

Año 2021

Nº 22

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Anuario



C y **P**arlamento
Constitución

EL CONSTITUCIONALISMO DE HANS KELSEN
HANS KELSEN'S CONSTITUTIONALISM

Jesús Padilla Gálvez
Acreditado Profesor Titular UCLM

Hans Kelsen, *Veröffentlichte Schriften 1922*, en: *Hans Kelsen Werke*, Vol. 8, Eds. Matthias Jestaedt en cooperación con el Hans Kelsen-Institut, Tubinga, Mohr Siebeck, 2020, XI, 647 páginas. ISBN: 978-3-16-150665-9.

Recibido: 28-04-2021

Aceptado: 01-06-2021

La publicación de las obras de Hans Kelsen (1881-1973) sigue avanzando a un ritmo inalterable. Los *Hans Kelsen Werke*¹ permiten acceder a sus obras completas que revolucionaron la disciplina. Están organizadas por temas, género y extensión. Los HKW contienen la obra editada y los trabajos inéditos. Los escritos se editan en orden cronológico según el momento en que fueron publicados por primera vez o cuando fueron escritos. En el volumen octavo se publican sus comentarios a la Constitución de la República en cuya redacción él mismo había participado activamente. Este volumen contiene el primer comentario legal de la Constitución federal austriaca de 1920, escrito en coautoría por Hans Kelsen, Georg Froehlich² y Adolf Julius Merkl³, y publicado en 1922. Este comentario es considerado hoy en día un *locus classicus* y se ha convertido en una referencia estándar sobre la *Bundes-Verfassungsgesetz* de 1920⁴. Aún sigue siendo utilizado por los constitucionalistas actualmente. Los tres autores fueron importantes expertos colaboradores en la redacción de la constitución y tenían un conocimiento profundo del texto, su génesis y los asuntos que abordaba. Este comentario es también la quinta parte de la serie de comentarios que publicó Kelsen sobre el nuevo orden constitucional republicano. Junto con las partes uno a cuatro⁵ que se referían a los ajustes constitucionales transitorios llevados a cabo entre los años 1918-1920, y su cargo como juez del Tribunal Constitucional de Austria, consolidaron la posición de Kelsen como el principal estudioso de derecho constitucional.

1 Los *Hans Kelsen Werke* son citados mediante las siglas, HKW, seguido del volumen y página.

2 Georg Froehlich (1872-1939) fue un jurista, abogado y juez constitucionalista. Ingresó en la Cancillería del Estado el 21 de noviembre de 1918, trabajando en el Consejo como director del departamento jurídico. Desempeñó un papel esencial en la etapa pre-parlamentaria y parlamentaria en la creación de la Constitución Federal. Fue Vicepresidente del Tribunal Constitucional de Austria entre 1930 y 1934 y miembro extraordinario del Tribunal Federal de Justicia de 1934 a 1938. Con la anexión de Austria perdió su empleo en el Tribunal Federal, sus bienes fueron confiscados y su familia fue deportada al campo de concentración donde fueron asesinadas.

3 Julius Merkl (1890-1970) fue un constitucionalista austriaco alumno de Kelsen. Según Merkl todo acto jurídico (*Rechtsakt*) tiene elementos tanto generadores como de aplicación de la ley. Por tanto, toda sentencia no solo ejecuta la ley sino que además fija el derecho. Una normativa hace cumplir la ley constitucional, ya que solo se puede establecer en el marco fijado por la constitución. Denominó este proceso el “Jano Bifronte” o “doble rostro legal” del acto jurídico. El derecho positivo, no distingue entre la elaboración de las leyes y su aplicación.

4 Una evaluación de la constitución centenaria se ha llevado a cabo recientemente en: Clemens Jabloner, Thomas Olechowski, Klaus Zeleny, *Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen*. Viena, Verlag Manz, 2020.

5 Contenidas en el Volumen 5 de los *Hans Kelsen Werke*. Cf.: Hans Kelsen, *Veröffentlichte Schriften 1919–1920*, en: *Hans Kelsen Werke*, vol. 5, Eds. Matthias Jestaedt in cooperación con el Hans Kelsen-Institut, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

Los principios fundamentales de la constitución son los siguientes: el estado se estructura mediante una democracia⁶ parlamentaria y republicana vertebrada en un estado federal, en la que impera el estado de derecho y la separación de poderes y tiene un fuerte sesgo liberal.

En la recepción se considera a Hans Kelsen como el positivista⁷ jurídico más consecuente, innovador e influyente. Nació en Praga, creció en Viena. Presentó su tesis doctoral en 1906 en la Universidad de Viena y se habilitó en 1911. Entre los años 1919–30 fue profesor universitario en Viena. Además fue Juez del Tribunal Constitucional entre los años 1919–30. Profesor en la Universidad de Colonia entre 1930-33, Profesor en Ginebra entre 1933–40 y profesor en Praga en los cursos académicos 1936-38. Finalmente fue profesor en Berkeley entre 1945-52. Su fama y reputación se asientan principalmente en sus trabajos pioneros en la teoría del derecho y cuyo referente más notable fue publicado bajo el título de “*Teoría pura del derecho*”. Igualmente contribuyó como profesor de derecho constitucional y derecho internacional, con aportaciones en campos tan diferentes como la teoría política y la sociología jurídica⁸.

El volumen que reseñamos comienza con una escueta introducción del editor⁹. Continúa con la división del volumen en tres secciones. La primera sección presenta las notas editoriales¹⁰. La segunda sección divulga las obras publicadas en 1922¹¹. La tercera sección trasmite los informes y directorios del volumen¹². Centraremos nuestra atención primordialmente en la edición del comentario titulado ‘*Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich – Teil 5*’ es decir, ‘*Las leyes constitucionales de la República de Austria - Parte 5*’. Este comentario está

6 Cf.: Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920.

7 Téngase presente que el término “positivista” como era interpretado a principios del siglo pasado no tiene la misma connotación actual. Véase: Jesús Padilla Gálvez, Ο θετικισμός του Kelsen. En: *Hans Kelsen: Η διαχρονικότητα του πνεύματος στο νομικό και κοινωνιολογικό του έργο*. Ed. Niklas Aliprantis. ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΠΑ ΠΑΖΗΣΗ, Atenas, 2013, 69-83. Jesús Padilla Gálvez, Der Positivismus von Kelsen. En: *Hans Kelsen: Die Aktualität eines grossen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts*. Eds. Nikitas Aliprantis, Thomas Olechowski. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institut. Vol. 36. Manz, Viena, 2014, 39-51.

