trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. XIII-XLIII; Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional,* Madrid, Marcial Pons, prólogo de Manuel Atienza Rodríguez, 2019, pp. 120-132.

por defender el parlamentarismo se debe a que él comprendió que la crisis del parlamentarismo ponía en riesgo la libertad del individuo. Las tesis principales que el jurista vienés desarrolló en torno a esta institución encuentran su origen en la década de los veinte con la publicación de un ensayo titulado *Esencia y valor de la democracia,* que alcanzó dos ediciones. En él afirma de manera terminante que "La lucha por el parlamentarismo [es] la lucha por la libertad política",[790] ya que "la idea de la libertad es y será el centro eterno y fundamental de toda especulación política".[791]

En razón de lo anterior, *Esencia y valor de la democracia* comienza con el análisis de la libertad del hombre. El jurista austriaco precisa que la libertad no debe entenderse como la autodeterminación natural del ser humano, quien, en principio, cuenta tan sólo con su propio ingenio y fuerza para sobrevivir; la libertad es, más bien, una libertad social: "Desde el punto de vista de la naturaleza, y en sentido primitivo, libertad significa la negación de las leyes sociales, y desde el punto de vista de la Sociedad, la negación de las leyes naturales".[792] Sin embargo, ¿en qué consiste esa libertad social?, ¿cómo puede ser materializada?

Para dar respuesta a las interrogantes anteriores, el profesor vienés se aproximó críticamente al trabajo del filósofo Jean Jacques Rousseau.[793] La libertad social consiste en la posibilidad de poder participar en la promulgación de las normas, así como en la oportunidad de realizar un proyecto de vida personal gracias a su existencia. Sin embargo, la promulgación de las normas no es una tarea sencilla, porque implica una paradoja: por una parte, el deseo de preservar la libertad sin dejar de pertenecer a la comunidad política y, por la otra, someterse al yugo del imperio de la ley.[794] En ese sentido, explica: "Si la Sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres, y, por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos".[795]

Es evidente que el ser humano en las sociedades modernas no podría participar directamente en la creación de las normas; es por ello por lo que el hombre requiere de un representante: el parlamentario. Kelsen, a diferencia de Rousseau, rechaza la existencia de una voluntad general reflejada en las

[790] Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.,* p. 51.
[791] *Ibidem,* p. 52.
[792] *Ibidem,* p. 17.
[793] Baumert, Renaud, *op. cit.,* pp. 2-4.
[794] Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.,* pp. 15 y 16.
[795] *Ibidem,* p. 16.

normas;[796] para el erudito austriaco el ser humano acepta las normas porque ha participado en su creación. Además, refuta la existencia de una voluntad popular, porque al tratarse de una idea metafísica podría contribuir a encubrir una infinidad de ideologías cuyo objeto sería acabar con las minorías disidentes. Kelsen explica que la voluntad general se sitúa por encima de la individual y que, por tal motivo, en la obra de Rousseau no existe lugar para las minorías; él quería acabar con la aristocracia del Viejo Régimen. Sin embargo, concluido el tiempo revolucionario, el pensamiento rousseauniano podría servir como punto de partida para la exclusión de las minorías.

Kelsen concuerda con Schmitt en que el parlamento se había convertido en una mera farsa, en una simulación para legitimar ciertos intereses que eran salvaguardados por los parlamentarios gracias a que gozaban de cierta inmunidad (impunidad) constitucional. Al respecto, por ejemplo, el jurista vienés precisa: "Si el parlamentarismo durante el largo tiempo de su existencia no sólo no ha sabido merecer las simpatías de las grandes masas, sino todavía menos de los intelectuales, no ha sido ello ajeno al abuso del anacrónico privilegio de inmunidad".[797]

