

KELSEN EN PARÍS: UNA RONDA EN TORNO AL «MODELO CONCENTRADO»

Por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE*

SUMARIO

1. UN VIAJE OLVIDADO.—2. EL ENCUENTRO DE VIENA EN 1928.—3. LA PONENCIA DE 1928 Y SU VERSIÓN FRANCESA.—4. EN EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO DE PARÍS.—5. LOS TEMAS EN CUESTIÓN.—6. EL DEBATE EN EL INSTITUTO.—7. LO QUE QUEDÓ DEL DEBATE Y ALGO MÁS.—8. UNA VICTORIA A LARGO PLAZO.

A Diego Valadés, con toda amistad

1. UN VIAJE OLVIDADO

La literatura de y sobre Kelsen, como bien sabemos, es inmensa. A tal extremo que ha sido necesario distribuirla en sectores o áreas que permitan una mejor ubicación y sobre todo un adecuado manejo de esta sorprendente producción intelectual. Principalmente en el campo del Derecho Público (tanto en el Derecho Constitucional como en la llamada «jurisdicción constitucional»), Derecho Internacional en sus diversas facetas, incluyendo el apartado sobre las Naciones Unidas; escritos de filosofía política, sociología jurídica, teoría del Derecho, entre otros más, debiendo destacarse por su importancia, los dedicados a elaborar, reelaborar y difundir su célebre «Teoría Pura del Derecho». Incluso en los últimos tiempos se ha comprobado que Kelsen, amante de la literatura en su juventud, cultivó la poesía, cuyos frutos probablemente no son muy originales, pero no por ello dejan de ser interesantes.

Esto en cuanto se refiere a la actividad académica de Kelsen y sobre la que existe bastante información. Se sabe de los problemas que tuvo con

* Profesor Principal (Catedrático) de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

discípulos e incluso con adversarios, de las polémicas que mantuvo con algunos de sus contemporáneos e incluso de sus disgustos ocasionados a raíz de una visita suya a la Argentina en 1949. Y también de su accidentado periplo universitario que inicia en 1930 y que terminará llevándolo a otro continente. Pero salvo esto, de la actividad humana, personal propiamente dicha de Kelsen, se conoce poco. Y es así porque Kelsen fue cordial pero respetuoso de los fueros ajenos y del suyo propio, al que no dio demasiada importancia ni menos aun publicidad. Era considerado pero sin exageraciones y tenía un marcado sentido de la reserva en sus propios asuntos. Sabía distinguir muy bien el lado humano del lado académico y no dejaba que ambos se mezclasen. Y que explica en parte que sobre la vida misma de Kelsen se sepa muy poco, porque quizá él mismo sin querer así se lo propuso.

No obstante esto, tenemos dos importantes recuentos biográficos sobre Kelsen. El primero es el llevado a cabo por un discípulo suyo, Rudolf A. Métall, que viajó por todo el mundo y que propiamente no era un académico sino un profesional y un técnico con inquietudes, como lo demuestra el hecho que acabara sus días nacionalizado brasileño y trabajando en ese país, si bien murió en Suiza en 1973. Su libro *Hans Kelsen, vida y doctrina*, fue traducido al castellano hace un tiempo por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México 1975) si bien no incorpora la bibliografía kelseniana que sí incluía la original edición alemana (que probablemente no se tradujo por no considerarse estrictamente necesaria). Y la segunda biografía, o mejor autobiografía, la debemos al propio Kelsen que escribió dos breves trazos autobiográficos, el primero en 1927 y el segundo en 1947, en donde aporta gran cantidad de datos y que habiendo permanecido inéditas durante mucho tiempo —pese a que eran conocidas por los allegados a Kelsen— se han publicado recientemente en Austria en su idioma original y en un solo volumen. Y acaban de ser vertidas al italiano con amplísimos comentarios de Mario G. Losano y que son de enorme interés (cf. Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di Mario G. Losano, Ed. Diabasis, Regio Emilia 2008).

Estos son, para efectos prácticos, los únicos referentes biográficos que tenemos sobre Kelsen en sentido estricto, al margen de referencias ocasionales que puedan darse en otros contextos (un gran panorama, con abundante información, cf. Francisco Sosa Wagner *Maestros alemanes del Derecho Público*, Marcial Pons ed.; 2 ts., Madrid 2004).

Pues bien, ninguno de ellos da cuenta exacta de lo que es el propósito de estas líneas: la presencia de Kelsen en París a fines de la década del veinte del siglo pasado. No se trata de un descubrimiento ni de algo ignorado. Tampoco reservado o secreto, sino simplemente olvidado y no trabajado por los «kelsenólogos». Lo que intento en esta oportunidad es res-

catarlo, recordar lo que pasó entonces y su relación con el tema que nos interesa, esto es, el de Kelsen y su planteo teórico sobre la jurisdicción constitucional en uno de sus modelos que sigue siendo clásico: el concentrado, aun cuando el tiempo transcurrido haya afinado, precisado o replanteado algunas de sus aristas y entornos teóricos. Y se presente hoy algo distinto de lo que fue en aquel momento.

2. EL ENCUENTRO DE VIENA EN 1928

Lo primero que hay que tener presente es que Kelsen tiene un indudable parentesco y además una relación estrecha con la transición constitucional austriaca que ocurre en el período 1918-1920. Es cierto que había nacido en Praga, luego capital de un nuevo país que se llamó Checoslovaquia, pero Kelsen nunca se integró a la cultura checa, no hablaba su idioma y para todos los efectos fue un austriaco política y culturalmente hablando. Estaba además adscrito a los asesores de la alta dirección del Estado, que contemplaban impotentes el derrumbe del Imperio Austro-húngaro del que eran súbditos. Y que frente a este hecho inevitable estaban buscando formulas políticas que llenasen el vacío que este suceso ocasionaría. De hecho, la caída del Imperio fue casi anunciada. Y en eso poco se podía hacer, pues los Aliados reunidos en París, no tuvieron la menor intención de mantenerlo al haber perdido su importancia política en la Europa central. El problema de Kelsen y de su entorno era más bien otro: cómo hacían con la nueva nación, qué organización darle, si era o no autónoma o si por el contrario se uniría a su vecina Alemania (que era la aspiración de muchos, lo que está confirmado por un hecho muy posterior: la anexión de Austria a Alemania en 1938, por un golpe de mano de Hitler que se hizo pacíficamente y sin disparar un tiro). En fin, los problemas eran varios y a todos ellos Kelsen prestó su valioso concurso. Se ha querido ver durante décadas que Kelsen fue el padre de la Constitución austriaca y también el padre del modelo concentrado de control constitucional, tal como se reflejó en el Tribunal Constitucional austriaco, pergeñado entre 1918 y 1919 y copiado con rapidez por la clase política checoslovaca que lo llevó prontamente y con anterioridad a nivel constitucional, pero que no tuvo ni la influencia ni la fuerza del austriaco. Todo esto, es decir, esta paternidad exclusiva atribuida a Kelsen es sin lugar a dudas una exageración de Escuela, ya que todo lo que a Kelsen se atribuye es en realidad obra de un equipo que lideraba el canciller Karl Renner, en donde las ideas y los proyectos de Kelsen fueron tomados muy en cuenta, pero que no fueron las únicas. Es decir, Kelsen prestó su indudable concurso y se encontraba en el justo lugar y en el momento preciso, pero no fue el único, aun cuando su presencia fue importante y en cierto sentido decisiva.

Lo que pasa con Kelsen es que a diferencia de otros, era un jurista acreditado, había escrito mucho sobre temas constitucionales austriacos —gran parte de ellos sin traducir— y tenía una activa carrera docente y un numeroso discipulado, a lo que hay que añadir una obra sólida y contundente que creció con los años y que se difundió ampliamente. Kelsen era además profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, de la que fue Decano. A mayor abundamiento, fue luego magistrado del Tribunal Constitucional austriaco en donde tuvo un importante desempeño (1921-1930) y él mismo fue un gran difusor de sus propias tesis. De hecho, el aparato propagandístico que el propio Kelsen armó para defender sus teorías, era sin lugar a dudas sorprendente.

Sin embargo, lo realmente importante y fundacional de Kelsen, que es prácticamente suyo y de nadie más, es la fundamentación del modelo concentrado, al que llega solamente después de arduos estudios y tras la publicación de su «Teoría general del Estado» (1925) así como del ejercicio de la alta magistratura.

