

DE CÓMO SE DESTRUYE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ABOUT HOW TO DESTROY THE CONSTITUTIONAL COURT

LUIS VILLAR BORDA

Universidad Externado de Colombia

Fecha de recepción: 24-4-08

Fecha de aceptación: 28-5-08

Resumen: *Aspecto central en la Autobiografía de Hans Kelsen, publicada por primera vez en Alemán en 2006 y editada en español por la Universidad Externado de Colombia el presente año, es el relativo al establecimiento del Tribunal Constitucional de Austria en 1920, y al proceso que llevó a su disolución por razones políticas. Es evidente que regímenes dictatoriales o gobiernos autoritarios no pueden coexistir con un verdadero control de constitucionalidad.*

Abstract: *The central theme in the autobiography of Hans Kelsen, published in German in 2006, and edited in Spanish by the Universidad Externado de Colombia this year, is the establishment of the Constitutional Tribunal of Austria in 1920 and the process that led to its dissolution for political reasons. It is evident that dictatorial regimes or authoritarian governments cannot coexist with true constitutional control.*

Palabras Clave: Tribunal Constitucional, constitucionalismo, Estado de Derecho, democracia

Keywords: Constitutional Court, constitutionalism, Rule of Law, democracy

Hans Kelsen, el padre de la Teoría Pura del Derecho, quien mereció el calificativo de ser el más egregio jurista del siglo XX, ideó el sistema de control constitucional hoy predominante en la mayor parte de los estados democráticos del mundo, o sea mediante el establecimiento de un tribunal especializado e independiente de los diferentes órganos del poder público.



Con esto se superó el control judicial que había sido un invento doctrinario norteamericano, sin duda un hito fundamental en la historia de esta institución, pero que ofrecía varios inconvenientes, en primer término la situación de privilegio de uno de los órganos, el judicial, sobre los otros dos, el legislativo y el ejecutivo. Esto además permitía identificar las decisiones de las respectivas Cortes o Tribunales como actos simplemente judiciales, cuando en realidad la principal función del Tribunal Constitucional, la anulación de normas legales contrarias o violatorias de la Constitución, se aproxima más a un acto legislativo que judicial. Es esto lo que hace señalar a Kelsen, que el Tribunal Constitucional se convierte entonces en un legislador negativo, con el poder de eliminar una norma de carácter general, en aras de garantizar la supremacía de la Constitución, como fundamento del Estado y base del correspondiente orden jurídico. La manera de dar aplicación a las llamadas garantías represivas de la Constitución es precisamente la anulación del acto irregular o sea la posibilidad de hacerlo desaparecer junto con sus consecuencias jurídicas, como nos lo explica Kelsen en su famoso escrito "La garantía jurisdiccional de la Constitución"¹. En ese mismo escrito Kelsen nos indica que "es a un órgano diferente del parlamento, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales, es decir, a una Jurisdicción o Tribunal Constitucional"². Como postulado evidente y necesario plantea Kelsen el de la independencia de dicho Tribunal frente al Parlamento como frente al Gobierno "porque son precisamente el Parlamento y el Gobierno, en su calidad de órganos que participan en el procedimiento legislativo, quienes deben ser controlados por la jurisdicción Constitucional"³. En síntesis, la tarea principal de un Tribunal como el concebido por Kelsen es ocuparse de aquellas leyes que son objetadas como inconstitucionales, sin que esto signifique que no tenga otras funciones de singular importancia.

La significación jurídica y política de dicho control es de tal entidad que permite afirmar a Kelsen que "una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico"⁴. Esto es que aquellos países que

¹ H. KELSEN, "La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)" en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988.

² H. KELSEN, *ibid.* p. 129.

³ H. KELSEN, *ibid.* p. 131.

⁴ H. KELSEN, *ibid.* p. 150.



han ignorado el control Constitucional, carecen propiamente de Constitución, o sea de una Carta que garantice tanto los derechos de la mayoría como los derechos de la minoría.