Así pues, para asegurar la participación real del individuo en la confección de las normas era necesario realizar algunas reformas al parlamentarismo. En ese sentido, las principales modificaciones que Kelsen propone son asegurar la participación de las minorías a través de la tensión dialéctica entre la regla de la mayoría y el principio de la minoría, la introducción del referendo, la iniciativa popular y la supresión de la inmunidad parlamentaria.[798] La base del parlamento es el diálogo entre diferentes grupos sociales, por lo que deben existir cuando menos dos asociaciones humanas en pugna.[799] Más adelante, añade: "el sentido del principio de la mayoría no consiste en que triunfe la voluntad del mayor número, sino en aceptar la idea de que bajo la acción de este principio, los individuos integrantes de la comunidad social se dividen en dos grupos fundamentales".[800] La existencia del principio de la mayoría y, en consecuencia, el de la minoría trae como consecuencia, en efecto, el nacimiento de dos grupos básicos adversos que luchan por el poder y, con ello, contribuyen a reducir las innumerables tendencias de disgregación social al crear una contraposición cardinal.[801] Para Kelsen, "la voluntad colectiva creada con arreglo al llamado principio de la mayoría no constituye

[796] Baumert, Renaud, *op. cit.,* pp. 6 y 7.
[797] Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.,* p. 69.
[798] *Ibidem,* pp. 65-72.
[799] *Ibidem,* p. 83.
[800] *Ibidem,* p. 86.
[801] *Idem.*

una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino un resultado de las influencias recíprocas de ambos grupos, como consecuencia del choque de sus intenciones políticas".[802]

Por lo que respecta al referendo, esta institución jurídica consiste en someter a la aprobación del electorado ciertas iniciativas de ley elaboradas por el parlamento en áreas jurídicas específicas. La iniciativa popular, por su parte, es la facultad de los ciudadanos para proponer un texto que eventualmente podría convertirse en una norma. La inmunidad parlamentaria, finalmente, es una institución jurídica creada para proteger a los parlamentarios del monarca, y Kelsen considera que esta figura jurídica debe ser suprimida porque los regímenes monárquicos habían prácticamente desaparecido de toda Europa central y dicha institución había perdido su razón de ser.[803] En síntesis, el líder de la Escuela Jurídica de Viena reconoce que aunque la representación parlamentaria es una abstracción que ha limitado la participación real de los individuos en la configuración de las normas, se trata de una de las aportaciones más significativas para la filosofía política y moral porque ha "mantenido en un nivel sensato el movimiento político de los siglos XIX y XX".[804]

Las aportaciones de Kelsen en torno al parlamentarismo pueden ser el objeto de críticas. En primer lugar, para que esta institución funcione se requiere un nivel de bienestar mínimo en toda la sociedad; en caso contrario, las propuestas de los parlamentarios no podrán materializarse y, con ello, el electorado quitará su confianza de dicha institución, como sucedió en la República de Weimar y Austria. En segundo lugar, el parlamentarismo kelseniano presupone la existencia de un ser humano altamente racional que sea capaz de adoptar acuerdos con base en el diálogo.

Finalmente, el concepto que Kelsen dibujó respecto de la minoría parlamentaria parece bastante pálido. En principio, el jurista austriaco considera a una minoría tan sólo con base en su constitución numérica. Sin embargo, no todas las minorías son grupos vulnerables, como no todas las mayorías son grupos poderosos; piénsese, por ejemplo, en los patrones que, siendo una minoría, son mucho más fuertes en términos económicos y políticos que la mayoría de los trabajadores. Lo mismo sucede con las mujeres que, aun siendo una mayoría numérica, son consideradas como una minoría debido a las vulneraciones multidimensionales a sus derechos de las que son víctimas. La concepción de Kelsen respecto de la minoría, tal y como se puede apreciar,

[802] *Ibidem,* p. 87.
[803] *Ibidem,* p. 68.
[804] *Ibidem,* pp. 54 y 55.

resulta bastante limitada, aun desde la óptica de su propio tiempo, porque brinda una imagen poco satisfactoria de la forma en que participan de manera real en la sociedad ciertos grupos humanos.[805]

La aportación de Kelsen en torno al proceso por medio del cual se crean las normas en sede parlamentaria es bastante pobre. La promulgación de una norma es el resultado de un intercambio de ideas desde diferentes puntos de vista,[806] y este proceso dialógico debe entrañar cierta racionalidad, de la que no se ocupa el pensador austriaco. El jurista vienés no ofrece un modelo que permita regular el proceso dialógico o argumentativo en sede parlamentaria. Este punto es importante, ya que si la conformación de las normas fuera irracional, entonces el propio sistema normativo también lo sería,[807] lo que terminaría afectando la fundamentación neokantiana de la teoría pura del derecho.[808]

