

# DOS PARADIGMAS ENCONTRADOS DEL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL EN EUROPA: AUSTRIA Y ALEMANIA

ANDRÁS JAKAB

I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES: 1. *Constitución*. 2. *Estado y soberanía*. 3. *Democracia*. 4. *Estado federal*. 5. *Estado de Derecho, división de poderes y República*. 6. *La ausencia de conceptos fundamentales alemanes*.—II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.—III. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO: 1. *La Constitución fragmentada y estratificada*. 2. *Derecho internacional, Derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 3. *Actos de aplicación como normas individuales*. 4. *Los actos internos de la administración*. 5. *Derecho metapositivo y Derecho constitucional consuetudinario*.—IV. DOGMÁTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—V. LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—VI. ESTILOS DE PENSAMIENTO.

Un jurista externo que se propusiera realizar un estudio comparativo quizás a primera vista pudiera tratar de equiparar los pensamientos constitucionales alemán y austriaco —no sólo por el idioma alemán común a ambos, sino también por el hecho de que la mayoría de los manuales de Derecho comparado (basados en las características del Derecho privado) hayan adscrito tales Estados a la misma «familia jurídica» (1). Sin embargo, tal suposición sería efectivamente

---

(1) Quiero agradecer las importantes consideraciones y críticas de Armin von Bogdandy, Rainer Grote, Ulrich Hufeld, Christoph Möllers, Otto Pfersmann, Markus Rau, Alexander Sotomayor, Robert Walter y Ewald Wiederin, así como de los participantes del *Workshop Comparative Constitutionalism* del XXIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho (IVR) celebrado en Kracovia (Polonia), del 1 al 6 de agosto de 2007. Mis sinceras gracias a Leonardo Álvarez por la cuidada traducción. Las abreviaturas utilizadas en este artículo son las siguientes: B-VG (*Bundes-Verfassungsgesetz*, Constitución federal austriaca de 1920); GG (*Grundgesetz*, Ley fundamental alemana de 1949); StGG (*Staatsgrundgesetz*, Ley fundamental del Estado austriaco de 1867); WRV (*Weimarer Reichsverfassung*, Constitución de Weimar de 1919).

falsa. Las categorías de la dogmática constitucional alemana, bien conocidas en España, no pueden ser sin más trasladadas al ordenamiento austriaco, donde los mismos conceptos aparecen conforme a una óptica bien distinta. Las citadas «incompatibilidades» son las que justifican la intención de este trabajo de presentar las diferencias existentes.

No se trata, en realidad, de particularidades concretas del Derecho público austriaco o alemán (2), sino más bien de conceptualizaciones y de modelos argumentales que contrastan con los difundidos en el ordenamiento jurídico del otro Estado. Las consideraciones de los autores austriacos y alemanes y los diferentes esquemas de pensamiento se ponen de relieve de una mejor manera a través de su comparación. La pretensión de este estudio es, en primer lugar, ofrecer un adecuado conocimiento del modelo de pensamiento jurídico-público austriaco para, posteriormente, poder conseguir una cabal comprensión de ciertos lugares comunes con la dogmática jurídico-pública alemana.

A lo largo del trabajo se han evidenciado dos problemas metodológicos distintos. El primero de ellos es que los autores manejan, en parte, conceptualizaciones diversas, por lo que no cabe afirmar la existencia de una dogmática iuspublicista austriaca o alemana unitaria. Incluso, aun así, las diferentes tendencias difundidas en Austria reflejan, esencialmente, una dogmática con frecuencia distinta a la alemana. El segundo de los problemas es que un examen del «esquema argumental y conceptual» no puede ser «adecuado» sin vincularse al concreto Derecho positivo.

El presente trabajo no pretende llevar a cabo una enumeración de las concretas diferencias dogmáticas, sino más bien adentrarse en el análisis último de sus fundamentos. Al respecto, estas tesis pueden expresarse de la siguiente manera: 1) las peculiaridades dogmáticas en Austria encuentran su explicación en la influencia de la teoría pura del Derecho. Esto no sólo se materializa en diferentes categorías dogmáticas, sino también en la ausencia en unos casos y en la resistencia, en otros, a los presupuestos propios del decisionismo, de la teoría de la integración y del Derecho natural (3). Esta resistencia no sólo

---

(2) Como introducción al Derecho público austriaco, cfr. Friedrich KOJA, *Einführung in das öffentliches Recht*, 1998; así como Ewald WIEDERIN, «Österreich», en Armin VON BOGDANDY/Pedro CRUZ VILLALÓN/Peter M. HUBER (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, vol. I, 2006, págs. 389 y sigs. sobre el Derecho constitucional austriaco, así como Alexander SOMEK, «Österreich», *ibidem*, vol. II, págs. 637 y sigs., sobre la ciencia austriaca del Derecho constitucional.

(3) La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen intentó depurar la ciencia jurídica de todos los elementos no estrictamente jurídicos (sociológicos o morales). Por el contrario, el decisionismo de Carl Schmitt puso su énfasis en el momento de la decisión política y de la lucha política en el Derecho constitucional. Por su parte, la teoría de la integración de Rudolf Smend consideró a la integración de la sociedad como la función fundamental de la Constitución.

se observa propiamente en los actuales representantes de la doctrina pura del Derecho, sino también incluso en los que mantienen posiciones contrarias a ella en el seno del ordenamiento jurídico-austriaco. 2) La dogmática austriaca se ha ocupado en detalle del sistema de fuentes y de la justicia constitucional, en ocasiones incluso de forma más consecuente y pormenorizada que la doctrina alemana. En realidad, esta concentración de problemas propios de la teoría general de las normas es la herencia de Kelsen. 3) La autonomía dogmática del Derecho público austriaco decrece, sin embargo, en varios aspectos lo que, en parte, encuentra explicación en la creciente influencia alemana. Eso no significa, en modo alguno, que se desdibujen las diferencias; se trata simplemente de una aproximación limitada. 4) Algunas sorprendentes soluciones dogmáticas se explican sencillamente por casualidades históricas y políticas y no por motivos basados en teorías jurídicas.

## I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

### 1. Constitución

La distinción entre Constitución formal y Constitución material es también conocida en Austria, si bien tales categorías evocan, en parte, algo bien distinto. Mientras en Alemania el concepto material de Constitución en buena parte de los casos aparece definido como el conjunto de las más relevantes decisiones fundamentales (4) o como el orden jurídico fundamental de la comunidad (5), en Austria con el concepto de Constitución material se entiende, de ordinario, el conjunto de reglas reguladoras de la creación de normas (6). El concepto decisionista «decisión fundamental» y la idea de «comunidad», sobre la que se sustenta la doctrina de la integración, no han sido utilizados por las construcciones *jurídicas* austriacas. Tales conceptos implican particularmente una confusión de argumentos fácticos y normativos deducidos, o bien de una posi-

---

(4) Karl DOEHRING, *Allgemeine Staatslehre*, 3.<sup>a</sup> ed., marginal 302 y sigs.; Peter BADURA, *Staatsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 2003, págs. 7 y sigs. Sobre la concepción de los principios constitucionales como decisiones fundamentales véase en Hartmut MAURER, *Staatsrecht*, I, 3.<sup>a</sup> ed., 2003, pág. 11.

(5) Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.<sup>a</sup> ed., 1995, pág. 10.

(6) Clásicamente, Robert WALTER/Heinz MAYER, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 9.<sup>a</sup> ed., 2000, marginal 4. De manera contraria (como normas de contenido fundamental): Theo ÖHLINGER, *Verfassungsrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., 2003, marginal 14. Una panorámica sobre las diferentes posiciones, véase en Ludwig ADAMOVICH/Bernd-Christian FUNK/Gerhart HOLZINGER, *Österreichisches Staatsrecht*, vol. 1, 1997, marginal 01.003 y sigs.

ción de *poder fáctico* («la decisión política fundamental») sobre una situación *jurídica* («Constitución»), o bien de la utilización de una serie de conceptos indeterminados, como la existencia de una «comunidad», quedando sin aclarar en qué medida pueden ser delimitados a través del derecho o de otros elementos. La crítica se proclama desde la perspectiva austriaca de la siguiente forma: la hipótesis sobre la existencia de una comunidad no-jurídica no resulta sociológicamente demostrable en las sociedades plurales modernas. La comunidad ha de ser definida forzosamente en términos jurídicos, encerrando la definición alemana un círculo vicioso, toda vez que si el orden jurídico fundamental se pronuncia sobre un determinado concepto (comunidad), éste sólo puede aparecer definido conforme al Derecho. Las definiciones decisionistas e integracionistas son o bien «no puramente jurídicas» (en parte más bien sociológicas) o bien incurrir en un círculo vicioso. Lo último es también inaceptable para los juristas alemanes, lo primero más bien sólo en Austria.

El hecho de que muchos juristas austriacos entiendan como Derecho constitucional material sobre todo, o exclusivamente, las normas sobre la creación de normas, es una consecuencia de la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico (*Stufenbaulehre*), según la cual la validez de las normas del ordenamiento se reconduce en último extremo a la Constitución (7). La idea puede también resultar aplicable al orden jurídico alemán, no mostrándose la dogmática jurídico-pública diametralmente contraria a ello, si bien apenas aparece utilizada por algunos autores (8).

Por Constitución formal se entiende lo mismo en ambos Estados, si bien su función es interpretada de un distinto modo. En la dogmática alemana, la Constitución formal asume la función prioritaria de asegurar jurídicamente el Derecho constitucional material. Por su parte, en Austria, de ordinario, se con-

---

(7) Fundamentalmente Adolf MERKL, *Das doppelte Rechtsantlitz*, Juristische Blätter, 1918, págs. 425 y sigs., 444 y sigs., 463 y sigs.; *idem*, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, 1923; *idem*, «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», en Alfred VERDROSS (ed.), *Festschrift Hans Kelsen*, 1931, págs. 252 y sigs.; Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1934, págs. 62 y sigs. Un análisis al respecto véase en Andrés JAKAB, «Probleme der Stufenbaulehre», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 3, 2005, págs. 333 y sigs.; *idem*, «Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la *Théorie Pure du Droit*», *Droit et Société*, núm. 66 (2007), págs. 411 y sigs.; *idem*, «Problems of the Stufenbaulehre. Kelsen's Failure to Derive the Validity of a Norm from Another Norm», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 1, 2007, págs. 35 y sigs.