Fruto de estas reflexiones fue la ponencia que Kelsen presenta en el Quinto Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público que se lleva a cabo en Viena, los días 23-24 de abril de 1928, dentro de un rubro de la agenda que tiene por título «Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal». En ese encuentro la tesis de Kelsen no tuvo mayor aceptación. Aún más, fue ahí mismo combatida por un importante jurista de la generación anterior, Triepel, como otros más lo harían por la misma época (Smend, Heller) y sin contar su posterior y en cierto sentido acida polémica con Schmitt sobre quién era o debía ser el guardián de la Constitución (el Tribunal Constitucional como quería Kelsen o el Presidente del Reich, como postulaba Schmitt).

En dicha ponencia Kelsen se extendió, en forma talentosa pero muy compendiada, sobre lo que era el control constitucional, sobre la jerarquía del ordenamiento jurídico, sobre los efectos del control y los órganos que debían llevarlo a cabo así como diversos planteos sobre los aspectos procesales, o mejor procedimentales, en las acciones o contenciosos que conocía y resolvía dicho Tribunal. Levantó además objeciones contra este tipo de control, sosteniendo la tesis de que el Tribunal Constitucional ejercía una suerte de legislación negativa, con lo cual no tropezaba con la muy enraizada tesis —en aquella época— de la soberanía parlamentaria. Agregando como acotación final que era prácticamente imposible que un parlamento fuese control de sí mismo, esto es, que derogase o dejase sin efecto normas aprobadas por el propio órgano legislativo, más aun si la norma cuestionada había sido aprobada por el órgano cuya composición humana era la misma (así por ejemplo, un parlamento elegido por cinco años, podía aprobar una ley en el primer año de su gestión, pero era casi imposi-

ble que en su propio período la derogase por inconstitucional, por razones políticas muy explicables). Finalmente, hizo un largo excursus sobre la necesidad de esta institución, sobre su sentido político y llamando la atención sobre la especial importancia que ella tenía en los países con estructura federal (como era el caso de Austria).

Salvando los detalles y desarrollos de la ponencia, lo cierto es que detrás de todo ello Kelsen aborda dos tesis que son claves: la primera es que la Constitución tiene un significado y un valor jurídico y que debe ser aplicada jurídicamente. La segunda es que debe existir un órgano ad-hoc, al margen de los clásicos poderes del Estado, que pueda ejercer precisamente la defensa jurídica de la Constitución contra los que intentan desconocerla. Y estos planteos respaldados en la concepción del Estado que por entonces Kelsen postulaba.

Ambas tesis eran radicalmente nuevas en la época y de manera especial en Europa, y por eso es que no tuvieron mayor impacto ni tampoco una rápida aceptación. De hecho, aparte de la misma Austria, la situación en Alemania no era muy halagüeña en aquel momento y el otro Tribunal Constitucional, el vecino checoslovaco, tuvo una vida accidentada y además con largos períodos de inactividad y solo llegó a emitir una sentencia. El tercer Tribunal que existió en el período de entreguerras, el español de 1931, solo logró instalarse en 1933 y colapsó al inicio de la guerra civil de 1936. Para efectos prácticos, la tesis de Kelsen no tenía referentes y tampoco mayor recepción en la doctrina. De hecho, podríamos decir que casi no trascendió.

Kelsen fue muy consciente de todo esto y por eso buscó difundir sus planteos más allá de su propio país y lejos de la comunidad germánica, que ya para entonces tenía demasiados problemas encima y además no lo comprendía. Y pensó en la universal cultura francesa, en donde Francia era el faro iluminador en todo el Occidente culto de la época. Ese, pues, era el centro a conquistar y por eso Kelsen pensó en publicar su texto en París.

3. LA PONENCIA DE 1928 Y SU VERSIÓN FRANCESA

La manera como Kelsen afrontó este reto que se impuso a sí mismo fue la siguiente: hacer traducir su ponencia al francés, «lingua franca» en aquel momento y que le serviría para ampliar su radio de influencia en otros mundos culturales a los cuales, sin lugar a dudas, estaría vinculado algún día. Y a los que no llegaban los ecos del mundo germánico. Es decir, tener presencia en el mundo culto pero pasando por París, meca obligada de la cultura de principios de siglo.

El texto de Kelsen en alemán no tiene título y está enmarcado dentro

de un punto general del programa del encuentro: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, es decir, «esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal» publicado tardíamente en el «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 5, Berlín und Leipzig 1929, pp. 30-88 con las demás ponencias presentadas al evento. El planteo que se postulaba era muy claro: jurisdicción estatal, que es lo que existía desde siempre, que era cómo decir el Derecho y sus problemas en relación con la actividad del Estado; o sea, cómo el Estado podía defenderse frente a situaciones que lo afectaban, más aun en el caso de Estados que no eran unitarios sino compuestos, como era la situación típica de Alemania y Austria. Pero desde el principio de su ponencia Kelsen quiso diferenciarse del temario del Encuentro y advirtió que en realidad lo determinante y lo básico de la jurisdicción estatal era la defensa de la Constitución y por tanto, jurisdicción estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) era equivalente a jurisdicción constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Así, pues, quedaron definidos los temas en una comunidad que todavía no los aceptaba pacíficamente. Y así lo expresó en las primeras líneas de su ponencia alemana. Y esto debería reflejarse en la versión que se publicaría en francés.

Y como consecuencia de lo anterior, era menester ponerle un título a su ponencia para presentarla al mundo francés y que reflejase su tesis central: «La garantía jurisdiccional de la Constitución». Pero hubo adicionalmente dos cambios: el primero es que luego y entre paréntesis se introdujo la palabra o mejor el concepto *la justice constitutionnelle*, es decir, la justicia constitucional, algo que no estaba dentro del pensamiento de Kelsen. Y además lo siguiente: una introducción explicativa, es decir, un proemio, luego un sumario detallado que hacía referencia al contenido seguido de un mejor ordenamiento y de una numeración de todos los párrafos. En consecuencia, si bien prácticamente iguales, la versión francesa resultaba más ventajosa que la alemana, como lo demuestra el hecho de que ella haya sido el referente obligado de los debates en torno a la tesis de Kelsen, y que haya servido para las numerosas traducciones que se han hecho. Adicionalmente, el mismo Kelsen la citaba de manera preferente y la avaló en forma expresa y reiterada.

Todo esto, es decir, la adecuación de la ponencia alemana para su traducción al francés fue enviada por Kelsen a su antiguo discípulo Charles Eisenmann, en París en aquel entonces, quien cumplió el encargo con admirable precisión, si bien se tomó algunas licencias, con el apoyo o en todo caso con la complacencia de Kelsen, que no solo no lo desautorizó, sino que respaldó el texto francés.

De las modificaciones que realizó Eisenmann al texto kelseniano y que su autor aceptó por ser de orden menor, la que más sorprende es que Kelsen haya autorizado, sin problema alguno, el uso de la expresión «justicia

constitucional» en el encabezamiento mismo de su trabajo. ¿A qué se debió esto...?

Eisenmann utiliza la voz «justicia constitucional» en el título de su traducción, consciente de que en Kelsen el concepto de «justicia» no es un término adecuado ni siquiera jurídico, sino meta-jurídico, al margen de la ciencia del Derecho, que Kelsen descarta como ideal del científico. Aun más, en Francia se usaba el concepto de «jurisdicción» y a lo largo del texto francés, los conceptos de «jurisdicción constitucional» y «justicia constitucional» se usan en forma indistinta, con una clara preferencia por el primero. Lo que se confirma con otro dato: en el mismo texto de la ponencia, Kelsen insiste y reitera que la labor del control constitucional no puede sustentarse en consideraciones de carácter especulativo o metafísico, como es la noción de «justicia», que no solo no es un término científico sino que varía de significado según el uso que se le quiera dar acorde con los autores y sus respectivas concepciones filosóficas. Es decir, no era un término utilizable en sentido riguroso. Entonces ¿Por qué se uso?

La impresión que tengo es que esto fue una concesión a las propias inclinaciones y entendimientos del traductor, como lo podemos ver en las definiciones y planteos de su tesis doctoral, que Eisenmann publica el año de 1928 y que prologa el mismo Kelsen. Más aun si se tiene en cuenta que el concepto «justicia constitucional» se introduce en Francia por vez primera gracias a Eisenmann, y por tanto era perfectamente legítimo darle un sentido definido y evitar confusiones. Por otro lado, el vocablo «justicia constitucional» estaba claramente delimitado cuando lo emplea conjuntamente con el de «jurisdicción constitucional» y en tal sentido se entiende que aquí el concepto de «justicia» es lo mismo que justicia humana o justicia positiva. O para decirlo en otros términos, justicia humana o justicia de los hombres que es algo diferente a la justicia divina (como acostumbraba distinguir el jusnaturalista Del Vecchio) o «justicia conforme a Derecho», tal como indica el título de unas lecciones profesadas por el pragmatista Roscoe Pound.