### 4. *La crítica de Kelsen al concepto de homogeneidad social*

Durante la década de los veinte, el líder de la Escuela Jurídica de Viena realizó una crítica profunda al concepto de "homogeneidad social", en cualquiera de sus manifestaciones, tal es el caso de los conceptos "integración", "voluntad general", "espíritu del pueblo", "alma del pueblo", etcétera. Para desarrollar sus ideas en contra de tales conceptos, adoptó algunas categorías de análisis del psicoanálisis de Sigmund Freud, cuya obra conoció durante sus años de juventud como estudiante de grado en la Facultad de Ciencia Jurídica de la Universidad de Viena. Entre sus trabajos más importantes en este respecto se encuentran sus ensayos *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud),* así como *Dios y Estado.* En ambas obras, Kelsen desarrolla sus críticas y pensamientos a partir de la llamada psicología de masas, cuyo fundador fue Gustavo Le Bon.[809]

---

[805] Al respecto, véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política,* México, Fontamara, 1997, pp. 30 y 31.

[806] *Cfr.* Bremer, Juan José, "La justicia", en Stammler, Rudolf, *La teoría crítica del derecho,* trad. de Juan José Bremer, México, Ediciones Coyoacán, 2011, pp. 31-33. Véase, también, Recaséns Siches, Luis, "El neocriticismo formalista de Rodolfo Stammler", en Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas…, cit.*, pp. 51-76.

[807] *Cfr.* Bremer, Juan José, "Repertorio conceptual", en Bremer, Juan José, *op. cit.,* pp. 13 y 17.

[808] Bremer, Juan José, "Genealogía filosófica", en Bremer, Juan José, *op. cit.,* p. 9.

[809] Le Bon, Gustavo, *Psicología de las multitudes,* trad. de J.M. Navarro de Palencia, México, Editorial Divulgación, 1975, 149 pp.

Kelsen centró su atención en la psicología de masas porque los diferentes actores políticos empleaban el concepto de "voluntad", "espíritu" o "alma" del pueblo para manipular a la población, así como para justificar sus actuaciones. Sobre el particular, el líder de la Escuela Jurídica de Viena manifiesta su preocupación del modo siguiente:

> En la medida en que este concepto sólo expresa cierta comunidad de conciencia, es inofensivo. Permanece no obstante la tendencia evidente de afirmar este "espíritu del pueblo" como una realidad psíquica, distinta a las almas individuales, por lo que el concepto de espíritu del pueblo adquiere el carácter metafísico inherente al espíritu objetivo según Hegel.[810]

En *El concepto de Estado y la psicología social*, el principal objeto de estudio del líder de la Escuela Jurídica de Viena no es el Estado, sino el concepto de "alma colectiva" o "espíritu del pueblo". El fundador de la teoría pura del derecho explica que, frente a ciertas actuaciones sociales, como la toma violenta de un órgano del Estado por una muchedumbre, algunos autores han llegado a la conclusión de que, bajo ciertas circunstancias, los actos individuales de los seres humanos se unen en un todo supraindividual,[811] se cree poder observar una especie de interacción psíquica que consiste en que el alma de un hombre actúa sobre el alma de otro y que de ella recibe efectos a su vez.[812]

La reconstrucción de los argumentos del erudito vienés en contra del concepto de "alma colectiva", y sus expresiones sinónimas, deviene una tarea complicada debido a la exposición abigarrada de sus consideraciones. Sin embargo, una lectura meticulosa del texto permite identificar y dividir los argumentos en dos grupos; el primero corresponde a las ideas que son propias del autor, mientras que el segundo proviene del marco conceptual del psicoanálisis de Sigmund Freud. Las ideas propias de Kelsen en contra del concepto de "alma colectiva" o "espíritu del pueblo" son las siguientes:

1) En el ámbito social, a toda acción asociativa corresponde una acción disociativa.[813]

---

[810] Kelsen, Hans, "El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría de las masas según Freud)", trad. de F. Lucce, en Correas, Oscar (coord.), *El otro…, cit.*, p. 381.