(8) Por ejemplo, por Theodor SCHILLING, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, 1994, págs. 159 y sigs.; Rainer LIPPOLD, *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*, 2000, págs. 369 y sigs.; Dirk HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung*, 1997, págs. 143 y sigs.

traponen dos posiciones doctrinales (9). La primera de ellas, la teoría antaño dominante, ha concebido a la Constitución formal como un conjunto de «reglas de juego» sobre la política (10), mientras que las segundas, más recientes, abarcan también un orden de valores. La inicial concepción predominante de la Constitución como un compendio de reglas de juego muestra la tradicional dogmática iuspublicista austriaca formalista y tecnicista (11). El surgimiento de la concepción valorativa debe ser entendida como una desviación de la clásica y más estricta perspectiva (kelseniana), vinculada en el Derecho constitucional austriaco a los nombres de Günther Winkler, Peter Perenthaler, Bernd-Christian Funk, Karl Korinek, Ludwig Adamovich (12), que desde finales de los años 60 ha desempeñado un relevante papel (13). Las dos concepciones no se excluyen recíprocamente y aparecen también defendibles en conjunto (14).

---

(9) De este modo, Friedrich KOJA, «Die Verfassung», en Festschrift Robert WALTER, 1991, págs. 349 y sigs.; ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 01.028 y sigs.; Theo ÖHLINGER, *Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung. Gedanken zu Peter Perenthalers Verfassungstheorie*, en Festschrift Peter Perenthaler, 2005, págs. 271 y sigs.

(10) Así se expresa también en la concepción de los derechos fundamentales como meras normas competenciales negativas, cfr. WIEDERIN (nota 2), marginal 65.

(11) Así, por ejemplo, Hans KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2.<sup>a</sup> ed., 1929, págs. 53 y sigs.

(12) Ludwig Adamovich (hijo) debe distinguirse de su padre Ludwig Adamovich senior, que igualmente fue Presidente del Tribunal Constitucional (1946-1955), aunque representó precisamente a la antigua escuela. S. Alfred J. NOLL, *Sachlichkeit statt Gleichheit?*, 1996, pág. 99. Su hijo desempeñó el mismo puesto (!) entre 1984 y 2002.

(13) Ya los títulos evidenciaban la intención: Günther WINKLER, *Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen*, 1969; *idem*, *Glanz und Elend der reinen Rechtslehre*, 1988; *idem*, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, 1990; *idem*, *Studien zum Verfassungsrecht. Das institutionelle Rechtsdenken in Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, 1991; *idem*, *Rechtswissenschaft und Politik. Die Freiheit des Menschen in der Ordnung des Rechts*, 1998; Günther WINKLER/Ludwig ADAMOVICH, *Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik*, 1981; Ludwig ADAMOVICH/Bernd-Christian FUNK, *Österreichisches Verfassungsrecht. Verfassungslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft*, 1982; Ludwig ADAMOVICH, *Das Menschenbild der Demokratie und der Grundrechte*, 2001; Norbert WIMMER, *Materiales Verfassungsverständnis*, 1971; Karl KORINEK, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2000; Peter PERENTHALER, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, 2004. Un desplazamiento más bien hacia la realidad social véase en Félix Ermacora, *Österreichische Verfassungslehre*, 1970.

(14) Así, por ejemplo, ÖHLINGER (nota 6), marginal 15 y sigs. Sobre los argumentos kelsenianos de Korinek, uno de los principales representantes de la escuela materialista, véase Michael HOLOUBEK, «Typologie und Abwägung – Karl Korinek und die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht», *Juristische Blätter*, 2005, págs. 750 y sigs.

## 2. Estado y soberanía

El concepto «Estado» ha figurado en pocas argumentaciones del Derecho público austriaco (15). Apenas se ha argumentado en términos de «estatalidad» o de «soberanía» (16). También al respecto de los límites a la integración europea se ha tratado de un «núcleo constitucional indisponible a la integración» (*integrationsfester Verfassungskern*), pero no de la garantía de la estatalidad. Tampoco aparece utilizada la característica expresión «voluntad del Estado» hasta hoy dominante en Alemania. Se encuentran más bien expresiones relativas a la «voluntad del legislador».

La exposición de estas diferencias conduce nuevamente a Hans Kelsen. En la teoría normativista del Estado de Kelsen, el Estado se equipara a ordenamiento jurídico, de manera que puede hablarse jurídicamente sólo de Constitución, no de Estado. La idea difundida en la doctrina alemana acerca de una institución estatal prejurídica con capacidad de volición resulta extraña a la literatura austriaca (17). El Estado, como personificación del ordenamiento, no puede expresar ninguna voluntad, sino, todo lo más, sus órganos (por ejemplo, el legislador). Desde un punto de vista sociológico, la causa del surgimiento de este concepto jurificado de Estado puede encontrarse en la experiencia de la realidad estatal de la monarquía austro-húngara, esto es, en la multiplicidad de Estados nacionales, en la que los otros factores integradores (como la cultura, la lengua y la conciencia común) aparentemente no tuvieron lugar (18).

Una consecuencia del distanciamiento del concepto de institución estatal es también la distinción propia de la dogmática del estado de excepción. En oposición a la doctrina alemana, en la que no pocos autores atribuyen al Estado una competencia prejurídica destinada a su propia preservación, la doctrina

---

(15) Existen circunstancialmente algunas excepciones, especialmente en la nueva literatura. Véase, por ejemplo, Walter BERKA, *Die Grundrechte*, 1999, marginal 186 y sigs., sobre el Estado como obligado por los «derechos fundamentales».

(16) En el manual de ADAMOVICH y otros (nota 6) no se encuentran pasajes concretos dedicados al «Estado», a pesar de que esto hubiese sido de esperar de su título («Derecho del Estado austriaco»).

(17) Una crítica realizada por Kelsen, Duguit, Krabbe y Preuß a la premisa de Jellinek sobre la preexistencia del Estado al Derecho, véase en Christoph SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie der parlamentarischen Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs*, 1997, pág. 369, con referencias adicionales.

(18) Rudolf ALADÁR MÉTALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, 1969, pág. 22; ulteriormente SOMEK (nota 1). Por su parte, para Alemania véase Ernst-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die Nation – Identität in Differenz*, en *idem*, *Staat – Nation – Europa*, 2000, pág. 47.

austriaca correspondiente se muestra estrictamente positivista (19). En Austria, el estado de excepción es interpretado como una *lex specialis* en el Derecho constitucional. Sobre la posible existencia de competencias estatales prejurídicas nada se ha dicho al respecto (20).

Evidentemente el concepto «Estado» aparece en los textos legislativos, y ciertamente en un sentido que no puede ser entendido como «ordenamiento jurídico». Para hacer frente a este problema, Adolf Merkl, discípulo de Kelsen, desarrolló la teoría de la «triple división del concepto de Estado» (*dreifacher Staatsbegriff*), donde la palabra «Estado» posee tres diferentes significados: 1) el conjunto de órganos que sirven a la realización del orden jurídico (esto abarca tanto al legislador, al poder judicial y a la administración, como también a los sujetos particulares que celebran contratos de compraventa o laborales); 2) aquella parte de la organización estatal a la que normalmente se alude como órganos de ejecución (esto es, la administración), y 3) aquel órgano mantenido con fondos provenientes de fuentes centrales de ingresos reguladas jurídicamente en función del complejo orgánico mantenido (en concreto, la administración central sin las administraciones independientes) (21). Los tres conceptos constituyen círculos concéntricos, en el que los dos últimos son los más pequeños y el primero el más grande. Evidentemente ninguno de los tres se identifica con el concepto alemán de «Estado» (22), que se corresponde en Austria a grandes rasgos con el concepto positivado de «República» (23).

También la concepción de la soberanía aparece distinguida claramente, lo que de igual forma se debe a Kelsen, que criticó decididamente el tradicional concepto de soberanía, basado en una confusión de argumentos sociológicos y jurídicos (esto es, de ser y de deber ser) (24). Si no se desea confundir estos dos tipos de argumentos, existen sólo dos posibilidades de interpretar la soberanía:

---

(19) Un panorama sobre las implicaciones teóricas de la doctrina alemana, con particular alusión a Austria, puede verse en András JAKAB, *Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes. Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen*, Kritische Justiz, 2005, págs. 323 y sigs.; *idem*, «German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency – Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse», *German Law Journal*, núm. 5, 2006, págs. 453 y sigs.

(20) En detalle, con referencias adicionales, Friedrich KOJA, *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*, 1979.

(21) Adolf MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, págs. 291 y sigs.; Friedrich KOJA, *Allgemeine Staatslehre*, 1993, págs. 24 y sigs.

(22) Sobre el trasfondo hegeliano de las concepciones alemanas, véase Armin VON BOGDANDY, *Hegel und der Nationalstaat, Der Staat*, 1991, págs. 513 y sigs.

(23) Por ejemplo, el artículo 6.1, artículo 8.1 B-VG.

(24) Así, críticamente, sobre el concepto de soberanía basado en presupuestos sociológicos del filósofo jurídico húngaro véase Felix SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, págs. 93, 97-98,

o bien entenderla como un hecho (sociológico), lo que la confronta con la cuestión de que fácticamente no existe una verdadera independencia (25); o bien, por el contrario, concebirla como un concepto jurídico. Esto abre, a su vez, dos posibilidades: *a*) o bien la soberanía se entiende comprendida bajo un elenco de competencias del Estado, lo que, sin embargo, en último lugar es discrecional y teóricamente no fundamentable (26); *b*) o bien la soberanía evoca una característica del orden jurídico. Kelsen se decantó por esta última posibilidad. El citado autor entiende la soberanía como una característica del orden jurídico y, por lo tanto, ante todo su «no-derivabilidad» (27). Soberanía es, según la teoría pura del Derecho, la autonomía de un sistema normativo, cuya validez deriva directamente de la norma hipotético-fundamental sin la mediación de ninguna norma positiva (28). Esto se combina, desde una perspectiva monista, con la primacía del Derecho internacional, de manera que no existen Estados soberanos, toda vez que la validez de sus normas deriva del Derecho internacional. Sólo el Derecho internacional sería soberano (29).

Como resultado de este complejo esquema de pensamiento, el concepto de soberanía fue desterrado en gran parte a Austria desde consideraciones de Derecho *constitucional* (30). También los enfoques vinculados al mismo fueron discutidos sin dicho concepto; de manera que en vez de soberanía popular se habló más bien de democracia, en vez del mantenimiento de la estatalidad, de la agravación de la reforma de los principios fundamentales de la Constitución (31). Si se trabaja desde un punto de vista *puramente* normativo, todo

---

102, citado por Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 1920, pág. 31.

(25) KELSEN (nota 24), pág. 7.

(26) Hans KELSEN, «Der Wandel des Souveränitätsbegriffes», en *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, vol. II, 1931, págs. 8 y sigs.

(27) KELSEN (nota 24), pág. 10.

(28) KELSEN (nota 24), pág. 13; *idem*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pág. 103; *idem*, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», *Recueil des Cours*, 1926, págs. 251, 256.