8 Una biografía extensa y reciente se encuentra en: Thomas Olechowski, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*. Unter Mitarbeit von J. Busch, T. Ehs, M. Gassner, St. Wedrac. Mohr Siebeck, Tubinga, 2020. Reseña en: Jesús Padilla Gálvez, La teoría pura del derecho, revisada, *Dókos. Revista filosófica*, 25-26, 2020, 161-182.

9 HKW 8, IX-XI.

10 HKW 8, 3-22.

11 HKW 8, 25-502.

12 HKW 8, 505-647.

formado por el texto en sí¹³ y dos apéndices. El primero recoge las leyes constitucionales federales que se aplican actualmente e incluye las leyes auxiliares¹⁴; el segundo, los materiales sobre la Constitución Federal¹⁵.

La Constitución se llevó a cabo de manera paralela al desmantelamiento de la Monarquía en el último año de la contienda de la Primera guerra mundial. En las postrimerías del conflicto, H. Lammasch fue elegido Ministro-Presidente por el emperador Carlos I. El Imperio austrohúngaro carecía de control fuera de Viena ya que los Consejos de Estado menores del Imperio actuaban como gobiernos provisionales. El imperio se contrajo al territorio germano parlante del área alpina y del Danubio por lo que primero fue denominado “República Germano Austria” (*Republik Deutschösterreich*). Dicha denominación sería sustituida por “Austria” de acuerdo con el Tratado de Saint Germain. El 30 de octubre, el Consejo de Estado de la República Germano Austria nombró Canciller del Estado a Karl Renner. Su colaborador era Kelsen que asumió el desarrollo de un esbozo de una nueva Constitución. Lammasch pidió al emperador Carlos que renunciara a sus derechos como soberano. En consecuencia, el 11 de noviembre, Carlos emitió un comunicado en el que reconocía el derecho de Austria a determinar la forma de estado y renunciaba a su derecho a participar en la política del país. Asimismo liberó a los funcionarios de su juramento de lealtad hacia él y relevó a Lammasch de sus obligaciones como Ministro-Presidente. La Cancillería pidió a Hans Kelsen, Georg Froehlich y Adolf Julius Merkl que realizaran una recopilación jurídica para presentar un borrador de la nueva Constitución. Finalizados sus *Travaux préparatoires* para la Constitución se pusieron a elaborar en un comentario de la misma.

A principio de siglo las leyes constitucionales estaban vinculadas a la política por lo que eran tomadas poco en serio como disciplina jurídica¹⁶. Por ello, los padres de la Constitución comenzaron a promover el constitucionalismo mediante un comentario siguiendo la regla “donde hay una ley sólida y consistente, hay comentario”¹⁷. Téngase presente que los géneros literarios usuales en la ciencia jurídica por aquel tiempo eran las monografías, los tratados y los comentarios.

13 HKW 8, 25-345.

14 HKW 8, 346-451.

15 HKW 8, 452-502.

16 Clemens Jabloner, La teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria, en: *Kelsen para Erizos. Ensayos en Honor a Stanley L. Paulson*, C. Bernal y M. Porciuncula (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, 477.

17 La expresión acuñada es “*Wo hartes Recht, da Kommentare*” HKW 8, 29.

Una monografía centra su estudio en un punto concreto del ordenamiento jurídico. Los tratados exponen sistemáticamente una materia jurídica. En dicho ámbito se ubican los manuales que intentan sistematizar la materia. El comentario hunde sus raíces en la historia y pretende hacer aplicable a la sociedad en constante transformación los principios fundamentales del Estado. De aquí surge la necesidad existencial de la interpretación en forma de comentario con el fin de aclarar y superar las contradicciones adaptando la Constitución a la realidad dinámica de la sociedad. Esta interpretación debe hacer referencia directa a la gramática, al significado de los términos cuya extensión se transforma con el paso del tiempo, ha de cuidar la retórica usada y ha de ponerse en relación con las nuevas tendencias científicas, filosóficas y hasta con los cambios en el propio derecho. Los comentaristas pues son la fuente de especulación que deben adaptar la constitución a las nuevas corrientes del pensamiento. El comentador se encuentra entre el texto constitucional y el lector interesado en el mismo. El interés es el núcleo del comentario, es decir de este “inter-esse” depende su labor. Evidentemente, los comentarios han sido frecuentemente criticados al carecer reiteradamente de un cuerpo científico por lo que fueron considerados una transcripción del contenido del texto comentado por lo que se restringían a una compilación cercana al plagio. A pesar de todas las objeciones posibles a este tipo de escrito hay que decir que la obra que aquí se publica es todo lo contrario a su mala reputación. El comentario se caracteriza por ser, desde un punto de vista estilístico, bastante homogéneo a pesar de haber sido redactado por tres juristas muy diferentes. Además centran su trabajo en exponer los antecedentes y el trasfondo de la Constitución por lo que se puede comprender el trabajo preliminar realizado en la edición de la Constitución.

Los exegetas centran su comentario en dilucidar la Constitución revelando como está organizado el poder y cómo se establece su control. Además exponen detalladamente el aspecto técnico de la Constitución. En el núcleo de su exposición se explican las atribuciones competenciales, la jurisdicción y la responsabilidad de los órganos del Estado y sus procedimientos afines. Además se presentan la iteración de los órganos del Estado, la comunicación y el servicio entre estos así como las fricciones que puedan resultar de los mismos. El comentario analiza de manera pormenorizada los procesos y expone claramente las consecuencias políticas de estos procesos.

Hay que indicar desde el inicio que la Constitución austriaca no consta exclusivamente de un solo texto. Al contrario, como indica el Artículo 149 además de la presente Constitución se tienen en consideración las Leyes Constitucionales, en el sentido del Artículo 44, párrafo 1, las siguientes normativas: pri-

mero, la Ley Fundamental del Estado (*Staatsgrundgesetz*) del 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos generales del ciudadano y los Estados representados en el Consejo Imperial (*Reichsrat*); segundo, la Ley del 27 de octubre de 1862, para la salvaguardia de la libertad personal; tercero, la Ley del 27 de octubre de 1862 sobre inviolabilidad del domicilio (*zum Schutz des Hausrechts*); cuarta, la resolución del Consejo Nacional Interino del 30 de octubre de 1918; quinto, la Ley del 3 de abril de 1919, referente a la expulsión del territorio (*Landesverweisung*) y confiscación de los bienes de la casa de Habsburgo-Lorena; sexto, la Ley del 3 de abril de 1919 sobre la abolición de la nobleza, de las órdenes seculares de caballeros y de damas y de determinados títulos y dignidades; séptimo, la Ley del 8 de mayo de 1919 sobre las armas del Estado (*Staatswappen*) y el Sello Oficial (*Staatsiegel*) de la República Germano Austria (*Republik Deutschösterreich*) con las modificaciones pertinentes; octavo, la sección V de la Parte tercera del Tratado de Saint Germain de 10 de septiembre de 1919 en la que se estipulará, entre otros asunto que el estado se denominará "Austria".¹⁸