[811] *Ibidem*, p. 373.

[812] *Ibidem,* p. 374.

[813] *Ibidem,* p. 375. Esta idea ya se encuentra presente en obras anteriores. Por ejemplo, Kelsen, Hans, *Problemas capitales…, cit.*, p. 141. "El considerar al pueblo del Estado, según lo considera la psicología de los pueblos, como una comunidad espiritual fuente de una volun-

2) La interacción entre los seres humanos de ninguna manera prueba el lazo específico que convierte a una multitud en una unidad.[814]
3) La unidad social, esto es, del Estado, sólo puede darse desde el punto de vista normativo.[815]

Respecto de 1) y 2), expone las siguientes ideas. Para empezar, no puede existir un "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" porque en el seno de una comunidad humana no todos participan en la vida pública, tal es el caso de los locos, los niños, las personas que duermen, los que les falta la conciencia de esta pertenencia o los que simplemente no se interesan por la vida política.[816] Por si lo anterior fuera poco, no hay que olvidar que la sociedad se encuentra dividida en diferentes grupos antagónicos, como los patrones y trabajadores, razón por la cual: "es imposible afirmar que empresarios y obreros están divididos por oposición de conciencia de clase y al mismo tiempo ligados por la comunidad de conciencia de Estado".[817] Por lo que respecta a 3), la unidad de la sociedad sólo puede estar determinada por las normas porque éstas definen quiénes pertenecen a un Estado y quiénes no.

Las ideas que Kelsen emplea en contra de los conceptos de "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" que provienen del psicoanálisis son las siguientes:

1)" La unidad presupuesta del Estado posee un carácter abiertamente extra-psicológico.[818]
2)" Es erróneo hablar de un "lazo" entre los hombres porque este "lazo", que es reconocido como sociedad, opera enteramente en el individuo.[819]
3)" El problema de la "masa", "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" es, por lo tanto, el problema de la unidad social o "lazo" social.[820]

---

tad colectiva, no pasa de ser una burda ficción. Es precisamente desde el punto de vista de la psicología de los pueblos como se revela que el pueblo de un Estado no se presenta, en modo alguno, como tal unidad, sino que aparece socialmente escindido en numerosas comunidades espirituales". Otro ejemplo se encuentra en Kelsen, Hans, *Esencia…, cit.*, p. 30.

814 *Idem.*

815 *Ibidem,* p. 376.

816 *Idem.*

817 *Ibidem,* p. 377.

818 *Ibidem,* p. 384.

819 *Ibidem,* pp. 379, 387 y 388.

820 *Ibidem,* p. 385.

4)" Si los seres humanos actúan en masa se debe a que algo liga su individualidad.[821]
5)" Para que la masa conserve su consistencia es necesaria una fuerza; esta fuerza es Eros.[822]
6)" El fenómeno anterior se encuentra relacionado a ciertas heridas del Yo.[823]
7)" Una masa es psicológicamente imposible sin un conductor.[824]
8)" La masa es primitiva, agresiva; la masa es, en suma, la resurrección de la horda primitiva.[825]

Por lo que respecta a los argumentos 1)" y 2)", tal y como se explicó en líneas superiores, Kelsen rechaza la existencia de un querer o sentir común; el jurista, al igual que Freud, considera que el ser humano no pierde su individualidad aun cuando forme parte de una masa; en consecuencia, el concepto de "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social" no puede ser estudiado desde el punto de vista de la psicología, sino de la ideología política (de ahí que Kelsen considere dicho concepto extra-psicológico). Sobre el particular, explica: "Freud no cae de ninguna manera en el error de esa hipótesis. *Con gran perspicacia niega desde el principio de sus investigaciones la oposición entre psicología-individual y psicología-social,* y aclara que la oposición entre actos psíquicos y sociales… pertenece «absolutamente al terreno de la psicología individual»".[826] Esta tesis, como se puede apreciar, es compartida por el profesor austriaco.