(29) *Idem*, «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht», en *Festschrift Aleksandr N. Makarov*, 1958, pág. 240.

(30) Más tarde, Kelsen concibió entonces bajo el concepto de soberanía la derivabilidad directa del Derecho internacional, véase *idem*, «The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization», *The Yale Law Journal*, 1944, pág. 208. Por ello, un orden jurídico es soberano cuando su validez deriva directamente del Derecho internacional. En ese sentido, se puede hablar con pleno sentido sobre la no soberanía de los Estados miembros de un Estado federal. Eso no fue más aceptado por la ciencia austriaca del Derecho *constitucional*.

(31) Más en concreto, Christoph GRABENWARTER, *Österreich*, en Von Bogdandy y otros (nota 1).

puede reconducirse a una norma o un complejo de normas. Justamente por ello Kelsen rechazó, y después de él la ciencia austriaca mayoritaria del Derecho constitucional, la posibilidad de admitir una persona estatal susceptible de tener voluntad y comprendió bajo el concepto de Estado sólo un complejo de normas, cuya soberanía sólo puede significar una ausencia de subordinación a otras normas: cuya no derivabilidad encontraba su causa directamente en el Derecho internacional (32).

### 3. *Democracia*

El concepto «democracia», según se plasma en el artículo 1 B-VG, como principio fundamental únicamente modificable o suprimible mediante de referéndum, se entiende en el sentido de libertad, de igualdad y sistema de Gobierno *parlamentario* (33). En esta definición sorprenden a un lector conocedor de la doctrina alemana los elementos de la «libertad» y de la «igualdad», de nuevo herencia kelseniana. Esta vez, no de su teoría pura del Derecho, sino de uno de sus escritos políticos, «Sobre la esencia y valor de la democracia». Por ello la democracia es concebida sobre todo desde un punto de vista formal, esto es, por una parte, como identidad entre gobernantes y gobernados (34) y, por otra, como una necesaria democracia indirecta (35), si bien no excluye que desde un punto de vista organizativo-estructural exista una vinculación a ciertos valores (36). Estos valores son la libertad y la igualdad porque la democracia, con su formalidad y su neutralidad, asegura la indispensable libertad y la igualdad (formal) (37). En Alemania tales elementos forman parte más bien de la garantía de los derechos fundamentales y, con ello, se integran en el Estado material de Derecho (38).

---

(32) Véase ejemplificativamente KOJA (nota 21), pág. 34. Cfr. András JAKAB, «Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik», *ZaöRV*, núm. 64 (2004), págs. 1052 y sigs.

(33) WALTER/MAYER (nota 6), marginal 147 y sigs.; ÖHLINGER (nota 6), marginal 66; ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 11.001 y sigs.

(34) KELSEN (nota 11), págs. 14 y 99.

(35) KELSEN (nota 11), pág. 27.

(36) Horst DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pág. 252.

(37) KELSEN (nota 11), pág. 9.

(38) Klaus STERN, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., 1984, 20.III.1.

En el texto constitucional austriaco no se encuentra ciertamente la formulación alemana «todo poder estatal emana del pueblo», sino materialmente lo mismo, aunque sin la terminología tradicional vinculada a los poderes: «el derecho [de la República] deriva del pueblo». Esto se reduce a lo que para Kelsen era idéntico: Estado y ordenamiento jurídico y, con ello, el hecho de que ningún poder puede existir fuera del Derecho (39). Así, el ordenamiento austriaco se muestra «libre de poder», contrariamente a lo que sucede en el texto constitucional alemán (40).

#### 4. *Estado federal*

El principio federal adquiere en Austria los siguientes elementos: 1) el reparto constitucional de las competencias estatales entre la Federación y los Estados federados; 2) la posibilidad de colaboración de los Estados federados en la legislación federal, y 3) la autonomía de los Estados federados, inclusive su «autonomía constitucional relativa» (41). Una categoría dogmática interesante en este ámbito es la «latente reforma total de la Constitución federal». Ello podría conducir, en particular, a reformas parciales de la Constitución federal con el resultado último de una práctica abolición de tal principio fundamental, necesitada de referéndum (42). La categoría aparece utilizada casi exclusivamente en lo relativo a la problemática sobre la gradual pérdida competencial de los Estados federados en favor de la Federación. La realidad constitucional similar descrita por el concepto alemán «Estado federal unitario» (43) no se halla difundida en Austria.

La doctrina kelseniana de los tres estados (la teoría de los tres miembros del Estado federal), hace tiempo también utilizada por el BVerfG (44), todavía se

---

(39) Theo ÖHLINGER, *Hans Kelsen und das österreichische Bundesverfassungsrecht* [Conferencia pronunciada en el marco de las jornadas tituladas «Las influencias austriacas en la modernización del Derecho japonés, Viena, 20.3.2003], [www.univie.ac.at/staatsrecht-oehlinger/php/get.php?id=143](http://www.univie.ac.at/staatsrecht-oehlinger/php/get.php?id=143), S. 2.

(40) WIEDERIN (nota 1).

(41) Friedrich KOJA, *Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer*, 1967, págs. 1, 14, 23 y sigs., 39. Aceptado también por medio del Tribunal constitucional austriaco, véanse ejemplificativamente las VfSlg. 6783/1972, 7653/1975, 7791/1976 y 11669/1988.

(42) Art. 44. 3 B-VG. Cfr., por ejemplo, la 11.829/1988.

(43) Konrad HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962.

(44) BVerfGE 6, 308 (340, 364); más adelante el Tribunal se inclinó por la hasta hoy dominante teoría bímembre del Estado federal.

encuentra vigente en Austria (45). En esta teoría del Estado federal, la Federación y los Estados federados se encuentran ubicados en una misma posición, lo que presupone un tercer ámbito jurídico: el Estado total (*Gesamtstaat*), supraordenado a aquellos otros. La Constitución del Estado total no resulta coincidente con la Constitución federal, sino sólo con su núcleo jurídico-competencial. Organizativamente pertenecen al Estado total los órganos de control (el Tribunal Constitucional, el Tribunal Contencioso-administrativo y el Tribunal de Cuentas), el Presidente federal con algunas de sus funciones (por ejemplo, la de representación en el exterior), y el Consejo nacional como constituyente (esto es, con el ejercicio de la competencia sobre las competencias) (46).

El problema de esta idea originaria fue su perspectiva extraña al Derecho positivo por cuanto no era evidente qué tipo de normas servían de base a la Constitución total. Como consecuencia, se llevó a cabo una reformulación de la teoría de la siguiente manera (47): 1) la Constitución total es la Constitución federal, 2) el ámbito jurídico de la Federación son las leyes y los actos jurídicos a ellas subordinados de la Federación y 3) el ámbito jurídico de los Estados federados son sus Constituciones y los actos jurídicos a ellas subordinados procedentes de dichos Estados. El segundo y el tercer ámbito jurídico se encuentran, por igual, infraordenados al primero. Una consecuencia de esta teoría es que en el Derecho constitucional austriaco no existen competencias concurrentes entre el Derecho de la Federación y el de los Estados federados (48). Una disposición similar a la alemana, que dispone que «el Derecho federal prevalece sobre el Derecho de los Estados federales», resulta desconocida: las competencias son distribuidas por la Constitución total. Un conflicto entre el ámbito de la Federación y el de los Estados sólo puede tener lugar cuando se lesione a la vez el orden competencial del Estado total. El guardián del orden competencial del Estado total es el Tribunal Constitucional.

---

(45) Hans Kelsen, *Die Bundesexekution*, en Festschrift Fritz Fleiner, 1927, págs. 127 y sigs.; ÖHLINGER (nota 6), marginal 218 y sigs.

(46) También el concepto de órgano es distinto en la doctrina austriaca, bien normativizado, entendiéndose por tal un conjunto de derechos y obligaciones, véase KOJA (nota 21), pág. 152. Las definiciones alemanas con connotaciones sociológicas, como la de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Organ, Organisation und juristische Person*, en Festschrift Hans J. Wolff, 1973, págs. 269 y sigs., no han sido difundidas.

(47) Ewald WIEDERIN, *Bundesrecht und Landesrecht*, 1995, págs. 40 y sigs.

(48) Una excepción es la competencia para la celebración de tratados internacionales. Los conflictos son solventados aquí a través de la regla de la *lex posterior*, véase ÖHLINGER (nota 6), marginal 257; WIEDERIN (nota 47), pág. 208.

### 5. Estado de Derecho, división de poderes y República

A pesar de que no aparece proclamado expresamente en el Derecho constitucional austriaco, el principio de Estado de Derecho ha sido reconocido unánimemente como un principio fundamental del mismo (49). De manera sorprendente, sin embargo, el principio de división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales no aparecen comprendidos por todos los autores como elementos constitutivos de aquel concepto. Eso no significa, naturalmente, que el principio de división del poder y la tutela de los derechos no estuvieran presentes en Austria.

Efectivamente, en la mayoría de las ocasiones, el principio de división de poderes se ha comprendido como un principio fundamental autónomo y la garantía de los derechos se presentó como un principio propio del «liberalismo» (50). La explicación de lo último fue que en el momento del surgimiento del vigente Derecho constitucional austriaco, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, la garantía de los derechos individuales valió todavía como un valor específicamente liberal y no como un valor evidente. Por ello, en el «principio material de Estado de Derecho» no encontró cobertura la tutela de derechos individuales, sino sólo las garantías jurídicas necesarias para ello (independencia de los tribunales, la jurisdicción constitucional).

Bajo el principio de división de poderes se comprendió en ambos Estados la limitación y el reparto de las funciones. Sin embargo, en Austria no se puso énfasis en la clásica tríada de los poderes. Ello encontró justificación en la teoría kelseniana de construcción escalonada del orden jurídico (*Stufenbaulehre*). Esta doctrina implicó, en la práctica, también el rechazo de la teoría clásica de la división de poderes, basada en la ubicación de los tres poderes en un plano de igualdad. Conforme a la doctrina de la construcción escalonada del orden jurídico, también como expresión del principio democrático, aparecen subordinados a la legislación los otros dos poderes (ejecutivo y judicial), ya que la validez de los actos jurídicos de dichos poderes aparece fundamentada en las leyes. Esto significa, en último extremo, que únicamente existen dos funciones principales (poderes), en particular, la legislación y la ejecución. En el seno de la ejecución actúan separadamente una de la otra la administración y la juris-

---

(49) ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 14.001 y sigs.; ÖHLINGER (nota 6), marginal 73 y sig.; WALTER/MAYER (nota 6), marginal 165 y sigs.