Por todo ello, lo primero que hay que constatar es que los valores de la Constitución federal son comentados por Kelsen/Froehlich/Merkl en un tono escéptico que va desde la suspicacia y la desconfianza hasta el rechazo abierto y sin disimulo a ciertas formulaciones expresadas en la redacción de la misma por otros interventores de la misma.¹⁹ Un ejemplo claro es el comentario del primer artículo de la Constitución que afirma:

Artículo 1. Austria es una República democrática, cuyas leyes emanan del pueblo."²⁰

El comentario que realizan al respecto Kelsen/Froehlich/Merkl es el siguiente: "El Art. 1 no tiene ningún contenido jurídico relevante"²¹. Además, revelan una contradicción en la redacción ya que las leyes según lo que estipula la Constitución no emanan del pueblo sino del Consejo Nacional (*Nationalrat*, Arts. 24

18 Comentario en HKW 8, 309 ss.

19 Los editores han incluido un croquis con los interventores de la Constitución (HKW 8, entre las páginas 532 y 533). Se observa que además de los bocetos de Kelsen, intervinieron los juristas Falser, Mayr, Danneberg, Renner y Abram, así como las conferencias patrocinadas por los futuros Estados federales (Salzburgo y Linz), los Comités Constitucionales y la sesión plenaria. Es comprensible el tono irónico al comentar ciertas transformaciones llevadas a cabo en este largo proceso.

20 HKW 8, 46.

21 HKW 8, 106.

ss.,²² el Gobierno Federal y el Consejo Federal (*Bundesrat*)²³. El único acercamiento al principio de una democracia directa está contemplado en los artículos comprendidos entre el 41 y el 46²⁴ en el que se instaura el instituto jurídico de la iniciativa popular²⁵ y el referéndum²⁶. Al mismo tiempo se hace referencia al término “Austria” ya que es una imposición del Tratado de St. Germain que impidió que el Estado fuese nombrado “Deutschösterreich” –es decir, “Germano Austria”– como habían propuesto numerosos grupos de la sociedad.

En el mismo tono es comentado el artículo segundo que afirma:

Artículo 2. 1. Austria es un Estado federal (*Bundesstaat*).²⁷

Según los comentaristas, el texto en sí carece de contenido jurídico (*Rechtssinhalt*) relevante. Es decir, si se entiende por Estado Federal aquella organización en la que la legislación y su implementación se segmentan entre una autoridad central y varias autoridades locales y en las que las autoridades locales (miembros) están involucradas en la legislación central, entonces Austria es sin duda un Estado Federal.²⁸ Pero, apostillan, que en el pasado reciente existían ya elementos federales en el sistema jurídico del Imperio²⁹. Además observan que está ausente en la ley fundamental de toda Constitución federal el principio: “*Bundesrecht bricht Landesrecht*”³⁰, es decir, la Ley Federal prevalece sobre la Ley de los Estados Federales. Esta deficiencia resulta extraña por lo que se pone de relieve al comentar la técnica diseñada en la distribución de las competencias como se describe en el artículo 15 y que es comentado *in extenso* en la obra³¹.

22 Cf.: HKW 8, 54.

23 HKW 8, 149.

24 HKW 8, 59-60.

25 HKW 8, 150 ss.

26 HKW 8, 158 ss.

27 HKW 8, 46.

28 El comentario es lo bastante objetivo por lo que se cita in extenso: “Versteht man unter einem Bundesstaat eine Organisation, in der die Gesetzgebung wie die Vollziehung zwischen einer zentralen und mehreren lokalen Autoritäten geteilt sind, wobei an der zentralen Gesetzgebung die lokalen autoritäten (Glieder) beteiligt sind, so ist Österreich zweifellos ein Bundesstaat.“ (HKW 8, 107)

29 Los comentaristas se refieren a la Ley Fundamental del Estado (*Staatsgrundgesetz*) del 21 de diciembre de 1867 publicado en el *Boletín Legislativo del Imperio (Reichsgesetzblatt)*, n° 142, sobre los derechos generales del ciudadano en los Reinos y Estados (*Konigreiche und Länder*) representados en el Consejo Imperial (*Reichsrat*).

30 HKW 8, 119.

31 HKW 8, 121 ss.

Otros ejemplos muestran la imparcialidad del comentario y el estilo seguido en el mismo. Así pues, se ponen de manifiesto ciertos errores en la Constitución que incluyen defectos de forma y contenido³². Además exponen puntualmente ciertas fracturas argumentativas³³. Asimismo critican ciertos aspectos vinculados a la política legal como por caso el principio de la igualdad proclamado en el artículo séptimo de la Constitución³⁴. También hace referencia a ciertas lagunas como por caso cuando indica que se omite diferenciar entre decreto legislativo (*Rechtsverordnung*) y reglamento administrativo (*Verwaltungsverordnung*)³⁵. A veces, las explicaciones que presentan los comentaristas ayudan a comprender el contenido de los artículos en su amplitud. Este es el caso, por ejemplo, del artículo veinte³⁶ en el que se pone de manifiesto que la dependencia de los órganos administrativos garantiza que una orden autocrática llevada a cabo por ciertos órganos no degenera en una administración autocrática³⁷.

Como hemos indicado arriba, el comentario hace hincapié en mostrar los trasiegos de fondo entre los partidos políticos y sus diferentes modos de entender las instituciones del Estado. Un ejemplo típico tiene que ver con la configuración del “*Bundesrat*” a la cámara de representantes territoriales –lo que equivaldría en España al Senado–. Aquí, los comentaristas hacen hincapié en que la constitución se acerca más al modelo alemán que a la constitución federal suiza o americana. Hacen mención a la discusión entre los socialistas y el partido cristiano social. El primero apostaba que los representantes en la Cámara alta estuvieran en relación proporcional (*proportionale Vertretung*) al número de ciudadanos en cada uno de los Estados federales; el segundo optaba por una representación igualitaria (*paritätische Vertretung*) y se llegó a un compromiso para que la cámara de representación territorial no se convirtiese en una imitación (*Abklatsch*) de la Cámara baja³⁸.

32 Un caso concreto hace referencia a la relación entre representación (*Vertretung*) y mandato (*Amt*) ya que su determinación es trivial –“*nichtssagend*”– Art. 118; HKW 8, 267. En el artículo 124 se indica que la Constitución no fija cuándo ocurre el caso de representación (*Vertretungsfall*), HKW 8, 267.