Sobre 3)", el líder de la Escuela Jurídica de Viena observó que la psicología social da por presupuesta la existencia de un "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social", pero no se pregunta si este fenómeno es real o no.[827] Freud, sin embargo, sí formula esta pregunta, "y es precisamente por esta pregunta que Freud no solamente rasga el velo de la hipóstasis «alma colectiva», sino que erige sobre todo el problema de la unidad social, del lazo social";[828] Kelsen rechaza la existencia del "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social", aunque reconoce que los individuos actúan como una masa o muchedumbre

[821] *Ibidem,* p. 388.
[822] *Ibidem,* p. 389.
[823] *Ibidem,* p. 390.
[824] *Ibidem,* p. 391.
[825] *Idem*.
[826] *Ibidem,* p. 387 (énfasis en el original); también, p. 388.
[827] *Ibidem,* p. 388.
[828] *Idem.*

bajo ciertas circunstancias. La cuestión consiste en determinar por qué actúa el individuo de esta manera y cómo se comporta.

La respuesta a las interrogantes anteriores se encuentra en 4)", 5)", 6)" y 7)". Con base en los conceptos de Freud, el líder de la Escuela Jurídica de Viena comienza su explicación afirmando que el individuo actúa en masa por identificación[829] con el otro, esto es, por amor (Eros).[830] En otras palabras, un individuo convierte a otro ser humano en objeto de su deseo, de su voluntad y demanda.[831] Sin embargo, aún sigue en pie una interrogante, ¿por qué el individuo convierte a otro en objeto de su deseo? La respuesta se encuentra en una lesión del Yo.[832] En efecto, por lo general, el narcisismo humano impide que una persona se someta al poder psíquico de otro. Esta restricción del narcisismo, una restricción del Yo, sólo puede darse cuando una persona se siente desvalida y cree obtener cierto beneficio al someterse a otro ser humano.

Cuando el ser humano se une a otros en una muchedumbre, ésta no actúa por sí misma, no tiene una autoconsciencia, sino que requiere un líder, alguien que la conduzca. El profesor vienés proporciona dos ejemplos: el primero es el del dirigente revolucionario que llama a destruir el palacio de gobierno;[833] el segundo, el líder que despierta el entusiasmo patriótico entre las personas.[834] En ambos casos se puede apreciar que la masa no actúa de acuerdo con los resortes de una misteriosa "alma colectiva", "espíritu del pueblo", "integración" u "homogeneidad social", sino como consecuencia del llamado de otro personaje: el líder.[835] Por último, lo que revelan ambos ejemplos, además, es que la masa resulta una entidad inferior al individuo,[836]

---

[829] En el psicoanálisis, la identificación es un mecanismo de defensa del Yo a través del cual un individuo absorbe una o varias características de la personalidad de otro por considerarlo como una especie de modelo o ejemplo a seguir.

[830] No debe entenderse el concepto como amor erótico o amor sexual, sino como proyección de un deseo que se cree no puede ser realizado a través de otro individuo. De acuerdo con la doctrina de Sigmund Freud, existen dos fuerzas universales que animan la conducta del ser humano; por una parte se encuentra Eros, por la otra, Tánatos. La primera es una fuerza creadora; la segunda, una destructora.

[831] Kelsen, Hans, "El concepto de Estado y la psicología social…", *cit.*, p. 384.

[832] *Ibidem,* pp. 390 y 391. La estructura psicodinámica propuesta por Sigmund Freud se integra por tres elementos, el ello, el yo y el superyó. El *ello* corresponde a los impulsos o apetencias, en sentido amplio, del ser humano; el *yo* hace referencia a la autoconsciencia, y el *superyó*, a la gama de directrices morales que el hombre interioriza. El *yo* es el factor de equilibrio entre las otras dos estructuras que, usualmente, se encuentran en pugna.

[833] *Ibidem,* p. 382.

[834] *Idem.*

[835] *Ibidem,* p. 393.