(50) En ocasiones, sin embargo, la garantía de derechos individuales se ha encontrado implícita en un Estado de derecho «materializado», véase ejemplificativamente ADAMOVICH y otros, (nota 6), marginal 14.015.

dicción (51). En consecuencia, la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico confirió también una particular concepción y legitimación jurídica a la democracia parlamentaria (52). Esta novedosa constelación de los poderes se muestra en Austria bajo la forma de «construcción escalonada (o jerárquica) de los poderes» (*Stufenbau der Staatsfunktionen*) (53).

Bajo el concepto República se entiende tanto en Austria como en Alemania la «interdicción de la monarquía» (54). Existe, sin embargo, en Alemania y en Austria un segundo elemento propio que las diferencia. En Austria, la República requiere también una división entre Estado e Iglesia (Estado secularizado), así como una neutralidad religiosa (55). Esta separación no se da en Alemania como resultado del hasta hoy vigente compromiso weimariano con la Iglesia (art. 140 GG, art. 136-139 y 141 WRV). Por contra, en Alemania, como reacción frente al régimen nacionalsocialista, el concepto República se entiende también desde el punto de vista de un sistema estatal no-totalitario.

Lo que resulta del concepto de Estado de Derecho sin garantía de derechos individuales ni división de poderes es la mera seguridad jurídica, la tutela jurídica y el rango y la reserva de ley (art. 18 B-VG) (56). Lo último implica, sin embargo —de manera similar a lo que sucede en Alemania— (57) también un deber para legislador, en concreto, la obligación de predeterminar de manera suficiente la actividad ejecutiva. El legislador infringe tal exigencia con habilitaciones reglamentarias en blanco, evidenciándose una infracción constitucional mediante una «delegación por ley formal» (58).

---

(51) Theo ÖHLINGER, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, 1975, pág. 29; ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 15.004 con un ilustrativo esbozo.

(52) ÖHLINGER (nota 51), pág. 32.

(53) ÖHLINGER (nota 51), pág. 30.

(54) El Presidente federal austriaco es elegido directamente en oposición a su colega alemán. El control orgánico, que puede dirigir frente él un procedimiento destinado a privarle de su cargo, corresponde a la Asamblea federal, esto es, un órgano integrado por los miembros del Consejo nacional y del Consejo federal.

(55) ÖHLINGER (nota 6), marginal 69.

(56) Así, por ejemplo, de la antigua escuela, WALTER/MAYER (nota 6), marginal 165. Últimamente, el Estado de Derecho no es más entendido de manera tan formal y estricta, véase VfSlg. 11.196/1986 sobre el mínimo de eficiencia fáctica de los mecanismos de tutela de los derechos.

(57) Fritz OSSENBÜHL, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», en Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, 1988, § 62, marginal 23.

(58) ÖHLINGER (nota 6), marginal 583.

## 6. *La ausencia de conceptos fundamentales alemanes*

La dogmática iuspublicista austriaca no sólo se caracteriza por la disimilitud en el contenido de ciertos conceptos alemanes, sino también por la ausencia de conceptos propios de tal tradición. Como se apuntó con anterioridad, los más importantes serían los aquí recogidos: integración (según Smend), decisión política fundamental (de Schmitt), distinción entre Estado y sociedad (realmente infrecuente en Austria) (59), división entre Derecho público y privado (este dualismo conceptual no ha sido analizado en ninguno de los manuales de Derecho constitucional austriaco!) (60), interés estatal (en vez de ello: interés público, lo que evoca algo menos estático), soberanía (en la mayoría de los manuales de Derecho constitucional ni siquiera señalada) (61), soberanía popular (este concepto de Derecho natural es apuntado en la parte de los manuales dedicada a la historia constitucional) (62), legitimidad y legalidad (63). En tanto que el Derecho constitucional positivo no conoce ningún «principio de Estado social», tampoco tal concepto ha sido empleado por la ciencia jurídica austriaca (64).

---

(59) Esta distinción entre Estado y sociedad implica el concepto de institución estatal, que constituye una categoría sociológica y prejurídica que, por lo tanto, se encuentra ausente en la perspectiva normativista austriaca. Sobre la óptica alemana del Estado como institución véase, por ejemplo, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Organ, Organisation und juristische Person*, en Festschrift Hans J. Wolff, 1973, págs. 295 y sigs. Una detenida crítica sobre ello véase en Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2000, págs. 67, 161 y sigs., 173 y sigs., especialmente 228 y sigs.

(60) Sobre el pensamiento kelseniano criticando esta distinción véase Dieter WYDUCKEL, «Über die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in der Reinen Rechtslehre», en Werner KRAWIETZ/Helmut SCHELSKY (ed.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, 1984, págs. 113 y sigs.

(61) Sobre el rechazo kelseniano de este concepto estático y sociológico, véase KELSEN (nota 24), 1920.

(62) Excepción: PERNTHALER (nota 13), págs. 35 y sigs. y 55 y sigs.

(63) Sobre esta distinción, fundamentalmente véase Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932. La legitimidad no constituye ningún problema para la ciencia del derecho normativista, en la medida en que se trata como una cuestión extrajurídica (o prejurídica).

(64) La imagen del hombre en la Constitución austriaca es la propia del individuo liberal y no —como en Alemania— la de su esencia social. Véase al respecto Herbert SCHAMBECK, «Menschenbild und Menschenrechte im österreichischen Verfassungsrecht», en *Menschenrechte und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs*, 1983, págs. 60 y 70; Willi GEIGER, «Menschenrechte und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland», en *Menschenrechte und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs*, 1983, pág. 46. Como corriente liberal hay que considerar, por otro lado, que hasta hace poco (1992) no existía recurso jurídico contra las decisiones judiciales lesivas de los derechos fundamentales. En la perspectiva liberal es la administración el verdadero peligro contra la libertad y los tribunales la defensa frente a ello. Sobre el recurso de amparo ante el Tribunal Supremo austriaco véase Felix ERMACORA, *Holprige Wege im Grundrechtsschutz, Österreichis-*

La ausencia de estos conceptos fundamentales se debe, en parte, al Derecho constitucional positivo y, en parte, a las objeciones metodológicas de Kelsen. El hecho de que también los «no-kelsenianos» hayan argumentado también a partir de tales objeciones, pone en evidencia que en el ámbito discursivo austriaco ha habido hasta hoy muchos kelsenianos: emplear argumentos «no kelsenianos» resulta útil para la apertura de perspectivas científicas, sólo si ello es absolutamente inevitable para la presentación de puntos de vista propios (65). Éste es el supuesto de la problemática en la interpretación constitucional.

## II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En Austria se contraponen dos corrientes fundamentales en lo que se refiere a la interpretación constitucional: 1) el antiguo modelo formal-reduccionista y 2) el modelo (material) orientado a valores. El primero fue claramente predominante hasta finales de la década de los sesenta y hoy es preconizado por los representantes contemporáneos de la teoría pura del derecho (66). Uno de los presupuestos de esta concepción es que la Constitución es el orden procedimental del proceso político (Constitución como regla de juego). Este concepto formal de Constitución trae como resultado que para la interpretación no pueden utilizarse argumentos o principios argumentales (valorativos) de carácter material (67).

---

*che Juristen-Zeitung*, 1993, págs. 75 y sigs. Este recurso de amparo puede interponerse sólo para la tutela de la libertad personal (BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit y Art. 5 CEDH). Una demanda de amparo contra omisiones *sólo* es posible en Austria frente a la administración, véase Andrea HANS SCHULER, *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, 1968, págs. 161, 165 con referencias adicionales. La B-VG y la StGG se orientan particularmente —en contradicción con la GG— no por el temor ante el totalitarismo del Nacionalsocialismo, sino por el debido a las clásicas tendencias antiliberales: la B-VG data de 1920, la StGG, de 1867. En ese sentido, las Constituciones se encuentran impregnadas por miedos a la reproducción de experiencias históricas negativas, véase András SAJÓ, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, Budapest, 1999, págs. 1 y sigs.

(65) Por otra parte, ha de dejarse constancia de que muchas de las consideraciones metodológicas vertidas en la ciencia jurídica alemana contra los conceptos estaticistas, sociológicos y de Derecho natural poseen un sólido fundamento. De forma análoga, Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2000, págs. 418 y sigs.

(66) Ejemplificativamente WALTER/MAYER (nota 6), marginal 122 y sigs. Sobre la doctrina más antigua véase Ludwig ADAMOVICH senior, *Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Juristische Blätter*, 1950, págs. 73 y sigs., e *idem*, *Die verfassungsmäßige Funktion des Richters*, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1954, págs. 409 y sigs. Noll habla al respecto de «ascetismo valorativo austriaco», véase Alfred J. NOLL, *Sachlichkeit statt Gleichheit?*, 1996, pág. 99.

(67) Sobre la reserva con relación a los conceptos valorativos, véase Hans KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen*

El otro presupuesto de esta teoría es que en la interpretación siempre existe un momento objetivo (heterónomo) y uno subjetivo (autónomo) (68). Según esta escuela de pensamiento, el momento subjetivo implica arbitrariedad (69), por lo que ha de minimizarse esta perspectiva y abogar por una primacía de los componentes objetivos. Esto conduce hacia una interpretación literal estricta con trascendencia histórica, toda vez que estos dos modelos interpretativos (literalidad y contexto histórico) aparecen como los más objetivos (y constatables) (70). También entre los argumentos basados en la literalidad y en el contexto histórico se produce una jerarquía: los argumentos literalistas son más objetivos siempre y cuando la mera literalidad resulte determinante, y sólo en la medida en que ello no sea así, ha de indagarse entonces la voluntad histórica del legislador (71). Los argumentos teleológicos, en consecuencia, han de ser deshechados. La Constitución no posee ningún «fin objetivo», sino sólo aquel fin que el constituyente histórico le ha conferido (72).

Las consecuencias de estas teorías son los siguientes clásicos *topoi* (utilizados frecuentemente hasta hoy por el Tribunal Constitucional austriaco): 1) La primacía del evidente tenor literal, 2) la teoría (o el principio) de petrificación (*Versteinerungstheorie*) (73), 3) silencio elocuente (el carácter de respuesta de

---

*Staatsrechtslehrer*, 1929, págs. 68 y sigs. Por su parte, en lo que se refiere particularmente a las cautelas del Tribunal Constitucional austriaco en relación a los argumentos de la democracia, véase Karl KORINEK, «Gesetzesprüfungsrecht als Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit», en Eberhard ZWINK (ed.), *Salzburger Symposion zum Jubiläum 60 Jahre Bundesverfassung*, 1980, pág. 109, con ulteriores referencias.

(68) Otto PFERSMANN, «Rechtstheorieverständnis als Voraussetzung des Rechtsverständnisses. Skizze für einen Ländervergleich Frankreich, Deutschland, Österreich», en Joseph JURT/Gerd KRUMEICH/Thomas WÜRTEMBERGER (eds.), *Wandel von Recht und Rechtsbewusstsein in Frankreich und Deutschland*, Berlin, 1999, págs. 56 y sigs.