33 Cuando se determina la función de “municipio” (*Gemeinde*) se hace referencia a los municipios libres en los Estados libres (“*freien Gemeinden im freien Staaten*”) que se asienta en la interpretación iusnaturalista por lo que existen municipios independientes del Estado de modo análogo a las personas físicas. Este punto de vista es rechazado por el punto de vista positivista. Cf.: HKW 8, 259.

34 HKW 8, 115.

35 Compárese al respecto el artículo 18 en HKW 8, 52 y el comentario desarrollado por Kelsen/Froehlich/ Merkl en: HKW 8, 125 ss.

36 HKW 8, 53.

37 HKW 8, 129.

38 HKW 8, 141. Actualmente, la representación proporcional corresponde entre 3 y 12 miembros por

Entre los diferentes esbozos y la constitución final existen fricciones que se concentran en tres ámbitos distintos: el presidente federal, el Consejo Federal y los derechos fundamentales³⁹. Resulta sumamente esclarecedor leer el comentario que realizan los autores respecto el artículo 63 en el que ponen de manifiesto las diferencias entre los principios republicanos y monárquicos. El artículo reza del siguiente modo:

*“Artículo 63. 1. Sólo procederá la acusación oficial contra el Presidente federal cuando haya dado su conformidad el Consejo Federal.”*⁴⁰

Los comentaristas acentúan que en la Monarquía no existe la posibilidad de acusar al monarca ya que se rige por el principio de inmunidad. Sin embargo, en la Constitución de Austria, el Presidente conserva el principio de responsabilidad⁴¹. Existen al respecto dos procedimientos para exigir su responsabilidad en algún asunto concreto: por un lado, el artículo 68⁴² en el que se estipula que el Presidente federal es responsable en el desempeño de sus funciones ante el Consejo Federal⁴³; y, por otro lado, el artículo 142⁴⁴ en el que se describe el procedimiento a seguir en diferentes instancias en caso de que alguna instancia del Estado incurra en un incumplimiento culposo (“*schuldhafte Rechtsverletzung*”)⁴⁵.

En el comentario encontramos además señalamientos muy interesantes; como cuando el legislador de la Constitución muestra una cierta parcialidad y hasta favoritismo por ciertas predisposiciones monárquicas en la praxis constitucional. Esto se pone de manifiesto en el comentario al artículo 48 en el que se desenmascara la función de la invocación a la correspondiente resolución y que son un reflejo de la cláusula de promulgación ejercida durante la monarquía⁴⁶.

También expresan los comentaristas ciertos rechazos a determinadas fórmulas osadas que se expresan en la Constitución, como el establecimiento del principio del mandato libre (*freien Mandat*) estipulado en el artículo que reza del siguiente modo:

cada *Land*, dependiendo del número de ciudadanos.

39 Cf.: HKW 8, 346-349 y HKW 8, 478-485.

40 HKW 8, 64.

41 HKW 8, 189 ss.

42 HKW 8, 66.

43 Cotejase el comentario en: HKW 8, 198 ss.

44 HKW 8, 85.

45 Comentario en: HKW 8, 298 ss.

46 HKW 8, 165 ss.

“Artículo 56 Los miembros del Consejo Nacional y los componentes del Consejo Federal estarán ligados por mandato alguno en el ejercicio de su respectiva función.”⁴⁷

Desde el punto de vista de Kelsen/Froehlich/Merkl se ha optado por el uso de un tecnicismo jurídico superfluo, innecesario e inútil⁴⁸.

La Constitución está dividida en siete partes principales (*Hauptstück*). Sin embargo, desde nuestro punto de vista podríamos afirmar que consta de cuatro cuerpos: el primero, las disposiciones generales que finalizan con las cláusulas finales; el segundo, centra su atención en describir las funciones del Estado confederado (*Bund*); el tercero describe la estructura y competencias de los estados federales (*Länder*); y, el cuarto, presenta los órganos de control. Pasamos a presentar las líneas generales de sus partes.

En parte hemos comentado algunos elementos de la primera parte principal en la que se expresan las disposiciones generales⁴⁹.

La segunda parte principal despliega la legislación del Estado confederado (*Bund*)⁵⁰. El Consejo Nacional reúne la mayoría de los poderes legislativos ya que es donde se concentra la autoridad legislativa federal (Art. 24 ss.). Los proyectos de ley aprobados por el Consejo Nacional se envían al Consejo Federal para corroboración. Si el Consejo Federal aprueba el proyecto de ley o simplemente no hace nada durante ocho semanas, el proyecto de ley ha de ser aprobado (art. 41 ss.). Si el Consejo Federal vetara el proyecto de ley, el Consejo Nacional podría todavía obligarlo a aplicarlo simplemente pasándolo de nuevo; una resolución del Consejo Nacional que anule una objeción del Consejo Federal simplemente tiene que cumplir con un quórum más alto que una resolución regular. En otras palabras, el Consejo Federal no tiene ningún poder real para impedir la adopción de la legislación, siendo el Consejo Nacional trivialmente capaz de anularla. Hay tres excepciones a esta regla: primero, las leyes o reglamentos constitucionales que limitan las competencias de los estados federales; segundo, las leyes relativas a los derechos del propio Consejo Federal, y, tercero los tratados relativos a la jurisdicción de los estados federales. La aprobación del Conse-

47 HKW 8, 63.

48 HKW 8, 181.

49 Comprende los artículos 1-23 que son comentados en: HKW 8, 103-132.

50 Comprende los artículos 24-59 que son comentados en: HKW 8, 132-186.

jo Nacional también es necesaria para que se ejerzan la mayoría de las prerrogativas de la Asamblea Federal. Por ejemplo, las mociones para convocar a un referéndum para que el electorado retire al presidente y las mociones para declarar la guerra necesitan una mayoría de dos tercios en el Consejo Nacional. Sólo las mociones para acusar al Presidente también pueden ser del Consejo Federal.