[836] *Ibidem,* pp. 380 y 386.

en la medida en que conduce al desbordamiento de las pasiones más salvajes del ser humano.[837]

El jurista vienés continuaría con sus reflexiones en *Dios y Estado*, el cual se encuentra dividido en dos partes, de las cuales sólo la primera será objeto de nuestro interés, porque en ella se aprecia con mayor claridad la impronta del psicoanálisis en el pensamiento de Kelsen y porque pueden encontrarse una serie de interesantes ideas que matizan o complementan el ensayo anterior. Una de las características principales de este documento consiste en que su autor es mucho más meticuloso y claro al exponer sus ideas en comparación con lo que podemos leer en *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría de las masas según Freud),* el cual, dado su estilo expositivo, podría parecer un ensayo preliminar.

El profesor austriaco comienza su exposición explicando que al interior de la masa se pueden identificar dos fenómenos sociales: el primero consiste en la identificación de los individuos entre sí, mientras que el segundo, en la identificación entre éstos y el líder.[838] Esto constituye una innovación respecto de *El concepto de Estado y la psicología social.* Kelsen considera, de acuerdo con Freud, que la sumisión del grupo al caudillo constituye en una especie de regresión psicológica por medio de la cual el niño se somete de nuevo a la autoridad del padre.[839] Dicho fenómeno, sin embargo, no es exclusivo del mundo contemporáneo. Por el contrario, ya se encuentra presente en otras construcciones sociales, como las religiones, en las que a través del concepto de Dios, "la divinidad de todas las religiones, y no solamente las más primitivas, es venerada bajo el nombre de padre; así se explica también que los soberanos de todos los tiempos hayan reivindicado ante sus súbditos este mismo nombre".[840]

El líder de la Escuela Jurídica de Viena añade: "Es precisamente esta relación de amor hacia el padre la que nos permite comprender cómo puede ser placentera una sumisión que sólo puede cumplirse en detrimento de

---

[837] *Ibidem,* pp. 391 y 392.

[838] Kelsen, Hans, "Dios y Estado", trad. de Jean Hennequin, en Correas, Oscar (coord.), *El otro…, cit.,* pp. 265 y 266.

[839] *Ibidem,* p. 270.

[840] *Ibidem,* p. 271. Kelsen considera la sumisión a Dios como una característica del pensamiento primitivo porque Dios representa al mismo tiempo el valor más elevado, así como el origen de la cadena de validez de las normas naturales y humanas. *Ibidem,* p. 268. "El primitivo no establece en su divinidad distinción alguna entre un aspecto ético-normativo y un aspecto natural-causal, pues la necesidad de justificación y la explicación son para él una y la misma cosa… En esto consiste, precisamente, la visión antropomorfa del mundo propia del mito: el comportamiento de toda cosa es interpretado como si fuera comportamiento humano… todas las cosas son interpretadas como seres antropomorfos, es decir, dotados de alma".

la autosuficiencia".[841] En efecto, un comportamiento sorprendente del ser humano que pudo observarse con especial claridad durante la República de Austria, y en particular durante la República de Weimar, fue que el hombre rechazó con vehemencia su libertad para someterse al yugo de diferentes regímenes autocráticos.

Kelsen explica que la sumisión de los individuos a la autoridad del líder encubre el deseo de someter a los demás. En otras palabras, la sumisión es también voluntad de poder; el ser humano se somete para poder someter a los otros. En este punto, el jurista retorna al ejemplo de la religión: el autor explica que a lo largo de la historia ningún creyente se ha conformado con la sumisión a su Dios, sino que a través de su religión ha querido someter a los demás a través de las guerras, como las cruzadas, por ejemplo.[842] En *Dios y Estado,* en suma, logra comprender el motivo esencial por el que un ser humano se complace con someterse a la voluntad de otro: "uno se somete a la autoridad del grupo para que los otros también queden sometidos por igual a ella; estos otros, precisamente, los que no quiero tener arriba de mí, sino que, cuando mucho, tolero a mi lado, como iguales a mí, y que, ya que no puedo dominarlos directamente, domino indirectamente".[843] Tras la máscara de la nación o Estado, el hombre puede dar rienda suelta a sus instintos.[844]

[841] *Ibidem,* p. 271.
[842] *Idem.*
[843] *Ibidem,* p. 272.
[844] *Idem.*