Ese era el caso de las naciones del Centro y el Oriente de Europa gobernadas por dictaduras burocráticas supuestamente socialistas y también el de países latinoamericanos sometidos a dictaduras militares o a gobiernos autocráticos.

Es interesante por esto observar que inmediatamente después de la liquidación de dichos regímenes en la antigua Unión Soviética y los países bajo su esfera, en los procesos posteriores de democratización se incorporaron Tribunales Constitucionales. Igualmente en los países sur y centro americanos, una vez superadas las dictaduras militares y los gobiernos excluyentes, se establecieron también Tribunales de este tipo. Por ejemplo, en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, se creó la Corte Constitucional siguiendo en rasgos generales, aunque no de manera completa, el proyecto Kelseniano. Hay que decir, que anteriormente esta función recaía en la Corte Suprema de Justicia. Desde el establecimiento de la Corte Constitucional ha sido evidente la actividad creadora de la Corte y la efectiva realización de los derechos fundamentales consagrados en la misma Constitución citada, que en gran medida eran letra muerta en las Constituciones anteriores, por la ausencia de acciones que permitieran su reclamo y ejecución.

A pesar de las difíciles condiciones de nuestro país en los últimos cuarenta años, afectado por una confrontación del Estado con una de las más viejas guerrillas del Continente, la proliferación de bandas armadas de autodefensa o contraguerrilleras, primeramente auspiciadas por el establecimiento, pero que luego se autonomizaron creando una especie de para-Estado y con las cuales se adelanta un complejo proceso de sanción y reinserción a la vida civil, la violación constante de los derechos humanos por parte de todos los participantes en el conflicto en mayor o menor grado: Estado, guerrilla y paramilitares y el nefasto factor del narcotráfico, que alimenta la guerra con sus incommensurables recursos, la Corte ha jugado un papel activo y valioso en la preservación y defensa de las libertades fundamentales. Esto ocurrió particularmente en su primera etapa, con una Corte efectivamente independiente de los poderes fácticos. Infortunadamente la Corte ha perdido bastante de su independencia, especialmente a partir de las transacciones para legitimar la reelección del actual Presidente, soslayando la expresa prohibición constitucional de reelección en el periodo inmediato. El desequilibrio institucional



producido por este hecho ha concentrado en el Presidente excesivo poder en lo que respecta a la integración de la Corte, de tal manera que la tendencia es la de estar cada vez más ligada al Ejecutivo. Ojalá se produzca una sana reacción que vuelva por los fueros de la Corte y sobre todo por su plena autonomía. A lo anterior es necesario agregar que la justicia penal ordinaria, especialmente la Sala Penal de nuestro máximo tribunal de casación y revisión ha cumplido también un importante papel, al llenar prácticamente el vacío dejado por la corrupción de buena parte de la clase política, a semejanza de lo ocurrido en Italia en los años finales del siglo pasado. Baste decir que aproximadamente un veinte por ciento de los parlamentarios está en la cárcel o sindicados de nexos criminales con el paramilitarismo o la guerrilla. Presento el caso de mi país porque es el que más conozco, pero no dudo de que procesos parecidos se puede estar desarrollando en otras naciones. En América Latina ha sido tradicional el peso del presidencialismo, al punto de que algunos autores lo tipifican como un modelo político específico⁵.

Anteriormente, en la oleada democratizadora que siguió a la derrota de los regímenes aliados del nazismo alemán y el fascismo italiano, lo mismo que del militarismo japonés, se inicia un proceso de introducción de tribunales constitucionales en Europa, empezando por Italia en su Constitución de 1947 (artículos 134 y ss.) seguida de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 (art.98 ss.), en general conforme a los lineamientos que fueron trazados por Kelsen. El Tribunal Constitucional de España fue establecido luego de la liquidación de la dictadura franquista, en la Constitución democrática de 1978, artículo 159 ss. Dos años antes, en 1976, fue instituido por la Constitución de Portugal, artículo 223 y ss., después del derrocamiento de la dictadura de Oliveira Salazar y sus sucesores.