(69) SOMEK (nota 1), marginal 11, califica a esta mentalidad como «escepticismo contra la ponderación», en la medida en que ello relega la ponderación al ámbito de la irracionalidad minimizadora.

(70) Sobre el origen prekelseniano de la interpretación literal estricta en Austria, véase SOMEK (nota 1).

(71) Friedrich KOJA, «Interpellationsrecht und Verschwiegenheitspflicht», en Max IMBODEN y otros (eds.), *Festschrift Adolf J. Merkl*, 1970, pág. 155.

(72) Un detenido análisis de este modelo de interpretación, véase en Heinz SCHÄFFER, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, 1971. Cfr. el aserto sobre la interpretación del rol del Tribunal Constitucional austriaco como «defensor», pero no como «señor» de la Constitución, en Heinz SCHÄFFER, «Die Interpretation», en Herbert SCHAMBECK (ed.), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, 1980, pág. 70.

(73) Eso implica que las palabras sobre las reglas relativas al reparto competencial entre la Federación y los Estados federados tienen el sentido que poseían en el momento de su incorporación al texto constitucional en el ordenamiento jurídico. En la medida en que la mayoría de dichas

la Constitución) (74). El problema que presentan estas teorías interpretativas es que no pueden ser utilizadas en demasía en el supuesto de los derechos fundamentales y los fines de Estado (75). En este caso han de emplearse argumentos teleológicos, en la medida en que su literalidad resulta demasiado lacónica, siendo imprescindible también solventar problemas actuales que pasaron inadvertidos para el constituyente histórico. Estos problemas no resueltos condujeron a la construcción de una ulterior teoría sobre la interpretación, la doctrina de la interpretación constitucional (material) orientada a valores.

Esta teoría se encuentra vinculada a los nombres de Günther Winkler, Peter Perenthaler, Bernd-Christian Funk, Karl Korinek, Ludwig Adamovich, corriente que, a partir de los años ochenta, aparece como dominante (76). Su más importante atributo es la primacía de la interpretación teleológica. Con ello, el Tribunal Constitucional austriaco se aproxima al Tribunal Constitucional Federal alemán y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por supuesto, también

---

reglas competenciales (arts. 10-14 de la Constitución austriaca) se vinculan respetivamente a los años 1920 y 1925, las decisiones del Tribunal Constitucional austriaco sobre problemas competenciales analizaron aquellas leyes y reglamentos que estaban en vigor en los años veinte. Éstas son, con frecuencia, patentes imperiales del siglo XIX o XVIII (!). Véase ejemplificativamente Heinz MAYER, *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. Kurzkommentar*, 2002, págs. 17 y sigs. Esta manera de proceder con las reglas competenciales no es ciertamente tampoco extraña para el Tribunal Constitucional Federal alemán, véanse BVerfGE, 7, 29 (44); BVerfGE, 33, 125 (152 y s.); BVerfGE, 42, 20 (29); BVerfGE, 61, 149 (175); BVerfGE, 68, 319 (328), si bien no han sido aplicadas de esta específica estricta forma.

(74) Este «carácter de respuesta» es, de manera similar al principio de petrificación, una clase de argumento histórico, véanse ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 03.016; Christian BRAUN, *Die Interpretation wirtschaftsrelevanter Grundrechte in Österreich und Deutschland – ein Vergleich der Methoden und Ergebnisse der Verfassungsinterpretation*, tesis doctoral, Regensburg, 2000, pág. 38. Aquí no se trata efectivamente de lo que la literalidad dice, sino más bien de lo que la literalidad no dice; esto es, una norma no regula una situación que nos aparece cuestionable, cuando la misma, en el momento de la aprobación de la norma, ha sido tan evidente que ni siquiera puede cuestionarse. Así, por ejemplo, no existe ninguna regla explícita acerca de si las decisiones del Gobierno federal deben aprobarse por unanimidad o por mayoría. En el momento de la aprobación del artículo 69 de la Ley Constitucional federal la situación jurídica fue clara, y ciertamente en el sentido de la unanimidad. Por ello ha de partirse de que ello también en la actualidad se encuentra implícitamente previsto en la Constitución, véase Bernhard RASCHAUER, «Art. 69», en Karl KORINEK/Michael HOLOUBEK (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* [hojas intercambiables, situación a diciembre de 2003], marginal 28.

(75) ÖHLINGER (nota 6), marginal 33 y 686 sigs.

(76) Véase *supra* nota 13. Este cambio fue provocativamente caracterizado por Bruno BINDER, *Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG) – Überlegungen zur neuen Judikatur des VfGH*, *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1988, pág. 1, de la siguiente manera: «El Tribunal Constitucional austriaco ha descubierto el control de constitucionalidad.»

esta escuela (con frecuencia caracterizada como «jurisprudencia crítica de valores») (77) ha tomado en consideración la tradición kelseniana: el momento objetivo y subjetivo de la interpretación, de igual forma, aparecen distinguidos nítidamente en esta escuela (78). La diferencia reside en que, según Kelsen, la labor de la ciencia jurídica concluye con la constatación de las hipótesis sobre el significado de las normas (79), mientras que para la jurisprudencia crítica de valores también le corresponde a ella la elección (esto es, la valoración) (80). Pero también según esta nueva escuela se debería poner atención en que los dos niveles del proceso de pensamiento aparecen, en todo caso, separados claramente el uno del otro, no siendo constatable una confusión sincrética entre ambos planos: se debe reparar en los propios métodos y hacerlos transparentes (81). El rol predominante de este segundo modelo de pensamiento no significa el completo abandono del primero de ellos y de sus clásicos argumentos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional austriaco, sino más bien su complementación, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales y de los fines de Estado. La actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional austriaco se caracteriza más bien por una multiplicidad de métodos: en ocasiones por la interpretación literal, en otras por la cuasi libre creación de Derecho (82). El fundamento reside también en las diferentes culturas constitucionales y en los diversos momentos de surgimiento de las diferentes partes del Derecho constitucional positivo austriaco (83).

---

(77) Como auto-caracterización: ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 03.013 («kritische Wertungsjurisprudenz»).

(78) ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 02.014: «Especialmente importante es, por experiencia, el riesgo de una confusión o mezcla de los planos de la ciencia constitucional y de la política constitucional, especialmente de manera que una determinada posición valorativa del intérprete —consciente o inconscientemente— pueda presuponerse como el contenido del Derecho positivo.»

(79) Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., 1960, pág. 349: «La interpretación de la ciencia del Derecho no puede mostrar nada más que los posibles significados de una norma jurídica. En el conocimiento de su objeto no puede tomar ninguna decisión entre las distintas posibilidades mostradas por ella, sino que debe remitir dicha decisión [subjetiva] al órgano autorizado por el Derecho para proceder a su aplicación.»

(80) Karl KORINEK, *Zur Interpretation von Verfassungsrecht*, en Festschrift Robert Walter, 1991, pág. 367: «La aplicación de los métodos de interpretación convencionales resultará [...] en proposiciones sobre las concretas hipótesis sobre el significado de las normas [...] La decisión entre las diferentes hipótesis sobre el significado de las normas es, de esta manera, más racionalizable de lo que entiende la teoría pura del Derecho...»

(81) ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 02.014.

(82) Theo ÖHLINGER, *Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, en Festschrift Manfred Welan, 2002, pág. 222.

(83) ÖHLINGER (nota 6), marginal 35.

### III. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

La ciencia austriaca del Derecho constitucional se organiza a partir de una muy elaborada conceptualización del sistema de fuentes del Derecho. El interés sorprendentemente intenso vinculado a esta problemática puede explicarse por la herencia normativista kelseniana. Seguidamente se enuncian las categorías dogmáticas fundamentales del sistema austriaco de fuentes del Derecho.

#### 1. *La Constitución fragmentada y estratificada*

El Derecho constitucional austriaco aparece conformado por una pluralidad de leyes constitucionales federales, comenzando por la *Ley Fundamental del Estado, de 21 de diciembre de 1867, relativa a los derechos generales para los ciudadanos de los Reinos y de los Estados federados representados en los Consejos del Imperio*; los tratados internacionales dotados de rango constitucional (por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tratado de Saint-Germain) y por determinadas disposiciones constitucionales contenidas en leyes ordinarias (por ejemplo, el art. 1 de la Ley de Protección de Datos). El texto raíz de la Constitución Federal es la Ley Constitucional Federal de 1920 (84). Esta ley se distingue con un guión de las otras (¡del mismo rango!) leyes constitucionales federales (85) (por ejemplo, de la Ley Constitucional Federal sobre la defensa del medio ambiente universal (86), Boletín legislativo fe-

---

(84) La Ley Constitucional Federal fue redactada en 1920 por la Comisión Constitucional de la constituida Asamblea Nacional a la que, junto a los siete delegados de los partidos, fue llamado Kelsen como «experto», véase Robert WALTER, *Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung*, 1984, pág. 15. La Constitución de Weimar, salvo un par de cuestiones técnicas de detalle, no tuvo incidencia en la redacción de la Ley Constitucional Federal austriaca, véase en particular Christian SIMA, *Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung*, 1993. Uno de los motivos de por qué la Ley Constitucional Federal austriaca es apenas programática y, por ejemplo, no contiene ningún preámbulo, se debe a que Kelsen quiso en lo posible estructurarla al margen de ideologías, véase Heinz SCHÄFFER, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, 1971, pág. 64, nota 19, con ulteriores referencias. El otro motivo fue que las fuerzas políticas no se mostraron de acuerdo sobre elementos ideológicos comunes. La Ley Constitucional Federal, por tanto, simplemente «se concibió como un modelo de creación de normas y de los necesarios controles para su observancia», véase SCHÄFFER, *ibidem*, pág. 64.

(85) N. del T.: La denominación del texto constitucional austriaco en lengua original es B-VG.

(86) N. del T.: La denominación original, en este caso, es BVG.

deral 1984/491). La explicación a ello es la ausencia de un mandato de reforma explícita como el que se contiene en el artículo 79.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Este estado de dispersión conduce a una poca claridad y a una conceptualización autocrítica del propio Derecho constitucional como «ruina» (87).

En la era de la gran coalición (1945-1966, 1987-2000) se «corrigieron» juicios del Tribunal Constitucional a través del poder constituyente federal (88). Si una decisión del legislador era declarada inconstitucional por su incompatibilidad con la Constitución, la mayoría del poder de reforma de la Constitución de la gran coalición aprobaba nuevamente la medida previamente anulada, en esta ocasión con rango constitucional (89). Una ventaja del final de la era de la gran coalición fue que ya no pudo pervivir más en adelante la práctica dispersora seguida (y también por cierto dificultosa).