Pero conviene recordar que el concepto de «jurisdicción» estaba muy arraigado en el mundo y en la *praxis* jurisprudencial, sobre todo en la de origen romanista, con lo cual el término no causaba ningún problema. Además, si bien Kelsen era un buen conocedor del procedimiento o si se quiere de la práctica procesal —la tuvo que aprender como magistrado constitucional— no era hombre de conocimientos doctrinarios sobre teoría procesal, como de la lectura de sus textos se desprende, no obstante que el mundo alemán contaba entonces con un procesalismo científico que parte de Bülow (1868) continúa Wach (1885) y siguen otros más hasta llegar a James Goldschmidt, que propiamente escribe por la época en que Kelsen era magistrado y aun antes. Seguidos a poca distancia por los ju-

ristas italianos. Es decir, existía el procesalismo científico pero Kelsen no parece haberse percatado de esto o en su defecto, no haberlo estudiado adecuadamente, como se comprueba al ver que no entiende bien la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional ni en donde ubicarlo dentro del aparato del Estado. Y en el caso francés la cosa era peor. Se seguía en aquel país el viejo procedimentalismo y la ciencia procesal estaba atrasada notablemente. Vistas así las cosas, era normal que se usase la palabra «justicia» para denominar la actividad de los órganos jurisdiccionales, lo que se comprende con fórmulas muy francesas, tales como «Palacio de Justicia», «Administración de Justicia» y otras por el estilo. La «justicia», pues, era factura humana y no otra cosa y por tanto «justicia constitucional» se entendía muy bien, ya que además el mismo Eisenmann así lo explica en su tesis doctoral cuando la define como una labor de carácter jurisdiccional. Aun así el concepto de «justicia» no calzaba con el pensamiento kelseniano. En efecto, desde muy temprano el pensamiento de Kelsen se dedicó a sostener que la «justicia» era un valor metajurídico y que ella no entraba en el dominio de la ciencia ni tampoco era algo objetivo, sino que siempre reflejaba las emociones de quien así lo expresaba. Y este punto de vista agnóstico, frío, aséptico sobre la justicia lo mantuvo hasta el final de su vida, por más que escribió bastante sobre la justicia y le dedicó un volumen que publicó años después (cf. *What is justice?* University of California Press, Berkeley 1957; hay traducción española incompleta editada por Ariel).

A todo lo anterior, debe agregarse el dato curioso —ya mencionado— que lamentablemente se pierde en algunas traducciones: y es que a lo largo de todo el texto, se utiliza en forma indistinta las dos formulas: «justicia constitucional» y «jurisdicción constitucional» como equivalentes, con lo cual se comprende perfectamente que la licencia que aquí se tomó Eisenmann no tiene ninguna consecuencia, pues queda claro en todo el desarrollo de la ponencia y aun más de lo que el mismo Kelsen dice, que se está refiriendo siempre a una justicia positiva, la que existe aquí y ahora, y no al fruto de una concepción metafísica, que el propio Kelsen había desahuciado.

Salvado esto, la ponencia de Kelsen en francés se entiende perfectamente, y más bien es de lamentar que sea un texto muy ceñido y que solo se pueda captar plenamente si se cuenta con el respaldo teórico que el mismo Kelsen había expuesto en su gran obra *Allgemeine Staatslehre*, publicada en 1925 en Berlín y de la cual existe al parecer solo traducción castellana, publicada en 1934 por otro discípulo suyo, el español Luis Legaz y Lacambra, y que ha tenido varias reediciones. Por si no fuese suficiente, el propio Kelsen preparó una versión resumida (*aperçu*) de su Teoría del Estado que se publicó en francés y luego en otros idiomas (en

francés en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, oct-déc 1926, traducido igualmente por Eisenmann; y luego en castellano, en traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate en 1928 y 1934 con la editorial Bosch con el siguiente título: *Compendio de teoría general del Estado*, con varias reimpressiones). Esto confirma que Kelsen parte de una teoría del Estado a la que se remite expresamente; no necesitó la teoría del Proceso que no aparece mencionada por ninguna parte.

Pero volvamos a lo anterior. ¿Que pasó con la versión francesa que finalmente preparó Eisenmann con el apoyo y complacencia de Kelsen? Sirvió para dos objetivos y para dos publicaciones, como lo veremos a continuación.

4. EN EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO DE PARÍS

La versión francesa preparada por Eisenmann se publicó en 1928 en un número especial de la prestigiosa *Revue du Droit public et de la Science politique* conjuntamente con otras importantes colaboraciones que demuestran que existía ya una fuerte inquietud en el mundo jurídico francés sobre este tema. La que es seguida por la discusión en torno a ella que se da en el seno del recién fundado *Institut International de Droit Public* ese mismo año de 1928, pero publicada posteriormente. Lo importante a tener en cuenta es que si bien la ponencia alemana de Kelsen se presenta primeramente en Viena en abril de 1928, solo se publica en Berlín en 1929 y dentro de las memorias del encuentro vienés, es decir, un año después. Con lo cual queda claramente establecido que el conocimiento y la difusión de tal planteo ocurre primero desde Francia y en ese idioma. De hecho, el conocimiento que se tiene de ella, por lo menos en el mundo hispanohablante (y también en el francófilo), es desde la versión francesa. Ésta se publica en 1928 en la *Revue* y con el título siguiente: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)* año XXXV, tomo 45, 1928, pp. 197-257 y a partir del cual se hacen gran cantidad de separatas. Posteriormente, el texto en francés será objeto de un debate académico en París, en octubre de ese mismo año.

¿Cómo sucedió esto...? No se tienen mayores noticias pero cabe hacer ciertas especulaciones. En primer lugar, Eisenmann pese a su juventud, era un jurista muy vinculado con las grandes figuras del Derecho Público francés de aquella época y hacia traducciones de idiomas extranjeros al francés. Así, a él se debe la traducción francesa de la ponencia que se publica en la *Revue*... como ya hemos indicado y de otros textos más. Pero al mismo tiempo, Kelsen se preocupa, sea directamente o a través de Eisenmann, de pedir un espacio en la agenda del *Institut International de Droit Public*,

presidido en aquella época por Gaston Jèze, el famoso administrativista francés, que al mismo tiempo era director de la *Revue...* con lo cual la conexión queda plenamente explicada. El *Institut*, del cual Kelsen era miembro, había sido fundado en París en 1927 y albergaba en su seno a los principales juristas franceses y europeos, con pretensiones de trascender a otros continentes. Aparte de Gascón y Marín, administrativista español, se encontraba presente Alejandro Álvarez, internacionalista chileno. Poco después sería incorporado como miembro el constitucionalista argentino Juan A. González Calderón, con lo cual en aquel momento —fines de los años veinte— a nivel constitucional latinoamericano solo un argentino participaba en esa entidad, pero sin entender el planteo kelseniano (vid. Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, Edit. La-jouane, 3 t., Buenos Aires 1930-1931; en el tomo I, pp. 490-492, da cuenta de la presencia e informe de Kelsen en París).

A la sede de este Instituto fue Kelsen, seguramente a pedido suyo. Y para tales efectos utilizó la versión francesa que hizo Eisenmann y que estaba publicada o en vías de publicación en la *Revue...* El mismo texto de la ponencia se publicó, si bien un año después, en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* P.U.F., París 1929, pp. 52-143. Y en el mismo *Annuaire* se da cuenta de las sesiones de 20 y 22 de octubre de 1928 a los cuales Kelsen asistió. El primer día concurrió a dos sesiones; la primera en la mañana para ver asuntos de orden administrativo del Instituto (pp. 187-192) y en la tarde para discutir su ponencia (pp. 192-201). Eso fue un día sábado 20. El día lunes 22 participó en una sesión dedicada especialmente a una ponencia de Jèze sobre la significación jurídica de las libertades públicas y en la cual hizo dos intervenciones. En total, estuvo en París con toda seguridad cuatro días; es decir, el día que llegó que sería viernes, el sábado, el domingo y el lunes, retornando con seguridad esa noche o el día martes. No tengo noticias de donde se alojó Kelsen en aquella época en París, que era muy barato, pero debió haber sido en un hotel de pocas estrellas y muy central, pues Kelsen no solo no era aficionado a los lujos, sino fue toda su vida muy austero. Y tampoco sabemos como viajó de Viena a París, si en tren o en avión. Es difícil saber que opción tomó, pero teniendo en cuenta el carácter incipiente de la aviación comercial en esa época, es más que seguro que haya usado el tren, tan frecuente en esos días y aun en los nuestros, pero debe haber sido un viaje algo cansador, considerando que la distancia entre París y Viena es de unos 1.000 kilómetros, que bien podrían cubrirse en unas quince horas de viaje o más. El hecho concreto es que viajó a París por pocos días y debe haber estado de vuelta muy pronto, pues tenía un cargo oficial del cual no podía ausentarse mucho tiempo, más aun en un Tribunal como el austriaco que tenía cierto movimiento.