El Consejo Federal (*Bundesrat*) (art. 34 ss.) es la cámara de representación de los estados federales. En la práctica política, el Consejo Federal de Austria tiene muy poca influencia, ya que en la gran mayoría de los casos sólo tiene un derecho de veto suspensivo contra el Consejo Nacional que puede anular con una mayoría simple. De facto, solo puede posponer las leyes, con algunas excepciones. El Consejo Federal tiene derecho de consentimiento en los siguientes casos: primero, en lo que se refiere a las leyes y reglamentos constitucionales que restrinjan las competencias de los estados federales. En este caso, la constitución prevé una mayoría de dos tercios si la mitad de los miembros están presentes, (Art. 44, Párrafo 29); segundo, aquellas disposiciones legales que afecten los derechos del propio Consejo Federal; tercero, los tratados estatales que regulen asuntos que conciernen la actividad de los estados federales. En este caso se exige una mayoría incondicional (art. 50); cuarto, las leyes constitucionales y las disposiciones que modifican los artículos 34 o 35 de la Ley Constitucional Federal en la que se requiere la mayoría de los representantes de al menos cuatro estados en el Consejo Federal de conformidad con el artículo 35, párrafo 4; quinto, también se hace referencia a ciertos asuntos en los que los estados participan directamente en el proceso legislativo federal; sexto, en los cambios constitucionales en lo que además se deberá realizar un referéndum. Pero la constitución también pone límites a las competencias del Consejo Federal ya que se le exime del derecho a participar en leyes que se refieran a uno de los siguientes puntos: primero, modificación del reglamento interno del Consejo Nacional; segundo, disolución del Consejo Nacional; y, tercero, intromisión en la legislación financiera (Art. 42 párr. 5). Una de sus características es que sus miembros no están obligados por la disciplina de voto, pudiendo votar individualmente (art. 58).

La tercera parte principal se centra en exponer la ejecución y cumplimiento del Estado (*Vollziehung des Bundes*)⁵¹. La administración aborda las competencias del presidente federal, el gobierno federal, las fuerzas armadas y la jurisdicción. En la constitución se regula el funcionamiento de la Presidencia. Es elegido por el Consejo federal por mayoría absoluta. No puede desempeñar otra fun-

51 Comprende los artículos 60-94 que son comentados en: HKW 8, 186-226.

ción. Para ser enjuiciado tiene que ser aprobado por la mayoría del Consejo y el Canciller debe convocar al Consejo nacional. En caso de que el presidente renuncie o pierda su cargo, las funciones se traspasan al Canciller que debe exigir al Consejo una nueva elección. Las funciones del presidente son especificadas en la ley⁵² pero desarrolladas más ampliamente en el comentario⁵³. Las competencias asignadas al Presidente se pueden resumir de la siguiente manera: primero la representación internacional de la república así como las funciones afines a los tratados internacionales; segundo, asuntos vinculados al Consejo Nacional y la convocatoria de la Asamblea Federal, fijación del número de miembros a delegar en el *Bundesrat* y los asuntos vinculados a referendos; tercero, los asuntos que conciernen con el Gobierno federal –nombramiento, juramento, cese, transferencia de la gestión de las agendas de la Cancillería Federal a sus ministros federales, nombramiento del gobierno provisional–; cuarto, asuntos vinculados a los Estados federales; quinto, competencias en situaciones de crisis; sexto, mando supremo de las fuerzas armadas; séptimo, asuntos que conciernen la administración del Estado –nombramiento de funcionarios públicos federales–; octavo, en el ámbito jurisdiccional le compete el nombramiento de los jueces y fiscales, inauguración de los Tribunales Constitucional y Administrativo, ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, indulto y suspensión de procedimientos; noveno, le asiste la función “notarial”; y décimos, concesión de derechos honorarios como condecoraciones, títulos profesionales, promoción *sub auspiciis Praesidentis rei publicae* y entrega de un anillo de honor a los doctores.

Las limitaciones del Presidente están estipuladas por el Canciller o los Ministros ya que sus actos deben ser refrendados por el Canciller o los miembros del gobierno ya que de lo contrario sus actos no serán válidos. El presidente es responsable (Art. 68) y se le afora ante el Tribunal Constitucional (Art. 142) en caso de violación de la constitución. Pero también si comete un delito penal debe presentarse ante el mismo Tribunal como todos los miembros del Gabinete ministerial, los ministros de los estados federales y los presidentes de dichos estados (art. 142). Kelsen/Froehlich/Merkl indican que no existe ningún conflicto entre la inmunidad del presidente y su responsabilidad⁵⁴ ya que se distingue claramente la responsabilidad jurídica y estatal de la responsabilidad política. La primera cuestiona: de quién es responsable el órgano (“*wem das Organ verantwortlich ist*”) y ante quien es responsable el órgano (“*vor wem das Organ verantwortlich ist*”) y añaden que además hay que diferenciar quién debe tomar la iniciativa

52 HKW 8, 65 Art. 65.

53 HKW 8, 190-195.

54 HKW 8, 199.

de presentar cargos (“*von wem die Initiative zur Erhebung der Anklage ausgehen muss*”)⁵⁵. Según los exegetas la iniciativa debe ser tomada por el Consejo Nacional (*Nationalrat*) o el Consejo Federal (*Bundesrat*) por lo que se excluye de esta función al Congreso Federal (*Bundesversammlung*)⁵⁶.

Evidentemente el papel que juega el canciller federal, el vicescanciller y los ministros es crucial. El Canciller coordina y representa el trabajo del gobierno en relación con el parlamento, los ciudadanos y la opinión pública. El representante constitucional del Canciller Federal es el Vicescanciller designado por el Presidente Federal a sugerencia suya. El gobierno federal es elegido por el Consejo Nacional. El comentario indica que la elección del gobierno sólo se puede llevar a cabo mediante coaliciones por lo que se generó una ley afín, la denominada “*Proporzregierung*”⁵⁷. “*Proporz*” (del latín, “*ratio*”) describe la relación entre los miembros de un grupo y el número de sus representantes en un órgano de toma de decisiones por lo que se refiere a la participación proporcional de diferentes grupos políticos en el gobierno y la administración. El Art. 71 es sumamente interesante ya que ha sido aplicado recientemente en la “*Ibiza-Affäre*” según el cual el Presidente tiene potestad para constituir un Gobierno mediante funcionarios del cuerpo superior⁵⁸.

La función de las fuerzas armadas están fijadas en los correspondiente artículos (arts. 79-81). El Presidente Federal es el comandante en jefe de las fuerzas armadas si bien el Ministro Federal de Defensa Nacional tiene la autoridad. El oficial de más alto rango en las fuerzas armadas es General correspondiente. Las funciones más relevantes son la defensa nacional, la protección de la población y las instituciones, la asistencia en caso de desastres naturales o accidentes y, más recientemente, el apoyo en el exterior.

El término “*Gerichtbarkeit*” (jurisdicción) hace referencia, por un lado, a los

55 HKW 8, 198.

56 Para generar una correlación directa con nuestras instituciones: el Consejo Nacional (*Nationalrat*) sería equiparable al Congreso de los Diputados. El Consejo Federal (*Bundesrat*) equivaldría al Senado. El Congreso Federal (*Bundesversammlung*) correspondería a las Costes Generales.