Efectivamente, ello planteó un ulterior problema: la regulación bien específica y dispersora del Derecho constitucional austriaco conduce a problemas de gobierno cuando este órgano no cuenta con una mayoría suficiente para la reforma de la Constitución. Por eso tomó actualidad al final de la gran coalición la elaboración de una nueva Constitución, llegando a ser convocada una convención sobre el poder constituyente en el año 2003 (90).

El concepto «Derecho constitucional inconstitucional» es conocido tanto en la doctrina alemana como en la austriaca. En ambos Estados ello tiene una fundamentación positiva. La diferencia es que en Alemania el artículo 79.3 con-

---

(87) Hans KLECATSKY, «Bundes-Verfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht», en Herbert SCHAMBECK (ed.), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, 1980, págs. 83 y sigs.; Harald EBERHARD/Christoph KONRATH, *Der Österreich-Konvent, Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung*, 2004-2005/01, pág. 20. Cfr. ÖHLINGER (nota 9), pág. 291, sobre la «desintegración del Derecho Constitucional» y Ludwig ADAMOVICH, «Zur Fortentwicklung des österreichischen Verfassungsrechts», en Eberhard ZWINK (ed.), *Salzburger Symposion zum Jubiläum 60 Jahre Bundesverfassung*, 1980, pág. 58, sobre la «atomización de la Constitución en leyes y prescripciones constitucionales». Theo ÖHLINGER, *Stil der Verfassungsgesetzgebung – Stil der Verfassungsinterpretation*, en Festschrift Ludwig Adamovich, 1992, págs. 502 y sigs., especialmente 508, habla de «casuística» en el poder de reforma de la Constitución.

(88) Peter PERNTHALER, *Der Verfassungskern*, 1998, págs. VI y 85, muestra dicha práctica como «una infracción constitucional de sutil forma» o de «abuso de la forma constitucional».

(89) La Ley Constitucional Federal no contiene prescripciones específicas sobre la reforma de la Constitución, sino que, con arreglo a una pureza técnica, la concibe como un subtipo de legislación con especiales procedimientos, véase WIEDERIN (nota 2), marginal 27, 42 y sigs.

(90) Véase el volumen especial del *Journal für Rechtspolitik*, núm. 1, 2003, págs. 1 y sigs., bajo el título «Ein Verfassungskonvent für Österreich?», así como Ludwig ADAMOVICH, *Eine neue Republik? Gedanken zur Verfassungsreform*, 2004; Walter BERKA/Heinz SCHÄFFER/Harald STOLZLECHNER/Ewald WIEDERIN (eds.), *Verfassungsreform. Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents*, 2004; una información precisa en Internet junto con el texto oficial final del proyecto de 12 de enero de 2005, véase en [www.konvent.gv.at](http://www.konvent.gv.at).

tiene una cláusula de intangibilidad y el artículo 44.3 de la Ley Constitucional Federal austriaca prevé sólo una reforma constitucional agravada para una parte del Derecho constitucional (las leyes relativas a la estructura federal y a los principios fundamentales del Derecho constitucional austriaco). El plus a este procedimiento es la decisión popular: en caso de supresión o de modificación sustancial de los principios fundamentales ha de celebrarse un referéndum. Esto sucedió hasta el momento sólo en una ocasión: con la entrada de Austria en la Unión Europea.

El Tribunal Constitucional austriaco ha tomado en consideración en varias ocasiones la categoría del Derecho constitucional inconstitucional(91) y —contrariamente a lo que ha sucedido en Alemania— una vez utilizada efectivamente ha acarreado la nulidad del Derecho constitucional «simple» (92). La explicación de esto último puede ser que en Austria los argumentos teórico-normativos (la jerarquía de las fuentes) poseen un peso más importante que en Alemania y además incluso pueden prevalecer frente a la mayoría constituyente democrática. Una nulidad tal (esto es, la declaración de nulidad) del Derecho constitucional «simple» a través del Tribunal Constitucional Federal alemán no es teóricamente descartable, aunque es poco probable.

## 2. *Derecho internacional, Derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Mientras que en Austria la teoría monista resulta dominante, la dogmática alemana se sustenta más bien sobre la doctrina del dualismo. Esta distinción posee fundamentos teóricos, ya que tanto el texto de la Constitución federal austriaca (93) como también el de la Ley Fundamental de Bonn resultan compatibles con ambas soluciones (94). Su trasfondo es la incidencia de Kelsen y de Vedross en Austria, favorables al monismo (95), y la de Triepel en Alemania en la dirección del dualis-

(91) VfSlg. 11.756, 11.829, 11.916.

(92) 11.10.2001, Ley 12/00.

(93) Theo ÖHLINGER, *Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht*, 1973, págs. 110 y sigs.

(94) Michael SCHWEITZER, *Staatsrecht III. Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 8.ª ed., 2004, pág. 161.

(95) KELSEN (nota 24), pág. 123. Cfr. todavía Jochen VON BERNSTORFF, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, 2001, págs. 70 y sigs., y Alfred VERDROSS, *Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem. Kritische Studie zu den Völkerrechtstheorien von Max Wenzel, Hans Kelsen und Fritz Sander*, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1923, págs. 415 y sigs.

mo (96). En la medida en que las diferencias existentes entre dichas posiciones han sido hasta el momento bien estudiadas, no serán aquí objeto de tratamiento (97).

La doctrina austriaca intenta interpretar también de una forma monista el problema de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros. Al respecto, se utiliza como modelo teórico-jurídico la doctrina sobre la construcción escalonada del orden jurídico (98). Esta perspectiva monista conduce al concepto de «Constitución dual» (99). Si se quiere reconducir la constelación europea a un sistema jurídico unitario, entonces tal sistema posee una «Constitución dual» (esto es, una austriaca y otra europea). Si se piensa conforme al modelo alemán, tanto el orden jurídico nacional como el comunitario poseen sus propias Constituciones (aunque también relacionadas en muchos puntos) (100). En la doctrina alemana, una expresión como «Constitución dual de Alemania» en relación a la integración europea se mostraría desconcertante. La doctrina y la jurisprudencia austriacas son, en conjunto, más favorables a la Comunidad Europea que las alemanas. Una muestra de ello es el hecho que el Tribunal Constitucional austriaco ya ha planteado algunas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (101). Tal comportamiento, subordinado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no es apreciado de parte del Tribunal Constitucional Federal alemán (102).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos se considera en Austria como Derecho constitucional directamente aplicable (103). Esta cuestión responde a

---

(96) Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899.

(97) Christine AMRHEIN-HOFMANN, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, 2003.

(98) Theo ÖHLINGER, «Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe», en Antero JYRÄNKI (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, The Hague 1999, pág. 163 y sigs.; Hans René LAURER, *Europarecht und österreichische Rechtsordnung – Rechtsnormen in einem einheitlichen Stufenbau?*, Österreichische Juristen-Zeitung, 1997, págs. 233 y sigs.

(99) Peter PERNTHALER, *Die neue Doppelverfassung Österreichs*, en Festschrift Günther Winkler, 1997, págs. 773 y sigs.

(100) Cfr. Armin VON BOGDANDY, *Zweierlei Verfassungsrecht*, Der Staat, 2000, págs. 163 y sigs.

(101) Gerhart HOLZINGER, *Der Verfassungsgerichtshof und das Gemeinschaftsrecht*, en Festschrift Theo Öhlinger, 2004, véase 153 y sigs., con ulteriores precisiones.

(102) En lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, más bien contraria a los intereses de la Comunidad, véase últimamente la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa de 30 junio 2009 – BVerfG, 2 BvE 2/08. Christoph SCHÖNBERGER, «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», *German Law Journal*, 2009, págs. 1201 y sigs.

(103) Austria ha ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1958. Éste adquirió rango constitucional en el año 1964, véase la Ley Constitucional Federal (BVG), Boletín Legislativo Federal 59/1964.

dos motivos. Por un lado, no se ha podido, hasta el momento, llegar a un acuerdo sobre un catálogo contemporáneo de derechos fundamentales que sea capaz de sustituir la ya claramente anticuada *Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867, sobre derechos generales para los ciudadanos de los Reinos y de los Estados federados representados en los Consejos del Imperio* (104). Por otra parte, se tenía una gran confianza en el Derecho internacional, en la medida en que la existencia y la independencia de Austria se apoyó precisamente en tal Derecho (Tratado de Viena de 1955). La incidencia de Kelsen y de Vedross ha reforzado, desde luego, dicha confianza. Por eso no se rehuyó en concebir a un tratado internacional como un catálogo de derechos fundamentales. Aquí debe apuntarse que, además de la influencia alemana (105) y de la difusión de la escuela de la jurisprudencia crítica de valores, el Convenio Europeo de Derechos Humanos aparece como el tercer factor del debilitamiento metodológico propio de la clásica óptica kelseniana (106). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional austriaco se adapta siempre a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y asume su interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos como Derecho constitucional nacional con pequeños retrasos, también incluso sus argumentos (107).

---

(104) La ausencia de acuerdo fue, ya en el año 1920, la causa de que la Ley Fundamental del Estado de 1867 permaneciera en vigor después de aquella fecha: sobre la relación entre el Estado y la Iglesia o escuela, Estado y familia, función de la propiedad, significado de las relaciones laborales, véase Felix ERMACORA, «Die Grundrechte in der Verfassungsfrage 1919/1920», en *Die österreichische Verfassung von 1918 bis 1938*, 1980, págs. 53 y sigs. La Ley Constitucional Federal (B-VG), a falta de un nuevo catálogo de derechos fundamentales, se quedó como un torso, véase *idem* (ed.), *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen*, 1982, págs. 37 y sigs. La Ley Fundamental del Estado de 1867 es también hoy día Derecho válido dotado de rango constitucional.

(105) Véanse Herbert HAUSMANNINGER, *The Austrian Legal System*, 2.<sup>a</sup> ed., Wien, 2000, pág. 147; Heinz SCHÄFFER, «Landesbericht Österreich», en Christian STARCK (ed.), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, 1990, págs. 56 y sigs.; Detlef MERTEN, *Aktuelle Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, en Festschrift Erwin Melichar, 1983, pág. 108.

(106) Herbert SCHAMBECK, «Zur Theorie und Interpretation der Grundrechte in Österreich», en Rudolf MACHACEK y otros (eds.), *Grund- und Menschenrechte in Österreich*, vol. 1, 1991, pág. 91.