La creación de tribunales o cortes constitucionales se ha convertido en un elemento indispensable para que sea posible hablar de Estado de derecho. No pretendo afirmar por supuesto que el control de constitucionalidad no se pueda ejercer por otros medios, como en efecto ocurre en aquellos países que, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica, lo encomiendan a sus Cortes Supremas o, como en el caso de Francia, a un Consejo Constitucional. Mi observación se orienta en el sentido de afirmar que el sistema más técnico y avanzado es el de los tribunales constitucionales especializados e independientes, tal como atrás han sido caracterizados.

⁵ C. BERNARD, *Droit Constitution el et Science politique*, Económica, París, 1979, pp. 413 ss.



En este orden de ideas es muy interesante evocar el proceso de eliminación del Tribunal Constitucional Austriaco, tal como nos lo relata Hans Kelsen en su *Autobiografía*. Con ocasión de los 125 años de su nacimiento y del lanzamiento de la gran empresa de publicación de sus obras completas en lengua Alemana, se editaron por primera vez, dos textos autobiográficos de Kelsen, que habían permanecido inéditos, gracias al profesor Mathias Jestaedt, de la Universidad de Erlangen, en cooperación con el Instituto Hans Kelsen de Viena, dirigido por los profesores, Robert Walter y Clemens Jabloner.

Estos textos aparecen hoy en el tomo I de las obras completas, editado como ya se dijo por el profesor Jestaedt y la editorial Mohr Siebeck de Tübingen. Se prevé que esta edición no tendrá menos de treinta volúmenes, es decir, cerca de treinta mil páginas, tal vez el mayor ejemplo de consagración productiva en la historia del Derecho.

La versión en lengua española de la *Autobiografía*, que me fue encomendada, ha sido publicada por la Universidad Externado de Colombia y se encuentra actualmente en circulación.

Fue, como ya se dijo, obra de Hans Kelsen la introducción a la primera Constitución Republicana de Austria, expedida en 1920, después del derumbe de la monarquía Austro-Hungara, de esta idea del Tribunal Constitucional, en virtud de haber sido llamado para redactar dicha Constitución. Era apenas natural que Kelsen, una vez constituido el Tribunal Constitucional de Austria, fuera designado para integrarlo, función que desempeñó a lo largo de once años⁶, creando una voluminosa y renovada doctrina constitucional, que apenas ahora esta siendo estudiada.

Pero al mismo tiempo hay que señalar que fue penoso para Kelsen ver la manera como se destruía su idea originaria del Tribunal Constitucional, cediendo a las presiones políticas de los grupos de extrema derecha y de los sectores clericales que se impusieron en Austria en los inicios de los años 30 del pasado siglo y que abrieron las puertas a la incorporación del país al Reich alemán y al dominio totalitario de la doctrina nacional socialista llevada al poder por Adolfo Hitler en 1933.

El relato de la forma en que se produjo esa degradación del Tribunal Constitucional de Austria, y los motivos aparentemente secundarios que

⁶ L. VILLAR BORDA, Recensión de R. WALTER, *H. Kelsen als Verfassungsrichter. Derechos y Libertades*, 16, 2007, pp. 259-263.



condujeron a ello, es tal vez uno de los capítulos más interesantes de la *Autobiografía* de Hans Kelsen, que permanecía inédita, como ya se dijo, y apenas ahora, es decir en el año 2007, ha sido publicada en Alemán en el primer tomo de la edición de obras completas⁷.

Se había hecho de ese texto una edición preliminar con ocasión del 125 aniversario del nacimiento de Hans Kelsen, el 11 de octubre de 2006⁸, pero no con destino comercial, sino exclusivamente para ser distribuida entre los asistentes a los brillantes y solemnes actos de homenaje a Kelsen realizados en Viena en la ocasión y con el motivo señalados.