De las dos sesiones a las cuales asistió Kelsen en la sede del Instituto —ubicado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en la Sala de Fiestas (*Salle des Fêtes*)— solo tomaremos en cuenta la primera, o sea, la del sábado 20 en la tarde, en donde se discute su ponencia —que es de suponer que la tenían los otros participantes en copia o en separatas de la *Revue*—, y se entabla un debate que en realidad no llegó a ninguna conclusión y más aun demostró que Kelsen, si bien respetado, no fue entendido.

Dicha sesión tiene dos partes bien marcadas que esquematizaremos para una mejor comprensión y porque además, los detalles pueden verse en la traducción del acta que adjuntamos como apéndice.

En la primera parte hay una larga discusión con León Duguit, gran autoridad en la época y en donde se debaten los presupuestos de la teoría kelseniana sin llegar a ningún acuerdo. En la segunda parte, se discute el planteo de fondo, o sea, si es dable o no hacer un control constitucional y que éste lo tenga a su cargo un órgano calificado, es decir, un tribunal ad-hoc, fuera de la clásica tripartición de los poderes del Estado.

Pero antes de seguir, volvamos sobre los planteos básicos de Kelsen y el debate que ellos originaron.

5. LOS TEMAS EN CUESTIÓN

La ponencia de Kelsen toca muchos temas, como ya lo he indicado. Aun más, por su experiencia en el Tribunal Constitucional demuestra ser un agudo crítico de las situaciones que puedan venir y sobre todo de los aspectos procedimentales que desarrollan las partes ante el Tribunal Constitucional. Pero si bien esto lo hace con solvencia, es evidente que Kelsen no postula el nacimiento de una nueva disciplina jurídica ni nada por el estilo; se limita a usar el término de «jurisdicción constitucional», en el sentido de capacidad de que alguien que no sea el parlamento pueda ejercer un control constitucional, que él enfoca en ciertos puntos y que en otros no toca por no considerar necesarios —como es el de los derechos fundamentales o derechos de las personas—. Y esto dentro de un desarrollo en donde el autor demuestra tener gran perspicacia y conocimiento del manejo de la cosa pública y de los temas que conoce un Tribunal Constitucional, pero no parece estar enterado de lo que es el desarrollo teórico de la ciencia procesal, bastante avanzado en el mundo germánico de la época y por cierto también en el italiano. De ahí que la tesis originariamente planteada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo de que Kelsen es el fundador de una disciplina que se llama «derecho procesal constitucional» me parece una exageración que no se compadece con la realidad. No solo porque Kelsen no usa el término, sino porque no pretendió fundar o for-

mular una disciplina cuyo fundamento procesal desconocía (vid. Domingo García Belaunde, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, Edit. Porrúa, México 2008)

En realidad, lo que sostiene Kelsen en su sugestiva ponencia es, aparte de detalles que son de indudable atractivo, dos aspectos básicos: lo primero es que la Constitución tiene un valor jurídico y no político. Y lo segundo es, que siendo jurídica la Constitución, hay que tener presente la posibilidad de que ella sea alterada o desconocida por los operadores o destinatarios del poder, y en consecuencia tiene que existir un órgano ad-hoc que sea el vigilante de la Constitución y el que sancione las infracciones que atenten contra ella. En este aspecto Kelsen no tuvo que lidiar con el Poder Judicial, toda vez que este órgano del Estado fue considerado en Europa, hasta avanzada la década de los cincuenta del siglo pasado, como un mero defensor de los intereses privados, y cuyos miembros deberían ser casi robóticos y actuar mecánicamente, en el mejor estilo de la concepción de Montesquieu. Más bien, el problema era descartar la tesis de la soberanía del parlamento como impedimento para instalar el control en un órgano *ad-hoc* y en eso se extendió largamente, sosteniendo entre otros aspectos, que la soberanía no recaía en el parlamento sino en el Estado, propiciando al mismo tiempo que los magistrados constitucionales fuesen elegidos por el órgano legislativo, que de esta manera aparecían con un manto de legitimidad democrática, que a Kelsen tanto preocupó (a diferencia de muchos juristas de la época, Kelsen fue siempre partidario de la democracia parlamentaria, como se demuestra en sus escritos iniciales, en especial desde la década de 1920, así como en su colaboración política con el régimen democrático instaurado en el nuevo país de Austria).

Es decir, dos puntos fundamentales: el carácter jurídico de la Constitución y la necesidad de un órgano *ad-hoc* para preservar y defender la Constitución.

Ninguna de las dos tesis era en rigor nueva. La primera había nacido a principios del siglo XIX en los Estados Unidos, al compás de un célebre caso, el *Marbury v. Madison* de 1803 y desarrollado en la jurisprudencia y en la doctrina norteamericanas sobre todo a partir de 1860, a tal extremo que se hizo conocida muy pronto en Europa, en donde se divulgó mucho (vid. Ed. Laboulaye *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, F. Brachet edit., París 1866, que contiene el curso que el autor impartió en el Colegio de Francia en 1864).

Y la segunda tenía algunos antecedentes: el más lejano era el *jury constitutionnaire* de Sieyès formulado en los tormentosos días de la Revolución francesa. Y luego desarrollado, con mucha lentitud en la Europa decimonónica, como lo demuestra el Tribunal del Imperio y algunos estudios de la época, como la célebre monografía de Jellinek de 1885 pidién-

do un tribunal constitucional para Austria (cf. Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelli edit., Torino 1990).

¿Cuál era entonces la novedad del planteo kelseniano? La primera tesis, si bien desarrollada en los Estados Unidos y acogida a lo largo del siglo XIX en los países de América Latina —aun cuando muchas veces la práctica iba en sentido contrario— era totalmente desconocida en Europa y en todo caso, no aceptada y ni siquiera estudiada o comprendida. Era, pues, una total renovación desde el corazón del Derecho Público europeo. Y la segunda, con antecedentes como en todo, fue prácticamente una creación original. Y si bien el Tribunal Constitucional austriaco fue obra de varios juristas —uno de ellos Kelsen sin lugar a dudas— el más solvente teórico que tuvo fue Kelsen. Y creo que ese es su gran mérito y su aporte indiscutible. Dos enunciados relativamente nuevos, pero reformulados en un momento oportuno, con todo rigor y con nuevos matices, previendo las cosas que podían pasar y dándole una formidable armazón teórica que no existía y que ha sobrevivido hasta ahora. Y si bien ha pasado mucha agua bajo los puentes, la formulación kelseniana, expresada en un estilo seco, muy ceñido pero con una lógica inflexible, ha resistido el paso de los años y puede, por eso, considerársele como un clásico que aun se lee con provecho.

Volvamos pues a la discusión de octubre de 1928.

6. EL DEBATE EN EL INSTITUTO

La sesión del sábado 20 de octubre de 1928 tuvo dos partes: la de la mañana se dedicó a asuntos administrativos y está dedicada a la actividad del Instituto, a sus proyectos y a futuras reuniones, a los temas y ponencias que presentarán los miembros —señalándose que Kelsen, en la sesión del próximo año, o sea de junio de 1929, trataría el tema «la cuestión del referéndum y de la iniciativa popular» conjuntamente con los igualmente miembros profesores Fleiner, Garner y Thoma—. La sesión se levanta a las 11.30 horas.

La sesión plenaria de la tarde se abre a las 14.15 horas. Preside la sesión Gaston Jèze y asisten a ella los señores Álvarez, Barthélemy*, Bonnard, Duguit, Duez, Fleiner, Gascón y Marin, Gronski, Kelsen, Lafferrière, Laun, Mestre, barón Nolde, Romieu, Thoma y Mirkine-Guetzévitch, este último en calidad de secretario. Se inicia con la exposición de Kelsen, que es un resumen de su ponencia y que luego se publica en el *Annuaire* (pp. 52-143).