(107) Sobre la desconcertante confrontación (como mínimo retórica) del Tribunal Constitucional Federal alemán con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, últimamente (BVerfG, 2 BvR 1481/04, de 14 de octubre de 2004), en contra véanse Jochen Abr. FROWEIN, *Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte*, en Festschrift Jost Delbrück, 2005, págs. 279 y sigs., y Mattias HARTWIG, «Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights», *German Law Journal*, 2005, págs. 869 y sigs. Las posturas favorables al Derecho internacional

### 3. *Actos de aplicación como normas individuales*

Los actos de aplicación (decisiones judiciales y actos administrativos) se conciben en la doctrina austriaca como «normas individuales». Esa expresión suena a los oídos no austriacos como un oxymoron. La justificación de esta expresión es la doctrina sobre la construcción escalonada del orden jurídico: por ello, la distinción entre leyes y reglamentos, por una parte, y actos administrativos y decisiones judiciales, por otra, es relativa; ambas son normas. Las últimas son «normas individuales», normas más concretas; mientras que las primeras son «normas generales». Ésta es más bien una distinción terminológica que carece de relevancia práctica. De mayor relevancia es, por el contrario, el reconocimiento de naturaleza jurídica a los actos internos de la administración.

### 4. *Los actos internos de la administración*

Conforme a la teoría sobre la construcción escalonada del orden jurídico, las *instrucciones* internas de la administración (individuales o generales) aparecen también concebidas como normas jurídicas. Con la juridificación (esto es, con el reconocimiento de su naturaleza jurídica) de las instrucciones internas de la administración, la teoría sobre la construcción escalonada del orden jurídico sirve a la democracia y, especialmente, a la administración democrática (108). La administración democrática significa particularmente administración vinculada a la ley (109), en la medida en que la ley es expresión de la voluntad popular (110).

Si las instrucciones internas de la administración poseen naturaleza jurídica, entonces su legalidad cabe ser controlada también por los tribunales. El no reconocimiento de carácter jurídico a las instrucciones internas de la adminis-

---

(véase, por ejemplo, Stephan HOBE, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998, págs. 380 y sigs., sobre la «estatalidad abierta») parecen quedar ahora en meras posiciones doctrinales.

(108) Jürgen BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's*, 1977, pág. 18. En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las instrucciones en la doctrina alemana, véanse todavía Hans Heinrich RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, págs. 11 y sigs.; Norbert ACHTERBERG, *Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz*, Die öffentliche Verwaltung, 1973, pág. 298; Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2000, págs. 154 y sigs.

(109) ÖHLINGER (nota 51), pág. 31; KELSEN (nota 11), págs. 69 y sigs.

(110) Adolf MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, pág. 339; KELSEN (nota 11), págs. 70 y sigs.

tración desempeñó antaño la función de exceptuar del control judicial a dichos actos («teoría de la impermeabilidad»). La dogmática alemana debió dar un complejo rodeo hasta llegar al control de algunas instrucciones *internas* de la administración (en forma general: disposiciones administrativas o reglamentos de la administración) (111).

##### 5. *Derecho metapositivo y Derecho constitucional consuetudinario*

En Austria no ha tenido raigambre la categoría alemana del Derecho metapositivo (o suprapositivo) que se corresponde con la tradición alemana del Derecho natural (112). Ello contradiría demasiado abiertamente la fuerte tradición kelseniana (113). En sustitución del Derecho natural, y de su función de control externo sobre la producción jurídica interna del Estado, se ha preferido en Austria una más fuerte aproximación al Derecho internacional y al Derecho comunitario (véase *supra*).

En general, en Alemania —de manera contraria a lo que sucede en Austria— el «Derecho» se ha vinculado inescindiblemente a «valores» (114). De igual modo, falta en Austria, en consideración a la positividad de la Constitución, el reconocimiento de la existencia de un Derecho consuetudinario constitucional (115).

---

(111) Horst DREIER, «Merkls Verwaltungslehre und die deutsche Dogmatik», en Robert WALTER (ed.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, 1990, págs. 76 y sigs.

(112) BVerfGE 3, 88; 6, 132; 23, 98.

(113) La incompatibilidad es recíproca: no sólo la tradición kelseniana contraviene la idea (alemana) del Derecho natural, sino también Kelsen (en parte por ello) es desterrado en Alemania, véase Norbert ACHTERBERG, *Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre*, Die öffentliche Verwaltung, 1974, pág. 447. Sobre todo en los últimos tiempos se divisa una más fuerte recepción kelseniana en Alemania: Horst DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986; Michael PAWLIK, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtslehre H.L.A. Harts*, 1993; Carsten HEIDEMANN, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, 1997; Matthias JESTAEDT, *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtslehre für die Rechtspraxis*, 2006. Cfr. *supra* nota 8. En lo que se refiere a la recepción alemana, véase Horst DREIER y otros, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*, 2001, págs. 17 y sigs.

(114) PFERSMANN (nota 68), pág. 63 y sigs.; GEIGER (nota 64), pág. 46. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase al respecto Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, «Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts», en Ralf DREIER (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, 1990, págs. 33, 45, y Christian STARCK, *Zur Notwendigkeit der Wertbegründung des Rechts*, *ibidem*, págs. 47, 59 y sigs., con ulteriores referencias.

(115) ADAMOVICH y otros (nota 6), marginal 04.017; WALTER/MAYER (nota 6), marginal 105. En Alemania, por el contrario, ha sido vivamente discutido (véase Christian TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht*, 1972), aunque tampoco incondicionalmente aceptado en general.

#### IV. DOGMÁTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán son, conforme a la dogmática alemana, únicamente declarativas, no constitutivas: una ley inconstitucional es «*declarada* inválida» (declaración de nulidad). Si en efecto, realmente fuera sólo declarativa (y no constitutiva), entonces la posibilidad de la declaración de incompatibilidad (propia de la declarativa) carecería de sentido (§ 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). O bien ha de reconocerse que la declaración de nulidad conforme al § 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal realmente es una derogación *ex tunc*, o bien (lo que sería aún menos plausible) debe aceptarse que la declaración de incompatibilidad es por sí misma constitutiva, esto es, que, en realidad, una norma inexistente (!) ha sido aprobada. También por ello en Alemania se duda en los últimos tiempos si una sentencia de «declaración de nulidad» realmente es sólo declarativa (116). La dogmática austriaca de Derecho constitucional no se ha enfrentado a tales problemas, ya que la naturaleza constitutiva de las decisiones del Tribunal Constitucional ha sido siempre reconocida. Se habla en Austria de la derogación por parte del Tribunal Constitucional. En este punto, la dogmática austriaca es claramente más convincente que la alemana. La distinción entre el dogma de la nulidad y la doctrina de la derogación constitutiva trae como consecuencia que las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán actúan *ex tunc* y las decisiones del Tribunal Constitucional austriaco *ex nunc* (117).

#### V. LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la dogmática de los derechos fundamentales se perciben sólo pequeñas diferencias. La primera es la curiosa y compleja denominación «derechos constitucionalmente tutelados» (acuñada desde la perspectiva del Derecho positivo: art. 144 de la Ley Constitucional Federal), que se corresponde con el concepto alemán de «derechos fundamentales» (118). El motivo de aquella larga expresi-

(116) HECKMANN (nota 8), pág. 77.

(117) Véase Barbara STREHLE, *Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen. Eine vergleichende Darstellung der Entscheidungswirkungen des schweizerischen Bundesgerichts, des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, 1980, págs. 103 y sigs.

(118) Sobre las pocas excepciones (es decir, la expresión «derecho fundamental» en un texto jurídico austriaco), véase ÖHLINGER (nota 6), marginal 677, nota 1.

sión es la intención de evitar las connotaciones iusnaturalistas de la palabra «derechos fundamentales» (119). Recientemente también en Austria algunos autores han optado por emplear dicho vocablo (120). Un segundo aspecto es que en Austria se recurre al principio de igualdad para la resolución de determinadas cuestiones del Derecho constitucional, como también al principio general de la interdicción de la arbitrariedad (121). La causa de esta inclinación es la falta de otros (genéricos) derechos fundamentales globales o subsidiarios, como sucede en Alemania con la dignidad humana o la libertad general de acción (122). En la medida en que este principio general concedió a los jueces constitucionales un amplio margen de decisión, ha sido considerado por muchos de la antigua escuela como una ilegítima actividad política judicial (123).

Finalmente, ha de ponerse de relieve aquí un rasgo característico de la dogmática constitucional del Derecho de propiedad, conforme al cual no todas las expropiaciones aparecen como indemnizables. En la práctica, también en Austria las expropiaciones son indemnizables en la mayor parte de los casos, si bien esto no es obligado constitucionalmente. El artículo 5 de la Ley Fundamental del Estado (1867) no prevé ninguna compensación, conforme a la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional (124); el artículo 1.(1) del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos tampoco garantiza la indemnización en todas las circunstancias (125). Con arreglo a

---

(119) En Alemania, por el contrario, los derechos fundamentales han sido concebidos como derechos prejurídicos, véase Klaus STERN, «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», en Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., vol. V, § 108, marginal 6, 2000; GEIGER (nota 64), pág. 47.

(120) Ejemplificativamente, BERKA (nota 15), incluso en el título; ÖHLINGER (nota 6), marginal 677 y sigs.

(121) Manfred STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1991, págs. 202 y sigs.; Alfred J. NOLL, *Sachlichkeit statt Gleichheit?*, 1996, págs. 153 y sigs.; Ludwig ADAMOVICH/Bernd-Christian FUNK/Gerhart HOLZINGER, *Österreichisches Staatsrecht*, vol. 3, 2003, marginal 42.013.

(122) Heinz SCHÄFFER, *Allgemeine Denkstrukturen in der Rechtsprechung europäischer Höchstgerichte, vor allem am Beispiel der Grundrechtsinterpretation der Verfassungsgerichtshöfe in Österreich und Italien*, en Festschrift Zoltán Péteri, 2005, págs. 163 y sigs. 174, nota 31.

(123) Rudolf THIENEL, *Vertrauensschutz und Verfassungsrecht*, 1990, pág. 39; Klaus BERCHTOLD, *Der Gleichheitssatz in der Krise*, en Festschrift Felix Ermacora, 1988, págs. 327 y sigs. Similares problemas se plantean en el contexto alemán, Christoph MÖLLERS, *Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG*, Neue juristische Wochenschrift, 2005, págs. 1973 y sigs., especialmente 1979.

(124) Richard NOVAK, *Die Eigentumsgarantie – Neue Aspekte, alte Fragen*, en Festschrift Peter Pernthaler, 2005, págs. 266 y sigs., con ulteriores anotaciones.