Es aquí oportuno indicar que esta publicación de las obras completas, constituye la consagración definitiva de Hans Kelsen, como uno de los grandes clásicos de todas las épocas de la historia del derecho y la filosofía jurídica. Es una tarea de grandes proporciones, dada la prolijidad del autor y de la inmensa gama de temas que fueron tratados por él a lo largo de su prolongada existencia (1881-1973). Esa circunstancia y la multiplicidad de lenguas y países en donde se publicó su obra eran una dificultad adicional para realizar esta tarea, que finalmente encontró en el profesor Jestaedt y su equipo de colaboradores el laborioso núcleo de estudiosos encargados de realizarla con el acopio de un formidable aparato crítico, que permitirá al lector orientarse en una obra que sin duda ofrece problemas y complejidades no solo para el neófito, sino también para quienes de tiempo atrás se han iniciado en su conocimiento.

En un lenguaje claro y directo Kelsen nos informa: “permanecí como miembro y ponente permanente del Tribunal Constitucional hasta su disolución mediante la reforma Constitucional de 1929. Ese fue el motivo para abandonar Austria y aceptar un llamamiento de la Universidad de Colonia. La reforma Constitucional de 1929 fue políticamente una iniciativa del partido social-cristiano contra el partido social-demócrata, que ciertamente no estaba representado en el gobierno central desde la vigencia de la Constitución Federal de 1920, pero controlaba el gobierno provincial de Viena y el partido del trabajo”⁹.

Esta reforma inspirada por un partido claramente influido por el fascismo Italiano, buscaba fortalecer el poder presidencial y todo el órgano ejecu-

⁷ H. KELSEN, *Werke* (Band 1), Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 19 ss.

⁸ H. KELSEN, *Im Selbsteugnis*, Mohr Siebeck, 2006.

⁹ H. KELSEN, *Autobiografía*, p. 134.



tivo, marginando al Parlamento. El otro objetivo, nos dice Kelsen, no menos importante, “era la eliminación del Tribunal Constitucional a lo menos en su forma actual”¹⁰.

El Gobierno había entrado en conflicto con el Tribunal Constitucional por diversos motivos, pero el más importante de ellos fue el del llamado “caso de las dispensas”. Este es un tema que ya habíamos conocido por el biógrafo de Kelsen Rudolf Aladár Métall¹¹, pero leerlo directamente del relato de Kelsen le confiere la mayor autoridad y nos deja por su puesto numerosas lecciones.

Dejemos que sea el propio Kelsen quien presente la cuestión: “El derecho matrimonial austriaco, de conformidad al Código Civil de 1811, establece que el matrimonio contraído entre católicos es inseparable; esto es, que el vínculo matrimonial solo se disuelve por la muerte de uno de los contrayentes. Pero el mismo derecho austriaco permite una separación de mesa y lecho; esto es, la anulación de los deberes resultantes de la relación matrimonial, especialmente los de manutención común del hogar. Sin embargo, esta separación no producía la disolución del matrimonio. El vínculo impedía que cualquiera de los cónyuges contrajera nuevo matrimonio. No obstante, cuando el Código entró en vigor, Austria no solo estaba bajo la decisiva influencia de la Iglesia Católica, cuyo derecho matrimonial recogió, sino que era también una monarquía absoluta. En consecuencia, el Código contenía también disposiciones, según las cuales el Monarca o su representante en cualquiera de los territorios austriacos tenían facultades para conceder una “dispensa” de los impedimentos existentes, o sea, que autorizaba en determinados casos a las personas a volverse a casar. Como siempre ocurre en tales casos, es posible una doble interpretación, mediante la cual un principio se declare limitativo del otro. Podía argumentarse también que la autoridad administrativa estaba facultada para autorizar a una persona que estuviera separada de “mesa y cama” de su primer cónyuge, a volverse a casar, y que un tal acto de la autoridad tenía por consecuencia la disolución del primer vínculo matrimonial, pues de otra manera se estaría en presencia del delito de bigamia. Sin embargo, podía también argumentarse, a la inversa, que la facultad del funcionario administrativo para dispensar de impedimentos matrimoniales no podía referirse al impedimento de la existencia de un vínculo matrimonial católico, en vista de que tal

¹⁰ H. KELSEN, *Autobiografía*, p. 135.