57 Ley de 6 de julio de 1920, St.G.Bl. N° 283. Cf.: HKW 8, 201.

58 Se denomina *Ibiza-Affäre* (caso-Ibiza) al escándalo político tras la publicación de un video grabado en Ibiza en 2017 y en el cual se vieron implicados el vicescanciller y líder del partido de coalición. El canciller destituyó al vicescanciller y al ministro de interior. Renunciaron a su cargo todos los ministros del partido de la coalición gubernamental lo que provocó la disolución de la coalición de Gobierno y la consiguiente convocatoria de elecciones anticipadas. El presidente nombró un nuevo Gobierno que constaba de funcionarios del cuerpo superior aplicando el Art. 71 de la Constitución.

tribunales que sirven a la administración de justicia u otra práctica jurídica; y por otro lado, la ejecución del sistema legal a través de lo anterior (Arts. 82 ss.). La organización de los tribunales en Austria se caracteriza por una división en jurisdicción ordinaria (para el derecho penal y civil (cf.: art. 90 ss.) y tribunales de derecho público (para el derecho constitucional y administrativo). A diferencia de otros estados federales, el tribunal responsable de todos los tribunales de la República de Austria era el gobierno federal. Según el Art. 84 de la Ley Constitucional Federal, la jurisdicción militar sólo puede existir en Austria en caso de guerra a través de su propia ley. Se deroga la pena de muerte (Art. 85). Seguidamente se fija el papel de los jueces enfatiza en la independencia de la justicia tanto de la administración y los jueces (art. 94).

La cuarta parte principal presenta la legislación y la ejecución y el cumplimiento de los Estados federales (*Gesetzgebung und Vollziehung der Länder*)⁵⁹. En esta parte está incluida una disquisición sobre las Constituciones de los Estados federales. Como se ha indicado la República de Austria es un Estado federal compuesto por nueve estados federales autónomos. Su carácter federal es uno de los principios establecidos en la Constitución y solo puede modificarse mediante referéndum. Los poderes legislativo y ejecutivo son compartidos por los gobiernos federal y los gobiernos de los estados autónomos. Las leyes de estos estados y las leyes relativas a las comunidades son aprobadas por los parlamentos de cada uno de los estados federales. La administración depende de los gobiernos estatales.

La quinta parte principal inaugura los instrumentos de control del Estado. El primero es el control del Tribunal de cuentas (*Rechnungshof*) del Estado⁶⁰. Resulta sumamente interesante realizar algunas comparaciones entre la Constitución austriaca y la española. Sobre todo con respecto a los órganos de control internos. Si cotejamos el apartado sobre el *Rechnungshof* y el *Tribunal de Cuentas* que se encargan de la fiscalización del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable observamos lo siguiente. Las funciones asignadas al *Rechnungshof* están estipuladas sus funciones en la constitución mediante los Artículos comprendidos entre el 121 y el 128⁶¹. El comentario realizado por Kelsen/Froehlich/Merkl es bastante explícito y asumen una función de control independiente⁶². En contraposición, la Constitución española hace referencia al Tribunal

59 Comprende los artículos 95-120 que son comentados en: HKW 8, 226-262.

60 Comprende los artículos 121-128 que son comentados en: HKW 8, 262-269.

61 HKW 8, 79-81.

62 HKW 8, 262 ss.

de cuentas en el artículo 136⁶³. La función de control en la Constitución austriaca está garantizada y su relevancia puesta de manifiesto mediante las competencias que se le asigna en la fiscalización y el control de las cuentas del Estado (*Rechnungskontrolle des Bundes*).

La sexta parte principal aglutina dos instancias de control del Estado mediante el Tribunal administrativo y el Tribunal constitucional⁶⁴. La primera instancia de control es el *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Administrativo) ya que supone una garantía de que la administración actúe conforme a lo que está estipulado en la Constitución. La función del Tribunal se encuentra estipulada en los artículos 129-136⁶⁵. El Tribunal garantiza el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica en el trato con la administración. Como máxima instancia de protección jurídica, vela por que las autoridades administrativas actúen en conformidad con la ley. Su función es distinta a la que se asigna a los Tribunales Económico-Administrativos de España que son órganos administrativos independientes. Su campo de actividad incluye trámites en la construcción y permisos de planta, así como asuntos vinculados al derecho fiscal y, más recientemente, trámites de asilo. Se encuentra por encima de los tribunales administrativos, que a su vez garantizan la acción legal de las autoridades administrativas. El Tribunal Administrativo procede de la jurisdicción administrativa de la monarquía y su historia y competencia son comentados puntualmente por Kelsen/Froehlich/Merkl⁶⁶.

El tercer órgano de control se lleva a cabo mediante el *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional) cuyas funciones y organización se encuentran definidas en el capítulo sexto de la Constitución Federal que comprende los artículos 137 hasta 148⁶⁷. Despliega una doble función, de la que se derivan las siguientes atribuciones: por un lado, supervisa las instituciones velando que el funcionamiento de los órganos federales y estatales se adecúen a las leyes, haciendo efectiva la responsabilidad jurídica de estos órganos en caso de incumplimiento (artículo 142). Arbitra en los conflictos competenciales entre la administración federal y estatal, así como en los conflictos jurisdiccionales distintos Tribunales. Por otro lado, garantiza el respeto a los derechos constitucionales por parte de los poderes públicos y asegura que las leyes y los decretos se adecúen a la Constitución así como a los tratados internacionales aprobados por el Consejo Nacional. El

63 Además se hace mención al mismo en el art. 153 (d).

64 Comprende los artículos 129-148 que son comentados en: HKW 8, 269-309.

65 Véanse los apartados comprendidos en: HKW 8, 81-83.

66 Cf.: HKW 8, 269-278.

67 HKW 8, 83-86.

Tribunal actúa en estas ocasiones como legislador negativo. Además de las competencias que se adjudica del *Reichsgericht*, asume las competencias de los recursos de anulación presentados por el Gobierno estatal contra cualquier ley inconstitucional de los Parlamentos de los estados federales. Por tanto, se le encomienda la evaluación de la constitucionalidad de la legislación, garantiza los derechos constitucionales de los ciudadanos y vela por el orden federal. Los comentarios de Kelsen/Froehlich/Merkl son muy precisos ya que conocían el procedimiento seguido durante el régimen monárquico⁶⁸.

La séptima parte principal presenta las cláusulas finales⁶⁹. En dicho apartado se hace referencia a legislaciones precedentes como el Ley Fundamental del Estado (*Staatsgrundgesetz*) y los derechos generales del ciudadano que hemos mencionado anteriormente que determina el contenido de la Constitución de lo contrario tendría un carácter incompleto.