* En las actas de la sesión del Instituto, sin duda por error tipográfico, se alude a Berthélemy en lo que es una obvia referencia al profesor Joseph Barthélemy. En la transcripción de las actas hemos optado por mantener el texto literal.

La primera intervención corresponde a Duguit que en cierto sentido hace un planteo previo, pues cuestiona la clasificación jerárquica del ordenamiento jurídico que sostiene el ponente en relación con las reglas de derecho. Señala que no se puede comparar, clasificar y jerarquizar más que cosas de la misma naturaleza, sin juntar unas con otras. Según señala Duguit, la tesis de Kelsen reúne en una misma jerarquía cosas muy diferentes; de una parte las reglas (Constitución, leyes, reglamentos, etc.). Y de otra parte actos jurídicos (actos administrativos, actos jurisdiccionales) que no son reglas. Precisa que el reglamento no ejecuta la ley —como sostiene Kelsen— sino lo completa. A esto contesta Kelsen señalando que la única diferencia entre reglas y los actos que no son reglas es que las reglas son generales mientras que los actos jurídicos son especiales, pero que tienen en común el poder ser agrupados en una sola categoría: ser normas. En cuanto al segundo punto precisa que acto de ejecución es decir lo mismo que completar o precisar y añade otros argumentos. A ello replica Duguit tras lo cual el presidente Jèze, propone cerrar esta discusión preliminar que considera necesaria y regresar al objeto propio de la ponencia, o sea, si la garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial o por el contrario a todos los tribunales. Y como segundo punto si la cuestión se presenta en el mismo grado en los estados unitarios como en los estados federales.

A continuación hace uso de la palabra Barthélemy, recordando la importancia del problema, toda vez que no es difícil constatar que fácilmente un poder tiende a desbordarse y a obstruir a otro. Pero entiende que la solución del problema consiste, según su opinión, en que el control de constitucionalidad corra a cargo de los tribunales ordinarios. Estima que la idea de un tribunal especial es totalmente impensable en Francia y totalmente inviable. Peor aun si se trata de un estado unitario.

Interviene luego Gascón y Marin que discrepa con Barthélemy...dice que España conoce en teoría lo que sostiene este profesor, pero que en la práctica no ha dado buenos resultados, no solo por temor de los jueces, sino por la posibilidad de las sentencias contradictorias, a diferencia de una jurisdicción constitucional única que evita ese inconveniente.

Agrega luego Barthélemy que no es opuesto a la institución de un tribunal constitucional especial, pero lo ve como un procedimiento insuficiente; estima que se podría combinar ambos sistemas, admitiendo, por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios.

Luego interviene Fleiner quien expuso la manera como se trataba el tema en el Derecho suizo y en la Constitución de 1874 —vigente en aquella época— centrado sobre todo en el Tribunal Federal y con alcance solo para las leyes cantonales y no para las leyes federales. Agrega que sobre esto último hay un proyecto de reforma constitucional en trámite (pero que no prosperó en ese periodo).

Yendo al punto central del debate, interviene Duguit señalando que él es partidario de la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios, como el mejor remedio para este tipo de control y descarta la posibilidad de un tribunal especial por inoperante y peligroso.

Luego Kelsen, a solicitud del presidente Jèze, da un breve informe sobre los resultados de la experiencia en Austria, señalando que hasta ese momento el funcionamiento del Tribunal Constitucional no ha despertado críticas serias. Apunta luego al modo de elección de los magistrados y se extiende sobre los problemas políticos que estos sistemas conllevan y la manera como en Austria han tratado de soslayarse. Avanzando sobre el tema dice que pueden presentarse problemas en su país por asuntos de orden político. Y que además, el sistema de la excepción de inconstitucionalidad tiene la desventaja de que crea un margen de incertidumbre, pues tanto se declara una ley constitucional como posteriormente se puede llegar a conclusión diferente en un tribunal distinto. El problema que diferencia ambos sistemas, señala Kelsen, es el de la centralización, o sea la concentración de lo contencioso, y también sobre los alcances, toda vez que en el sistema de excepción de inconstitucionalidad se logra un resultado parcial, aplicado al caso, a diferencia del sistema concentrado que tiene un alcance general.

Luego Thoma expone el estado de las tendencias existentes en el Derecho alemán, en donde el control solo se ejerce sobre las leyes de los estados, si bien ante el silencio de la Constitución, el Tribunal del Imperio ha declarado por sentencia de 1925 que tiene competencia para anular también las leyes del Imperio y sobre lo cual hay ya proyectos para una solución más acorde.

Finalmente Jèze sugiere que el control de constitucionalidad podría hacerse al interior de las propias asambleas legislativas, solución política que estaría alejada del carácter y temperamento conservador que caracterizan a los jueces y también a los juristas.

Cerrando la discusión, Jèze señala que no cree necesario formular conclusiones como se ha hecho en otra oportunidad, pues se trata de un tema donde las opiniones se encuentran muy divididas.

7. LO QUE QUEDÓ DEL DEBATE Y ALGO MÁS

Ahora bien ¿Qué se puede sacar en claro luego de este debate, sucinta pero acertadamente recogido en el acta de la sesión del Instituto de 1928 a la cual asistió Kelsen? Pues simplemente que no hubo acuerdo con la tesis kelseniana, que fue objeto de críticas y matizaciones, pero no de una recepción plena y menos aun dentro de los supuestos por él expuestos.

El debate puede analizarse en los dos niveles en que se desarrolló. El primero es de carácter previo, el segundo es de fondo o sustancial.

El primero es una discusión entre Duguit y Kelsen. Se trata nada menos que de León Duguit, una de las grandes figuras del Derecho Público francés y además en la cumbre de su fama, pues sus obras se leían y difundían en todas partes. Duguit había nacido en 1859 y ya era hombre mayor cuando interviene en los debates, pues moriría en diciembre de ese mismo año de 1928. Tenía en su haber varias publicaciones, infinidad de actividades y docencia muy calificada en la misma Francia, como lo demuestran las invitaciones de que había sido objeto (no solo dictó conferencias en los Estados Unidos invitado por la Universidad de Columbia, sino lo hizo también en la Argentina y en Madrid, en donde se publicaron sus textos). Era autor de un gran tratado de Derecho Constitucional (la segunda edición se publicó en París en 5 tomos en el período 1921-1925; la tercera la inició en 1927-1928, pero no llegó a concluirla; apareció actualizada a cargo de su hijo en 1930) y que en cierto sentido queda resumido en su *Manual de Derecho Constitucional*, del cual hay cuatro ediciones en francés, la última en 1923 (hay versión castellana publicada en Madrid en 1922 y 1926 y una reciente reimpresión a cargo de la editorial Comares, bastante descuidada). Y claro, lo que puso en evidencia Duguit fue un distinto enfoque teórico del Derecho y una aproximación diferente al planteo de Kelsen y por ende no había posibilidad de entendimiento alguno. Aun más, si bien sugestivo el esquema de Duguit, formulado a fines del siglo XIX y principios del XX, es un hecho que hoy carece de importancia, pues el planteo kelseniano lo ha sobrepasado largamente. En tal sentido, cronológica e intelectualmente, el gran Duguit es pre-kelseniano (por lo menos en este punto).

La tesis de fondo que postula Kelsen es la de un tribunal *ad-hoc*, especializado y concentrado, para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Y aquí las críticas se dividieron en dos: por un lado los que no lo aceptaban (o lo aceptaban muy matizado) y por otro, los que aceptándolo, entendían que eso era válido para los estados federales, mas no para los unitarios. Pero el planteo kelseniano, si bien incidió en la importancia del modelo concentrado en un sistema federal, como lo era Austria en aquel momento, no redujo su utilidad a los estados compuestos, sino a todo tipo de estados.

Sin embargo, si bien no existió una oposición frontal contra la tesis de Kelsen sobre la necesidad de un modelo concentrado como contralor de la constitucionalidad, es evidente que tampoco contó con fervorosos entusiastas. En la práctica, el debate se desvió y se encaminó hacia la defensa de lo que ahora se llama modelo americano, o en terminología francesa «excepción de inconstitucionalidad», que consiste en dejar que los tribunales

ordinarios se encarguen de estos problemas y cuyas sentencias solo se aplican a la partes. Y no solo eso: afloró también una posición tradicional en la doctrina francesa, refractaria y temerosa de los jueces como es la expresada por Jèze, que sostiene que por temperamento y por tradición, tanto jueces como juristas son demasiados conservadores y reacios al cambio y por eso este problema hay que dejarlo en manos de las asambleas legislativas, o sea, de los políticos. Jèze aquí lo que hizo fue simplemente retratar lo que pasaba en aquel entonces en Francia, mientras que Duguit expresaba un deseo o una aspiración que en ese momento no existía.