¹¹ R. A. MÉTALL, *Hans Kelsen. Vida y obra*, UNAM, 1976.

acto administrativo no estaba expresamente ligado por la ley con la disolución del matrimonio católico y, en consecuencia, se estaría ante un caso de bigamia. De hecho, en la época de la Monarquía se otorgaron unas pocas dispensas del vínculo por la existencia del matrimonio católico y siempre a personalidades influyentes¹².

Las propuestas para reformar este sistema y autorizar el matrimonio civil con derecho a divorcio no prosperaron en el parlamento austríaco en la época republicana, por la oposición enconada del partido cristiano presionado a su vez por la poderosa Iglesia Católica. Se llegó entonces a un compromiso, el de mantener la situación anterior en cuanto al derecho matrimonial pero ampliando las facultades de las autoridades administrativas para conceder dispensas, procedimiento al que acudió mucha gente. El conflicto comenzó porque algunas personas acudieron a la justicia ordinaria en busca de la declaratoria de nulidad de las dispensas concedidas por las autoridades administrativas, expediente que se multiplicó hasta convertirse en un problema general. Y aquí Kelsen dice: "Con lo anterior comenzó un escándalo único en la historia del derecho austríaco. El mismo Estado que, a través de sus funcionarios administrativos, permitía expresamente la celebración de un matrimonio, declaraba a través de sus tribunales al mismo matrimonio como inválido"¹³.

Esto dio origen a toda clase de chantajes y extorsiones, por la amenaza a quienes se casaban de nuevo, después de haber logrado administrativamente la dispensa del vínculo anterior, de ser llevados a la cárcel, acusados de bigamia.

El problema se trasladó al Tribunal Constitucional, al invocar un conflicto de competencia entre la justicia administrativa y la ordinaria. Para Kelsen era claro que los tribunales ordinarios carecían de competencia para decidir sobre la legalidad de un acto administrativo, lo cual correspondía únicamente al Tribunal Administrativo, entidad que también él había llevado a la Constitución de 1920.

Ante la denuncia presentada por un abogado de un conflicto de competencia semejante, el Tribunal Constitucional "a propuesta mía, decidió, por amplia mayoría, en la misma forma en que se había decidido el derecho de tránsito y no podía haberlo hecho de otra forma, si no quería ser infiel a la práctica que había sido llevada hasta la fecha"¹⁴. O sea que el Tribunal Cons-

¹² H. KELSEN, *Autobiografía*, p. 138.

¹³ H. KELSEN, *Autobiografía*, p. 141.

¹⁴ H. KELSEN, *Autobiografía*, p. 145.



titucional declaró la incompetencia del Tribunal Ordinario para pronunciarse acerca de la ilegalidad del acto administrativo.

Los recursos ante el Tribunal Constitucional aumentaron considerablemente, en tanto se desarrollaba una infame campaña de la prensa social cristiana contra esta entidad y en especial contra Kelsen. Los panfletos llenos de acusaciones bochornosas y bajos ataques contra Kelsen se multiplicaron, hasta llegar a fijar sucios papeles en la puerta de su casa. Así no lo cuenta Kelsen:

“Recuerdo que un día mis dos pequeñas hijas, cuando regresaban de la escuela a casa, me dijeron con gran consternación, que en la puerta de entrada a nuestra residencia estaba fijado un cartel en donde se afirmaban horribles cosas sobre mí. Yo no había visto el cartel, pues todavía no había dejado la casa ese día. En seguida lo retiré. Contenía los más obscenos ultrajes de tipo sexual: administrador de harenes era uno de los más suaves. El partido social-cristiano, bajo la conducción de Seipel, estaba abiertamente decidido a eliminar el Tribunal Constitucional en la primera oportunidad favorable. La reforma constitucional de 1929 ofreció esa oportunidad”¹⁵.