Finalmente deseo expresar unas palabras sobre el contexto teórico más amplio en el que se asienta el comentario de la Constitución aquí reseñada. Para Kelsen la norma básica (*Grundnorm*) se sustenta en el recurso a una “constitución históricamente originaria” como condición necesaria del derecho. Esta constitución suele formar el nivel fundamental de la jerarquía normativa del sistema legal. No es susceptible de ninguna otra justificación. No obstante, la fuerza vinculante intersubjetiva de la ley depende de ello. Visto así, la primera constitución reemplaza formalmente el concepto de justicia. Para Kelsen la constitución es el resultado de los logros humanos de acuerdo con un proceso generativo de creación del derecho. Según Kelsen, el valor de este método es “hipotético” y, por tanto, se “presupone”⁷⁰. Así pues, si se supone que una determinada institución está autorizada para aplicar las normas legales, entonces el derecho se considerará que es el derecho que se genera por este órgano judicial. Este prerequisite para la máxima autoridad legal, establecido por la norma básica, es la vigencia de la normatividad de un sistema legal. Sin embargo, en el ámbito del derecho positivo, la validez de este requisito sigue siendo “infundada”.

En contra de las interpretaciones simplistas actuales sobre el planteamiento positivista de Kelsen hay que indicar que en esta obra se desmenuzan los elemen-

68 HKW 8, 278-309.

69 Comprende los artículos 149-152 que son comentados en: HKW 8, 309-312.

70 Hans Kelsen, *Die Idee des Naturrechts* (1927/28), en: *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl und Alfred Verdross*, eds. H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Viena, Europa, 1968, 245-280. Especialmente pp. 256 ss.

tos normativos marginales que contaminan o influyen en la constitución vigente generando paradojas o inconsistencias. Estos elementos han sido denominados mediante la fórmula manida de “positivismo jurídico” que el propio Kelsen acuñó debido a su inclinación neokantiana⁷¹. Esta expresión es reiteradamente caracterizada como la separación metodológica o conceptual entre derecho y moral⁷². Un error muy reiterativo se asienta en considerar como fundamental un “corolario” de la tesis que postula el positivismo jurídico. Como observamos en el comentario reseñado la doctrina de la teoría y la filosofía jurídica se centra principalmente en analizar el derecho establecido y reconocido por el estado para cuestiones relacionadas con el surgimiento, la aplicación y la eficacia de las normas legales. Su fin es crear un marco reflexivo sobre el estado como una autoridad legislativa. Este hecho no implica que no se estudien las regulaciones pre-estatales o incluso atemporales implícitas en la constitución ya que muchas de estas subordinan el derecho vigente a normas sobrepositivas y las derivan deductivamente de ellas –hemos indicado por ejemplo los problemas que generan los comportamientos autocráticos, o los derechos de las “*Freistädte*” que interfieren en la función de las “*Gemeinde*”–, y, por tanto, requieren de una explicación al margen de la legalidad constitucional republicana ya que proceden de derechos adquiridos históricamente y que no pueden ser abolidos sin más. Según la teoría jurídica pura de Kelsen, la esfera del ser, es decir, lo fáctico, debe estar estrictamente separada de la esfera del deber, es decir, la normativa. De esta separación, Kelsen derivó el postulado de que la jurisprudencia debería ocuparse exclusivamente de las normas jurídicas. Ahora bien, considero que el análisis de la conducta relacionada con las normas era un asunto que concernía más bien a la sociología. Kelsen propone generar un sistema cerrado de reglas basado en una norma básica (*Grundnorm*) que debería ser “pura” desde un punto de vista sociológico. Esta premisa promovió la denominada “tesis de la separación”, que entendía la ley y la moralidad como partes de dos sistemas independientes. Por todo ello consideraba que la justicia debía ser entendida como un aspecto parcial de la moral, es decir, un problema originalmente filosófico y, por lo tanto, no era objeto de de-

71 Aquí juega un papel importante los trabajos de Hermann Cohen, *Logik der reinen Erkenntnis*, Berlín, Cassirer, 1902 y Hermann Cohen, *Ethik des reinen Willens*. Berlín, Cassirer, 1904. Las lecturas que efectúa H. Kelsen del neokantianismo se asientan en interpretaciones genuinas, muchas veces contrarias al espíritu y la letra del propio I. Kant como seguidamente comprobaremos. Cf.: Christian Krijnen, Neukantianismus: Rechtsphilosophie als transzendente Kulturphilosophie, *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2020. <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/123-neukantianismus>> [28/02/2021].

72 Léase la pseudo-controversia entre Manuel Atienza, García Amado y el objetivismo moral, *Teoría y derecho*, 27, 2020, 44-57, especialmente p. 46. Este artículo es una contestación al artículo de Juan Antonio García Amado, Objetivismo moral y derecho, *Teoría y derecho*, 27, 2020, 14-43.

recho. Más bien, el derecho sería cualquier contenido que encajase en un sistema vinculado al orden y fuera válido mediante la efectividad de la coerción⁷³. Esta tesis de la separación es, por tanto, una consecuencia pero no el origen y debe ser tenida en cuenta –como lo es en este comentario– a la hora de indicar aquellos factores implícitos en la Constitución.

No obstante, quien lea atentamente la propuesta de Kelsen observará que la denominada teoría pura del derecho se asienta en una paradoja. La distinción entre “ser” y “deber” es de origen neokantiano y, por tanto, se encuentra al margen de las distinciones estrictamente jurídicas. Es más, esta distinción no supera el criterio impuesto de imparcialidad y tampoco atiende al requisito de veracidad. Es un presupuesto filosófico acuñado en una tradición específica que otras co-