(125) La cuestión es examinada sólo en el marco de la proporcionalidad, lo que posibilita una expropiación desprovista de indemnización en circunstancias extraordinarias, véase Chris-

esta interpretación del artículo 5 de la Ley Fundamental del Estado, se puede explicar por qué después de la Primera Guerra Mundial los Augsburgo (1919) o, después de la Segunda Guerra Mundial (1946-1947), los desposeídos no percibieron ninguna compensación (126). En la medida en que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (adhesión austriaca: 1958) no previó a este respecto ningún cambio obligatorio, la dogmática constitucional austriaca permaneció anclada en este nivel, a pesar de la crítica de la doctrina (127). La única novedad se introdujo —siguiendo a las concepciones alemanas (128)— en el ámbito del principio de igualdad. Ésta es la denominada teoría del sacrificio especial (*Sonderopfertheorie*), conforme a la cual sólo un «sacrificio especial incompatible con el principio de igualdad» se encuentra prohibido, esto es, cuando la desigualdad en la inexistencia de indemnización para la privación de los bienes sufrida ante la misma declaración de utilidad no puede ser justificada materialmente (129). Cabe señalar que la protección de la propiedad en Austria también es concebida como una tutela de la autonomía privada, así que, en parte, la función de la libertad general de acción ausente en el Derecho constitucional austriaco es asumida por la protección de la propiedad.

## VI. ESTILOS DE PENSAMIENTO

El último punto de este trabajo resume las más importantes características de los estilos de pensamiento austriaco en comparación con los alemanes. La dogmática austriaca necesita, en general, un inferior número de conceptos fundamentales o, al menos, no tantas categorías no deducibles. Los conceptos, ade-

---

troph GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2.<sup>a</sup> ed., 2005, § 25, marginal 19 y sigs.

(126) Una crítica a la ausencia de indemnización de los Augsburgo puede verse en Michael KADGIEN, *Das Habsburgergesetz*, 2005, págs. 180 y sigs. En lo que se refiere, por su parte, a la problemática sobre la indemnización de las nacionalizaciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, véase Ludwig ADAMOVICH senior, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 6.<sup>a</sup> ed., 1971, págs. 556 y sigs., con ulteriores referencias.

(127) Véase Claus SCHULZ, *Die aktuellen Probleme des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung und im Spiegel der deutschen Rechtsauffassungen*, 1971, págs. 145 y sigs.; Peter PERNTHALER, «Der Grundrechtsschutz des Eigentums vor allem im Hinblick auf die Beschränkungen durch die öffentliche Bodenordnung», en Hans SPANNER y otros (edits.), *Grundrechtsschutz des Eigentums. Seine Grenzen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse*, 1977, págs. 25 y sigs., en concreto 27, nota 10, con ulteriores precisiones.

(128) PERNTHALER (nota 127), pág. 33, nota 33.

(129) NOVAK (nota 124), pág. 268.

más, frecuentemente aparecen vinculados a problemas de la teoría de normas. Se argumenta generalmente de forma más simple y de manera más inteligible que en Alemania. Los austriacos consideran su propio estilo de pensamiento como más elegante y sobrio que el de los alemanes. En el proceder argumental, el empleo de argumentos secundarios o accesorios (auxiliares) en orden a avalar una solución ya demostrada por premisas sólidas, tal y como sucede en Alemania, ha sido raro en Austria. Con frecuencia se han utilizado las categorías vinculadas a Kelsen (la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico, la doctrina de los tres miembros del Estado federal). En general, su incidencia es enorme, en la medida en que los argumentos sociológicos y de Derecho natural en la mayoría de los casos no han sido bien considerados.

La doctrina alemana utiliza muchos conceptos fundamentales propios de la época de la monarquía constitucional (130). En vez de Kelsen, las categorías fundamentales de Smend (Hesse) y Schmitt (Stern, Böckenförde), cuyos argumentos frecuentemente aparecen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (131). En estos argumentos se encuentran de ordinario categorías que ciertamente tienen un intuitivo valor descriptivo, pero ninguna definición estrictamente jurídica (por ejemplo, comunidad, integración, coletividad) (132). Esta tendencia encierra una predisposición a sustantivos compuestos y a algunos misteriosos conceptos fundamentales: «derecho como factor de ordenación» (133), «el orden federal es la forma de la estructura federal» (134). Aparecen asiduamente consideraciones politológicas y, en ocasiones, de Derecho natural (135). La ventaja de este esquema de pensamiento es el aligeramiento de las argumentaciones («fructífera oscuridad»); la desventaja, por contra, la imprevisibilidad del resultado argumental. En general, en Alemania existe un mayor número de premisas en las demostraciones y más criterios justificadores (independientes unos de otros) para encontrar el resultado. Por ello, las argumentaciones no poseen una sola línea discursiva, sino que son más

---

(130) Vgl. Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 1980, págs. 584-586. Con frecuencia unos lugares comunes se desdibujan nuevamente, como, por ejemplo, la identificación del poder ejecutivo con la aplicación de Derecho, sin problematización alguna sobre los reglamentos ejecutivos, por ejemplo, Konrad HESSE (nota 5), pág. 88.

(131) Robert Chr. VAN OUYEN, *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*, 2005.

(132) HESSE (nota 5), pág. 97.

(133) HESSE (nota 5), pág. 86.

(134) HESSE (nota 5), pág. 97. Puede sólo barruntarse lo que ello significa.

(135) O combinaciones estáticas de ambas, como, por ejemplo, la categoría del reconocimiento estatal de un derecho, véase Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 1980, pág. 588.

complicados y menos refinados. Se argumenta más desde conceptos genéricos (por ejemplo, democracia, dignidad humana) sobre problemas concretos que en Austria, donde tales tendencias activistas son más extrañas (cuando no desconocidas).

En conclusión, ha de apuntarse que tanto la ciencia alemana como la austriaca del Derecho constitucional aparecen concebidas, la una para la otra, como los respectivos representantes de un método trasnochado. Como anteriormente se puso de manifiesto, la ciencia alemana del Derecho constitucional, desde la óptica (tradicional) austriaca, puede ser concebida como una ciencia que se retrasa a los niveles metodológicos anteriores a Jellinek y Kelsen (confusión entre argumentos jurídicos y sociológicos; presentación de perspectivas, en realidad, político-jurídicas como Derecho positivo). En Alemania, por el contrario, el estilo de pensamiento kelseniano en Austria se considera como un absurdo e inservible encumbramiento de la ya superada jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) del siglo XIX (136).

A la luz de estas diferencias existentes entre ambos Estados y culturas jurídicas, que se encuentran en estrecho intercambio, se permite vislumbrar cuán lejos se encuentra una ciencia europea del Derecho público (en concreto, un ámbito discursivo común de las ciencias nacionales de Derecho público) con menos conocidos Estados y ordenamientos jurídicos. Y tampoco estas diferencias austriaco-alemanas son de naturaleza terminológica de manera que puedan ser «traducidas», sin más, unas a otras: las diferencias conceptuales son sólo consecuencias o síntomas de la disimilitud de premisas teóricas (en ocasiones sólo implícitas). No puede afirmarse tampoco que «con una elemental investigación básica tales diferencias puedan ser resueltas en compromisos». Al contrario: cuanto más profundamente se analicen, cuanto más teóricamente se investigue, más grandes resultan.

Las perspectivas de una *ciencia* común europea del Derecho público parecen actualmente más bien nebulosas. Lo que, sin embargo, ya ha surgido es una ciencia del Derecho público de la *Unión Europea*. El elemental estilo de pensamiento (aunque en general llega a ser por una vez unívoco) no ha sido todavía conformado en su totalidad. La respuesta a la pregunta de si el estilo de pensamiento austriaco o alemán encontrará allí en el futuro una más fuerte re-

---

(136) Como referencias adicionales véanse Hermann KLENNER, *Rechtsleere – Die Verurteilung der Reinen Rechtslehre*, 1972; Norbert ACHTERBERG, *Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre*, Die öffentliche Verwaltung, 1974, págs. 445 y sigs. Referencias a Larenz, Heller, Schmitt und Smend véanse en Horst DREIER y otros, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*, 2001, págs. 25, 29; Horst DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, págs. 19 y sigs.

cepción —prescindiendo de la más relevante posición institucional alemana—, depende de si esa ciencia jurídica concibe a la Unión Europea como una mera comunidad jurídica de pluralidad de Estados nacionales (de manera similar a lo que sucedió en el contexto histórico del surgimiento de la teoría pura del Derecho en el ámbito de la Monarquía austro-húngara) o si más bien la comprende como una comunidad de valores. En el primer caso, podemos conceptualizar los problemas en la lengua constitucional austriaca, mientras que en el segundo, por el contrario, habríamos de hablar más bien en alemán.

### RESUMEN

Un jurista externo que se propusiera realizar un estudio comparativo quizás, a primera vista, pudiera tratar de equiparar los pensamientos constitucionales alemán y austriaco —no sólo por el idioma alemán común a ambos, sino también por el hecho de que la mayoría de los manuales de derecho comparado (basados en las características del Derecho privado) hayan adscrito tales Estados a la misma «familia jurídica». Sin embargo, tal suposición sería efectivamente falsa. El presente trabajo no pretende llevar a cabo una enumeración de las concretas diferencias dogmáticas, sino más bien adentrarse en el análisis último de sus fundamentos. Las peculiaridades dogmáticas en Austria encuentran su explicación en la influencia de la teoría pura del derecho. Esto no sólo se materializa en diferentes categorías dogmáticas, sino también en la ausencia en unos casos y en la resistencia, en otros, a los presupuestos propios del decisionismo de Carl Schmitt, de la teoría de la integración de Rudolf Smend y del derecho natural. La autonomía dogmática del Derecho Público austriaco decrece, sin embargo, en varios aspectos lo que, en parte, encuentra explicación en la creciente influencia alemana. Eso no significa, en modo alguno, que se desdibujen las diferencias; se trata simplemente de una aproximación limitada.

*PALABRAS CLAVE:* interpretación constitucional; teoría pura del Derecho; metodología del derecho comparado.

### ABSTRACT

Comparative constitutional lawyers might have a temptation to identify German and Austrian constitutional thinking—not only because both are German speaking countries, but also because comparative law textbooks (based mostly on private law) present them as being in the same «legal family» or «legal circle». This assumption would, however, be wrong. This article does not attempt to itemize or list out the doctrinal differences; instead, it seeks to reveal the foundations of the two systems. The major part of doctrinal differences can be primarily explained by Kelsen's influence in Austria. This is evident not only from the diverse doctrinal figures, but also in the absence of or resistance to the

approaches of German (Schmittian) decisionism, (Smendian) integrationism, or natural law. In certain points, the curiosity of Austrian public law doctrine has diminished, partially due to increased German influence. By no means, however, does this imply the disappearance of distinctive features; one merely observes some degree of convergence.

*KEY WORDS:* constitutional interpretation; pure theory of law; methodology of comparative law.