Desconociendo la Constitución el Gobierno consiguió la disolución del Tribunal Constitucional y su reemplazo por otro totalmente dependiente del Gobierno. Por supuesto que Kelsen no aceptó continuar en tales condiciones y prefirió abandonar su querida ciudad de Viena, para proseguir nuevas etapas de su vida no exenta de las amenazas, riesgos y vaivenes que ofrecía la Europa de entonces. Así lo atestigua el tratamiento inaudito que se le dio por parte de los estudiantes nazis en la Universidad de Praga, su ciudad natal a donde había acudido por la insistente invitación del Presidente Benes. Y luego la arbitraria destitución de su cátedra en la Universidad de Colonia, habiendo sido el primer profesor despedido en Alemania una vez llegado al poder Adolfo Hitler. Solo una milagrosa casualidad permitió que Kelsen y su familia pudieran abandonar Colonia en un momento en el que su destino más predecible hubiera sido el de ser enviado a un campo de concentración en su doble calidad de judío y social demócrata.

La reacción que se produjo entre los demócratas austriacos por los atropellos contra Kelsen, está sintetizada por el más grande de sus escritores modernos, Robert Musil quien hace en su diario la siguiente anotación:

“En los diarios aparece también que hay que reemplazar a los miembros del Tribunal Constitucional por la puesta en vigor de las nuevas leyes. En lugar de esos dos famosos juristas Kelsen y Layrer, entrará un catedrático de Universidad Cristiano-Social, y también el jefe de negociado Hecht, otros funcio-

¹⁵ H. KELSEN, *Autobiografía*, p. 146.

*narios ministeriales cristiano sociales etc. Esta mañana justamente estuve pensando que habría que crear una liga contra la propagación de la estupidez*¹⁶.

Esto indica la altísima valoración en que se tenía a Kelsen en los medios intelectuales europeos.

La lección que nos dejan estos acontecimientos, directamente conocidos por la pluma de Hans Kelsen, es la de la incompatibilidad de un Tribunal Constitucional independiente con un régimen autoritario y con mayor razón con una dictadura.

Esto explica porque ninguna dictadura en el mundo ha podido coexistir con la plena vigencia de un Tribunal Constitucional. Como ya lo anotábamos, de éste carecieron los países bajo el despotismo burocrática estalinista o sea la propia unión Soviética y sus satélites del centro y del oriente Europeo, lo mismo que los países latinoamericanos, africanos y asiáticos, bajo diversas dictaduras. Y nos reafirma en la convicción de que este Tribunal es una pieza clave en el Estado de Derecho, más aún si se trata de un Estado de Derecho Democrático.

Los países democráticos deben mantenerse alerta y vigilantes para impedir que por medios directos u oblicuos se mine la independencia de los Tribunales Constitucionales, ya sea bajo la presión de los gobiernos o de fuerzas opositoras fundamentalistas. Las lecciones que quedan del caso de Austria a finales de la década de los años veinte del pasado siglo, tan vívidamente descritos por Hans Kelsen en su *Autobiografía*, sirvan de permanente advertencia a juristas, hombres públicos y en general a todos los ciudadanos interesados en el mantenimiento y progreso del Estado de Derecho democrático.

LUIS VILLAR BORDA
 Universidad del Externado de Colombia
 Calle 12 1-17 este Bloque A
 Apartado 034141 Bogotá
 Colombia
 E-mail: jvillar@uexternado.edu.co

¹⁶ R. MUSIL, *Diarios*, edición de Adolf Frisé. Editorial Random House Mondadori Ltda., Bogotá, 2006, Tomo II, pp. 128 ss.