73 Algunos intérpretes son de la opinión que la doctrina pura del derecho de Kelsen representa una forma de ley de la razón tal como la llevó a cabo Hermann Cohen (Cf.: Helmut Holzhey, *Die Transformation neukantianischer Theoreme in die Reine Rechtslehre Kelsens*. En: *Hermeneutik und Strukturtheorie des Rechts*, eds. M. W. Fischer, E. Mock, H. Schreiner, Wiesbaden: Steiner, 1984, 99–110; Stanley L. Paulson, *Zur neukantischen Dimension der Reinen Rechtslehre*, en: St. L. Paulson (ed.), *Fritz Sander/Hans Kelsen, Die Rolle des Neukantismus in der reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen*, Aalen, Scientia Verlag, 1988, 7-26.). El factor decisivo para esta evaluación es que la norma básica de Kelsen funciona como fundamento de la validez del sistema legal en el sentido de un “requisito de lógica legal”. Esta recepción ha enfatizado que para Kant la base del derecho positivo debe buscarse en la mera razón. Por ello se reitera que la idea jurídica normativa tiene un “origen” razonable. Más precisamente, el principio de derecho constituye la unión de la voluntad de todos los ciudadanos de acuerdo con la ley general libre. Por tanto, asegurar la libertad es el propósito de la ley. Sin embargo, esta determinación sustantiva del principio legal no juega ningún papel relevante en la propuesta kelseniana. Con esta orientación metodológica se debe abandonar el sentido ético-jurídico natural de la ética de Cohen, es decir, Kelsen sacrifica los contenidos por el método. La teoría de la norma básica (*Grundnorm*) de Kelsen describe la teoría neokantiana de Cohen sobre el origen del conocimiento en el pensamiento en términos de teoría jurídica (Cf.: H. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”*, *Zeitschrift für öffentliches Rechts*, 3, 1921/22, 103-235, especialmente p. 231). Por todo ello, la norma básica –entendida como hipótesis jurídica– establece que los sujetos deben comportarse de acuerdo con la constitución. Sin embargo, la tesis de Kelsen y su lectura neokantiana entra en conflicto con el mismísimo I. Kant ya que desde un punto de vista trascendental la formulación neokantiana debería haber despertado sospechas, especialmente si se parte de la determinación de Kant de asegurar la libertad externa de elección como propósito de la ley. O parafraseando la *Crítica de la razón pura* de Kant: en contraste con una lógica “general” –la lógica meramente formal– la lógica “trascendental” no abstrae el contenido del conocimiento, sino que piensa las determinaciones lógicas como determinaciones de contenido; se orienta –como dice Kant– al “origen” de nuestro conocimiento (Kant, *KdV*, B 79 ss.), pensando así en la forma como una forma que da forma al contenido. En el caso del derecho, la forma configura el contenido del derecho. En consecuencia, el contenido de la ley se concibe como una determinación de la libertad. Como derecho, el derecho positivo debe satisfacer esta orientación de libertad funcional. Para Kelsen, contrariamente, la norma básica se caracteriza por una racionalidad formal que se abstrae del contenido: cualquier contenido puede ser la ley en el sentido de Kelsen, siempre que el proceso de generación de la ley sea correcto.

rrientes en el ámbito especulativo han criticado y refutado. Por tanto, la supuesta “pureza” de la teoría positivista propuesta por Kelsen parte de prejuicios metodológicos y distinciones formales pre-jurídicas que sólo pueden ser probadas o refutadas en el campo de la filosofía y con los instrumentos y técnicas afines a esta disciplina⁷⁴.

Sin lugar a dudas, el volumen publicado es un incentivo para reflexionar acerca de Constituciones de nuestro entorno, pero también para estudiar el procedimiento llevado a cabo por los comentaristas y sus conocimientos y principios seguidos en la interpretación de su cometido. Los editores han hecho un trabajo sistemático que debe ser elogiado tanto en el contenido como por la forma.

Prof. Dr. Jesús Padilla Gálvez
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Castilla-La Mancha
San Pedro Mártir, s/n.
45071 Toledo
e-mail: jesus.padilla@uclm.es

74 No debemos olvidar que el prejuicio neokantiano por el que apuesta Kelsen se asienta en la superación de la distinción entre el sujeto “puro” y “empírico” que se asienta en la distinción entre un epítome de principios de validez, por un lado, y el *subjetum*, por otro. Se trata de una relación de validez proporcional entre la exigencia incondicional del sujeto puro y el cumplimiento condicional por parte del sujeto empírico. A partir de esta relación se puede entender por qué el dualismo entre ser y deber, según los neokantianos, se asienta en premisas filosóficamente insostenibles: el ser siempre se basa en el deber. En consecuencia, los neokantianos intentan articular su autodeterminación en el punto de partida de las áreas culturales existentes –por caso, el derecho– revelando sus principios de validez de manera reflexiva.

RESUMEN

El fin de esta reseña crítica es analizar el comentario a la Constitución de la República de Austria publicado hace un siglo por H. Kelsen, G. Froehlich y A. J. Merkl. Kelsen había redactado diferentes esbozos de la Constitución que fueron parcialmente alterados en los diferentes proyectos. El comentario realiza un examen crítico de la Constitución. Explica ciertos presupuestos en los que se asienta su redacción y señala determinadas expresiones desacertadas surgidas de los compromisos entre los partidos políticos. Kelsen muestra las contradicciones y los aciertos que aún perduran en la Carta Magna austriaca. Los principios fundamentales de la constitución son el estado democrático parlamentario y republicano esencialmente federal, en la que impera el estado de derecho y la separación de poderes que mantiene un fuerte sesgo liberal. Pero el comentario deja claro que dicha Constitución se asienta en múltiples elementos elaborados en la constitución monárquica. Este comentario sigue siendo utilizado por los constitucionalistas actualmente. La reseña introduce los fundamentos del trabajo preliminar realizado en la elaboración de la Constitución. Seguidamente se describen las disposiciones generales que finalizan con las clausula finales. El segundo apartado, centra su atención en describir las funciones del Estado confederado. El tercer apartado describe la estructura y competencias de los estados federales. El último presenta los órganos de control. Finalmente, se hacen ciertas observaciones sobre los presupuestos teóricos en los que se asienta el Comentario.

PALABRAS CLAVE

Constitución, Austria, democracia parlamentara, república, Comentario.

ABSTRACT

The aim of this critical review is to analyze the commentary on the Constitution of the Republic of Austria that H. Kelsen, G. Froehlich and A. J. Merkl published a century ago by. Kelsen had made different drafts of the Constitution that were partially altered in different versions. Their commentary carries out a critical examination of the Constitution. It explains the fundamental principles and points out certain misleading expressions that were the result of the compromises made between the political parties. Kelsen reveals the contradictions and achievements that still persist in the Austrian Magna Carta. Its principles form the basis of the federal democratic parliamentary and republican state, in which the rule of law prevails and the separation of powers maintains a liberal bias. However, the commentary also shows that the Constitution is based on mul-

tiple elements elaborated in the monarchical constitution. The commentary is still used by constitutionalists today. The review introduces the fundamentals of the preliminary work carried out in the elaboration of the Constitution. First, the author describes the general provisions and ends with an analysis of the final provisions. The second section focuses on the functions of the confederate state. The third section describes the structure and powers of the federal states. The last section describes monitoring body. Finally, certain observations are made about the theoretical assumptions on which the commentary is based.

KEYWORDS

Constitution, Austria, parliamentary democracy, republic, commentary.