En fin, si bien la tesis de Kelsen fue expuesta en un auditorio pequeño pero de muy alta calidad y sobre todo de gran representatividad académica, no encontró mayor eco y ni siquiera fue defendida por otros colegas, a tenor de lo que se desprende del acta publicada. Fue, pues, un esfuerzo importante, pero que no tuvo frutos inmediatos. Pero como todo se publicó en el *Annuaire* del Instituto, el debate fue muy conocido, aun cuando la recepción de su tesis solo fue posible después de la Segunda Guerra Mundial, esto es, a partir de 1945.

Para ese entonces (1945) Kelsen había abandonado Austria, luego Alemania, Checoslovaquia y Suiza, para refugiarse en la hospitalaria comunidad académica norteamericana a la que llegó en 1940. Y se alejó también de estos problemas y se dedicó más a aspectos teóricos del Derecho (en especial de su «Teoría Pura...») de Filosofía Política y sobre todo de Derecho Internacional. Su último planteo en materia de Estado, fue su gran libro sobre el Derecho y el Estado que publicó en inglés en 1945, bajo el auspicio de la Universidad de Harvard. Y que lo hizo sobre todo para ajustar su teoría y actualizarla, acorde con las nuevas tendencias y enfoques que había observado como consecuencia de la guerra y sobre todo de su convivencia con otra familia jurídica: el *common law*.

El interés de Kelsen por el tema del control de constitucionalidad se cierra, por así decirlo, en 1930, cuando empieza un exilio oscilante que termina cuando llega a los Estados Unidos en 1940 y de donde no saldrá más, salvo para cumplir tareas académicas o atendiendo invitaciones del exterior. Y por tanto, no vuelve sobre el tema, con la excepción de un breve ensayo publicado en inglés en 1942 (cf. *Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American constitution*, en «*Journal of Politics*», vol. 4, may. 1942, núm. 2, pp. 183-200) en donde lo que hace es ahondar la diferencia que advierte en ambos modelos – y que había adelantado en las discusiones parisinas de 1928 – para precisamente señalar la superioridad, por lo menos teórica, del modelo concentrado por él formulado. Y el mencionado libro general de 1945, en donde el tema es tratado algo marginalmente.

8. UNA VICTORIA A LARGO PLAZO

Por esas paradojas del destino, el inmenso esfuerzo desplegado por Kelsen para difundir y exponer su tesis sobre las bondades del modelo concentrado, no tuvo éxito. Es cierto que Austria, su propio país, había optado por el modelo, pero muy pronto, como él mismo lo advirtió, surgirían problemas políticos del cual él fue víctima, pues tuvo que abandonar el Tribunal a principios de 1930, el cual fue lentamente desmantelado hasta que perdió su razón de ser en 1934, para desaparecer finalmente.

En París en donde cifró tan grandes esperanzas, a tal extremo que viajó personalmente para defender sus tesis, tampoco tuvo mayor eco, si bien académicamente sirvió para que sus planteos fuesen conocidos en el resto de Europa, en los Estados Unidos y sobre todo en la América Latina, en donde se incorporó al debate académico a partir de los años cuarenta.

La suerte del modelo concentrado solo sale a relucir tras la Segunda Guerra Mundial: con la Constitución italiana de 1947 y luego con la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Ambas serían seguidas por otros países, que los imitaron e incluso fueron más allá que los originales planteos kelsenianos. Y que hoy se encuentran ampliamente diseminados en la gran Europa, en la América Latina y en el Oriente.

Francia, país tradicionalmente refractario a los jueces y fiero partidario del control parlamentario y de la supremacía del órgano legislativo, no acusó la influencia kelseniana. Mejor dicho, tuvo cierto eco en el pensamiento jurídico francés, pero el mundo político permaneció infranqueable. En la práctica, el control constitucional en Francia ingresa tímidamente y en forma muy *sui generis* con el Consejo Constitucional creado por la Constitución de 1958. Pero solo en 1971 se inicia un proceso en la cual el Consejo Constitucional se acercará lentamente a lo que es un tribunal constitucional, como lo demuestra la última reforma constitucional de julio de 2008.

Es decir: París y en consecuencia Francia, fue el lugar escogido por Kelsen para irradiar al mundo su tesis sobre la bondad de un tribunal o corte constitucional. Pero Francia fue de hecho el último país europeo en aceptarla. Lo hizo varios años después de que fuera enunciada, y cuando Kelsen ya estaba jubilado y apartado de toda actividad. Moriría en Berkeley en 1973, cuando la evolución constitucional francesa se encontraba todavía algo distante de lo que fue años después.

Lima, agosto de 2008

APÉNDICE

Conforme se indica en el texto, se reproducen aquí las actas de las dos sesiones llevadas a cabo en la sede del Instituto Internacional de Derecho Público en París, a las que asistió Kelsen a presentar y debatir su ponencia. Una tercera participación suya para debatir una ponencia de Jèze el día 22 de octubre en donde intervino dos veces no se incluye aquí, pues no tiene relación directa con el tema que nos ocupa.

Estas dos sesiones del 20 de octubre de 1928 (mañana y tarde) fueron publicadas en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* (Les Presses Universitaires de France, París 1929, pp. 187-201). El mismo número del *Annuaire* publica la famosa ponencia de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, objeto precisamente de debate en el Instituto.

De estas dos sesiones, ha sido traducida únicamente la segunda y además en forma incompleta: la primera vez lo fue en el libro compilativo de Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano 1981; la segunda en el libro igualmente compilativo de Kelsen titulado: *Jurisdição Constitucional*, Edit. Martin Fontes, São Paulo 2003. No existe, de lo que sepamos, traducción al castellano.

Los textos de las actas me fueron proporcionados gentilmente por Alfonso Herrera García, con paciencia y pericia. La traducción del francés al castellano corrió a cargo de mi colega Luis García-Corrochano Moyano, con dedicación y esmero. A ambos mi sincero reconocimiento (D.G.B.)

INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO

Sesión de 1928¹

La sesión del Instituto Internacional de Derecho Público es abierta el 20 de octubre de 1928 a las 10.15 horas, en la Sala de Fiestas de la Facultad de Derecho (de la Universidad) de París, bajo la presidencia del profesor Gaston Jèze, Presidente del Instituto.

I) *Sesión del sábado 20 de octubre, por la mañana*

La primera sesión se dedica exclusivamente a los asuntos administrativos. Conforme a los Estatutos, asisten solo los miembros del Consejo Directivo y los miembros titulares. Presentes: Señores Álvarez, Berthélemy, Duguit, Fleiner, Gascón y Marín, G. Jèze, Kelsen, Laun, Mirkine - Guetzévitch, barón Nolde, Politis, Romieu y Thoma.

El Presidente abre la sesión y da la palabra al Sr. Mirkine - Guetzévitch, Secretario general, que lee las excusas de los miembros impedidos de asistir a la se-

¹ Las actas fueron redactadas por el Jefe del Servicio del secretariado del Instituto, Sr. Ch. Eisenmann, encargado de curso en la Facultad de Derecho de Caen, con la colaboración de la Sra. Jacqueline Ch. Rousseau, doctora en derecho, de los Sres. René Capitant y Paul de Lapradelle, doctores en derecho, y de los Sres. Léo Goldenberg y el barón Emmanuel Nolde.

sión, así como el acta de la sesión del Consejo Directivo celebrado la víspera, 19 de octubre.

Respecto de la reelección del Consejo Directivo, el Presidente propone a la Asamblea del Instituto que, sin modificar los Estatutos y a título de simple práctica, el Consejo Directivo sea mantenido en funciones durante tres años. Esta proposición es aprobada.

Se procede enseguida a la elección de siete nuevos miembros asociados y de un miembro titular. Son elegidos por unanimidad de los miembros que votan personalmente o por correspondencia, como miembros asociados, y a propuesta del Consejo Directivo:

Los Sres. Burckhardt, profesor de la Universidad de Berna; Gonzáles Calderón, profesor de la Universidad de Buenos Aires; Herrnritt, profesor de la Universidad de Viena; Pitamic, profesor de la Universidad de Liubliana; Scelle, profesor de la Universidad de Dijon; Stainoff, profesor de la Universidad de Sofía; Weyr, profesor de la Universidad de Brno.

Y es elegido miembro titular por unanimidad de los miembros que votan personalmente o por correspondencia, como miembro titular, a propuesta del Consejo Directivo, el Sr. L. Rolland, profesor de la Facultad de Derecho de París, Tesorero del Instituto.

El presidente hizo llegar al Sr. Rolland, a nombre del Instituto, la expresión de su más sincero pesar por la enfermedad que lo tiene alejado de los trabajos del Instituto.

El Sr. Mirkine - Guetzévitch da lectura a su informe sobre la actividad del Instituto desde su fundación:

- 1.º Conforme a los deseos expresados por la Asamblea en su primera sesión, el Secretario general ha comenzado a recopilar los textos constitucionales de los diferentes países por medio de los miembros del Instituto.
- 2.º El Secretario general expone que ha sido encargado por el Consejo Directivo de estudiar la posibilidad para el Instituto de publicar anualmente, con la colaboración de todos sus miembros, un *Anuario* que contenga todas las reformas constitucionales, las principales leyes que interesen al Derecho público, y las decisiones más importantes de la jurisprudencia constitucional y administrativa; las gestiones que ha emprendido permiten esperar el éxito del proyecto.
- 3.º El Secretario general indica que la mayoría de los miembros han enviado las reseñas solicitadas sobre su actividad científica, sus trabajos, cursos, conferencias, publicaciones, etc.
- 4.º Debe conocerse que el Instituto ha encontrado un apoyo particularmente importante de la prensa, tanto cotidiana como jurídica.
- 5.º Desde la fundación del Instituto, se tiene relaciones frecuentes de correspondencia con las diversas organizaciones nacionales e internacionales, especialmente con la Sección jurídica de la Sociedad de Naciones, con el Instituto de Cooperación Intelectual y con diversas Universidades y Facultades.
- 6.º Los particulares se dirigen usualmente al Instituto para obtener información, sea sobre cuestiones teóricas, sea sobre la bibliografía de Derecho Público; el Secretario general hace todo lo posible para satisfacer esos pedidos.

El Sr. Gaston Jèze insiste en el valor documental y científico único que tendrá el *Anuario* del Instituto y sobre la necesidad de que todos los miembros comuniquen al Secretario general los documentos que sean útiles a esa publicación.

El Tesorero se encontró, en razón de su estado de salud, en la imposibilidad de dar una cuenta definitiva; el Presidente propuso aprobar provisoriamente la cuenta aproximada presentada al Consejo Directivo del 19 de octubre. Se aprobó la proposición.

El Secretario general presenta un informe que, conforme a la decisión tomada en la sesión precedente, elaboró con la colaboración de los Sres. barón Nolde y Politis, sobre el Reglamento interno del Instituto. Luego de algunas enmiendas y bajo la reserva indicada por el Presidente de que las disposiciones del proyecto deben ser reagrupadas por el objeto, los diferentes artículos del Reglamento y luego el Reglamento en su conjunto son puestos al voto y aprobados.

La Asamblea examina enseguida la cuestión de la fijación de la fecha y del orden del día de la próxima sesión del Instituto en 1929. La Asamblea decide tener su próxima sesión la última semana de junio de 1929, y encargar al Consejo Directivo fijar la fecha exacta de instalación. El orden del día comprende la discusión de las ponencias siguientes:

- *La Regla de Derecho y el Derecho Objetivo*. Ponente: Sr. L. Duguit;
- *Valor teórico y práctico del principio de separación de poderes y su aplicación en el Derecho Público de los Estados modernos*. Ponente: Sr. Redlich;
- *El alcance de las reglas de Derecho Constitucional sobre la celebración y ratificación de los tratados internacionales*. Ponentes: Sres. Politis y Schucking;
- *La crisis de los gobiernos representativos y parlamentarios en las democracias modernas*. Ponentes: Sres. Barthélemy y Lawrence Lowell;
- *La cuestión de referéndum y de la iniciativa popular*. Ponentes: Sres. Fleiner, Garner, Kelsen y Thoma.
- *El papel político de las Comisiones parlamentarias*. Ponentes: Sres. Barthélemy, Kauffman, Merkl y Rolland.

Sobre la proposición del Sr. Álvarez, la Asamblea decide poner en la orden del día el estudio crítico de las *Declaraciones de Derechos del Hombre*, y sobre la proposición del Sr. Jèze, que las diferentes libertades individuales sean estudiadas sucesivamente, comenzando por *la Propiedad*. Ponentes: Sres. Álvarez, Fleiner, Gascón y Marín y Mirkine – Guetzévitch.

La sesión se levanta a las 11.30 horas.

II) Sesión plenaria del sábado 20 de octubre de 1928, por la tarde

La sesión se abre a las 14.15 horas, por el Sr. Gaston Jèze, Presidente del Instituto.

Presentes: Señores Álvarez, Berthélemy, Bonnard, Duguit, Duez, Fleiner, Gascón y Marín, Gronski, Jèze, Kelsen, Laferrière, Laun, Mestre, Mirkine - Guetzévitch, barón Nolde, Romieu y Thoma.

El Sr. Jèze dio la bienvenida a los miembros presentes y agradeció en especial a los miembros extranjeros venidos de diferentes países.

El Sr. Mirkine – Guetzévich dio lectura al acta de la sesión administrativa de la mañana.

El Sr. Jèze insistió nuevamente en el tema del Anuario del Instituto y la necesidad de que todos los miembros colaboren activamente en él.

Discusión de la ponencia del Sr. Kelsen sobre «La garantía jurisdiccional de la Constitución» («La justicia constitucional»)²

El Sr. Kelsen resume su ponencia.

El Presidente expresa su agradecimiento al expositor y declara abierta la discusión sobre la ponencia.

El Sr. Duguit solicita que antes de iniciar la discusión de los diferentes modos de posible organización de la justicia constitucional, se discuta la cuestión de la clasificación jerárquica (*Stufenbau*) de las reglas de Derecho. Al respecto, declara que no puede adherirse a los puntos de vista del ponente. No se puede comparar, clasificar y jerarquizar más que cosas de la misma naturaleza ni juntar unas con las otras. Ahora bien, la teoría defendida por Kelsen reúne en una misma jerarquía dos cosas muy diferentes: de una parte las reglas (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) y de otra parte, los actos jurídicos (actos administrativos, actos jurisdiccionales), que no son reglas. Para hacerlo invoca la idea de que cada grado de reglas de Derecho constituye la ejecución de las reglas de grados superiores; pero esa es una idea inexacta de las reglas propiamente dichas: el reglamento, por ejemplo, no ejecuta la ley, la completa; es inexacta en las relaciones de las reglas y de los actos jurídicos que es necesario aislar *a fortiori*.

El Sr. Kelsen respondió —sobre el primer punto— que la única diferencia entre las reglas y los actos jurídicos consiste en que las reglas son generales mientras que los actos jurídicos son especiales, pero que ellos tienen un carácter común que permite agruparlos en una misma jerarquía: su carácter de normas. Los actos administrativos o jurisdiccionales no son reglas de Derecho, pero son —como las reglas de Derecho— normas jurídicas: la regla es una norma general, el acto jurídico es una norma especial o individual. La norma se define en efecto muy simplemente: un imperativo, un *Sollen*; entonces, un imperativo puede ser individual, especial, como también general. El Derecho existe en forma general y en forma individual. En cuanto a la segunda objeción del Sr. Duguit, el Sr. Kelsen responde que todo acto de ejecución o de aplicación (dos términos equivalentes) comprende, al lado de los elementos que ya están contenidos en la norma que él ejecuta o aplica, los elementos nuevos que le son propios y que se agregan a los elementos anteriores del ordenamiento jurídico. Decir que un acto es un acto de ejecución o de aplicación de una cierta norma, es decir únicamente que él la ha concretado o que la ha individualizado; aplicar, ejecutar una norma, no es simplemente reproducirla, es agregar alguna cosa que ella no contenía. En eso consiste todo el proceso de creación del Derecho, que va de la elaboración de la Constitu-

² El texto de Kelsen se publica en este *Annuaire* a pp. 52-143, y es la misma versión publicada el año anterior en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928. (N. del A.)

ción hasta la ejecución material, fin del sistema de Derecho, hecho material y no norma —gracias a la cuál el Derecho, al entrar en contacto con la realidad material, se inserta en ella—. Si el acto administrativo, por ejemplo, no es una norma y ejecución de normas, no podemos ver en él un fenómeno jurídico; pues el Derecho es en su esencia norma. Finalmente, el Sr. Kelsen observa que la teoría según la cual el acto administrativo no sería un acto de ejecución de la ley ha estado a menudo inspirada por segundas intenciones políticas, a saber, la idea de hacer aparecer a la Administración como no estando ligada por las normas jurídicas generales, por las leyes.

El Sr. Duguit mantiene su punto de vista: la cuestión de la terminología le importa poco; pero persiste en pensar que las reglas (normas generales) y los actos jurídicos (normas individuales) son cosas diferentes, que no se podría jerarquizar; que el reglamento que organiza un servicio público que en principio la ley ha creado no ejecuta dicha ley; que no puede entenderse por ejecución más que la realización de un acto material prescrito por la ley. Declara finalmente no ver como, calificando un acto administrativo de *norma*, se protege mejor al administrado contra la arbitrariedad de la administración.

El Sr. Jèze propone cerrar esta discusión preliminar, que sin embargo es necesaria, y regresar al problema mismo, que es objeto de la ponencia. La cuestión que domina el debate es la siguiente: ¿La garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial, o por el contrario a todos los tribunales? ¿La cuestión se presenta de la misma manera en los Estados unitarios que en los Estados federales?

El Sr. Berthélemy insiste sobre el interés eminentemente actual del problema: en casi todos los países se constata que un poder tiende a desbordar y obstruir a los otros, sea el Legislativo sobre el Ejecutivo, o viceversa. Se pronuncia a favor del control de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales ordinarios: la institución de un tribunal especial no ha sido ni será jamás en Francia más que un engaño. Y en los Estados unitarios, no se ve porqué establecer un tribunal de ese tipo; con el otro sistema, no existe tal dificultad.

El Sr. Gascón y Marín no está de acuerdo con el Sr. Berthélemy. España conoce, en teoría, el sistema que él preconiza; en la práctica, no ha dado buenos resultados, pues los jueces no hacen uso de sus poderes. Además, ese sistema abre la puerta a las contradicciones de las sentencias, mientras una jurisdicción constitucional única permite evitar ese grave inconveniente.

El Sr. Berthélemy declara que no es opuesto a la institución de un tribunal constitucional especial, pero ve en él solo un procedimiento insuficiente. Se pueden combinar ambos sistemas admitiendo, por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios.

El Sr. Fleiner expuso las soluciones del Derecho suizo en la materia. Todo ciudadano que se considera vulnerado en sus derechos individuales puede, según la Constitución de 1874, formular ante la Sección de Derecho Público del Tribunal Federal, el «recurso de derecho público». Si el recurso se ha presentado dentro de los sesenta días, el Tribunal Federal puede anular la ley sobre la misma base que la decisión administrativa o jurisdiccional ha sido tomada, a condición de que se trate de una ley cantonal; transcurrido ese plazo, no puede anular más que la decisión misma. Las leyes federales no están sometidas a ese control de constitucionalidad; pero una demanda de reforma de la Constitución Federal con el

objeto de otorgar ese poder de control al Tribunal Federal, se encuentra actualmente en curso.

El Sr. Duguit se declara partidario del sistema de excepción de inconstitucionalidad puesto en práctica ante y por los tribunales ordinarios; él condena el sistema de la acción de nulidad por inconstitucionalidad; por tanto la institución de una jurisdicción constitucional especial será inoperante o muy peligrosa porque se transformará en una tercera —o primera— asamblea política.

A solicitud del Sr. Jèze, el Sr. Kelsen expone los resultados que ha dado en Austria el Tribunal Constitucional creada por la Constitución de 1920 y las conclusiones que se pueden sacar de esa experiencia actualmente única. Hasta ahora el funcionamiento de este Tribunal —que puede anular tanto las leyes federales como las leyes de los estados— no ha provocado críticas serias. Sin duda, la intromisión de la política en el transcurso de los procesos es un peligro innegable del sistema que se debe considerar. Pero ¿el ejercicio del control por los tribunales ordinarios está a salvo de ese peligro? ¿No tienen los jueces una orientación y prejuicios políticos? ¿No lo prueba el ejemplo de la Corte Suprema de los Estados Unidos? El problema esencial es el de la composición de la jurisdicción constitucional; en Austria, los jueces del Tribunal son elegidos por el Parlamento, pero solamente seis de ellos, sobre veinte, pueden ser elegidos entre los miembros de las Asambleas legislativas, los otros catorce son generalmente juristas profesionales, elegidos especialmente entre los profesores de Derecho público. Entonces son los miembros no parlamentarios la mayoría y toman las decisiones; los miembros parlamentarios de los partidos opositores constituyen el equilibrio. La Constitución austriaca ha dado su lugar a la política, le ha acordado un lugar oficial en la composición del Tribunal, lo que tiene la ventaja de permitir a sus miembros no parlamentarios no tener en cuenta los intereses políticos en juego, pues naturalmente son los miembros parlamentarios quienes los toman en consideración. Hasta aquí el sistema ha dado resultados muy satisfactorios. Sin embargo, ahora los partidos políticos comienzan a hacer esfuerzos por instalar en los lugares donde los parlamentarios son excluidos, partidarios oficiales u oficiosos: ese es un grave peligro. El ponente señala que en su opinión, la objeción capital a que se presta el sistema de la excepción de inconstitucionalidad es la incertidumbre y la inseguridad del Derecho al que se arrije, pues la Corte de Casación que en cierta medida cumpliría esa función de regulador de la jurisprudencia constitucional podría, por motivos políticos, dar soluciones sucesivas contradictorias. Resulta funesto para los ciudadanos que una ley sea declarada tan pronto constitucional como inconstitucional, y la cuestión de la constitucionalidad interesa no solamente a los partidos [políticos] sino a todos los ciudadanos. Admitir la incertidumbre sobre ese punto es consentir la ruina de la Constitución. Por lo tanto la diferencia técnica si no política entre los dos sistemas es poco considerable, ella versa simplemente sobre la centralización, sobre la concentración de los contenciosos, y en segundo lugar, sobre el alcance del juzgamiento emitido, pues en el sistema de excepción de inconstitucionalidad hay anulación de la ley, pero anulación parcial, limitada al caso. El sistema del Tribunal Constitucional especial consiste simplemente en centralizar y dar un alcance general al control de la constitucionalidad.

El Sr. Thoma expuso el estado de las tendencias del Derecho alemán sobre ese punto. Hasta ahora, el control de la constitucionalidad solo se ejerce en Alemania sobre las leyes provinciales (de los estados) (*Landesgesetze*), más precisa-

mente sobre su conformidad con las leyes del Imperio (*Reichsgesetze*) es el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) de Leipzig el que ha recibido la competencia para ejercer ese control; sus decisiones son publicadas en el Diario Oficial (*Bulletin des Lois*) y tienen fuerza de ley. Ellas [las decisiones] hasta el presente no han suscitado críticas. En cierta medida, ante el silencio de la Constitución, el Tribunal del Imperio ha afirmado, por sentencia de 29 de noviembre de 1925, que tiene competencia para examinar la constitucionalidad de las leyes del Imperio. Por la misma época el Gobierno presentó un proyecto de ley, que pronto será retomado por el Gobierno actual, y que tenderá a prohibir el control a los tribunales del Imperio para concentrarlo en las manos del *Staatsgerichtshof*, [Tribunal del Estado] tribunal no permanente compuesto por una mitad de jueces jurisdiccionales y otra mitad de jueces administrativos. Esta composición de la jurisdicción constitucional – exclusión de los parlamentarios, participación de magistrados y también de profesores – representa un progreso sobre la organización austríaca, cuyo principio debe ser aprobado.

El Sr. Berthélemy indica que en su opinión, si una jurisdicción constitucional única es indispensable en los Estados federales, esa solución no es adecuada para los Estados unitarios.

El Sr. Jèze sugiere que se podría considerar organizar el control de la constitucionalidad al interior de las mismas asambleas legislativas, es decir, una garantía política de la Constitución, permitiendo a una minoría demandar un voto por mayoría calificada sobre la cuestión de saber si una u otra ley debe ser votada por mayoría calificada. Pues se debe desconfiar del espíritu conservador de los jueces y también de los juristas, que son por tendencia natural tradicionales e inclinados a inmovilizar la interpretación de los textos: es peligroso confiarles la misión de decir el Derecho en materia política.

El Sr. Jèze declara cerrada la discusión y no cree necesario formular resoluciones sobre una cuestión donde las opiniones se encuentran tan divididas.

La sesión se levanta a las 17.15. horas³.

³ El *Annuaire* incluye también el acta de la sesión del Instituto de 22 de octubre de 1928, (pp. 202-211) dedicado a la lectura y discusión del texto de G. Jèze sobre «La signification juridique des libertés publiques». En dicha sesión participa Kelsen e interviene en dos oportunidades. (N. del E.)