

CHARLES EISENMANN, *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*. Ed. Economica, París, 1986.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

## I

La lectura de la obra de referencia tiene un doble interés: el científico, que por sí misma, y al margen de otra consideración, posee, al contener una valiosa aportación a la Teoría de la Constitución, y el comparativo, al permitir aplicar sus comentarios y conclusiones sobre la justicia constitucional austríaca a otros sistemas más recientes como el español.

Ese doble interés se corresponde con dos partes perfectamente diferenciadas: por un lado, una teoría de la justicia constitucional y, por otro, un estudio del Tribunal Constitucional en Austria. Pero antes de extendernos sobre cada una de ellas, resulta preciso hacer un comentario sobre el conjunto de la obra. Se trata, en la aquí manejada, de una reedición de la aparecida en 1928 con el mismo título, y consistente en la tesis doctoral de su autor, elaborada en Viena bajo la dirección de Hans Kelsen, que dedica al estudio un prefacio del que se obtiene lo que se espera de tan preclaro jurista. Por si este añadido fuese poco, la nueva edición aparece enriquecida con un prólogo del decano Vedel y un epílogo del profesor Favoreu, ambos muy ilustrativos, especialmente para comprender el alcance de la obra en el contexto del control de la constitucionalidad de las leyes en Francia.

La “marca” del maestro Kelsen se nota a lo largo del estudio re-  
censionado, aunque sin desmerecerlo en un ápice en su personalidad  
y valor: Eisenmann se reconoce en todo momento partidario de la  
teoría pura del Derecho, que aquél iniciase, y le da completa aplicación  
a lo largo de su trabajo. Esta inspiración la desarrolla con aportaciones

propias, dignas de pasar a lo más acrisolado de la ciencia jurídica, y ello lo hace también con ese rigor lógico que Kelsen enseñó y practicó con maestría. Con esta obra pasa lo que en general ocurre con las enseñanzas del profesor vienés: aunque se pueda disentir de sus premisas o de sus conclusiones, el razonamiento argumental asombra por su audacia y rigor. No hay ninguna concesión a lo puramente político ni a mucho de lo que en su tiempo se tenía por axiomas de la ciencia jurídica. Todo está encadenado de forma tan racional que nadie podría discutir su, al menos, grandeza teórica.

## II

La primera parte de la obra, sobre la teoría de la justicia constitucional, es la dotada de más trascendencia, precisamente por su dimensión teórica, abstracta. Sus digresiones y razonamientos se hacen universales, válidos para aplicarlos a cualquier Derecho positivo y, por lo mismo, para alimentar la más depurada Teoría general de la Constitución. De esta parte, destacan una serie de puntos, a los que se ciñe el presente comentario.

Comienza Einsenmann con la exposición de los dos sentidos del concepto de Constitución: Constitución material y Constitución formal. La primera, en vez de definirse como el conjunto de normas básicas sobre la estructura del Estado y los derechos de los individuos, según es usual entre los constitucionalistas, lo hace como el sistema de reglas sobre la legislación, en el sentido de normas jurídicas. Se da la espalda, por tanto, a un concepto que serviría más bien para explicar las Constituciones de los Estados demoliberales, y se opta por otro mucho más general, válido para cualquier Estado. La Constitución sería sólo para este autor la regulación de las fuentes de producción del Derecho. No es que, a nuestro juicio, pretenda dar por inútil aquel concepto de Constitución propio del genuino Estado de Derecho (del que da sobradas muestras de aceptación), sino de captar su última esencia material, previo a cualquier sistema jurídico y por lo tanto a este segundo.

La explicación de la Constitución formal es, en cambio, coincidente con las versiones más extendidas de la misma: conjunto de reglas jurídicas, cuya elaboración sigue un procedimiento excepcional en relación

a la legislación, normas cuya reforma está sujeta a un procedimiento especial.

Ambos conceptos de Constitución pueden no coincidir, como de hecho ocurre, en las Constituciones de los distintos Estados, y por eso ambos son necesarios. No obstante, la Constitución material, en cuanto reglas de creación del Derecho, formaría la pieza fundamental, al poseer una cierta superioridad lógica, en la medida que todas las normas dependen para su existencia de estas normas de producción jurídica.

Otro asunto fundamental es la reducción de la Constitución y de cualquier otra norma jurídica a lo puramente positivo: principios morales y políticos son irrelevantes para la ciencia del Derecho. El libro en cuestión se enraiza así en el normativismo puro de la Escuela de Viena. De ahí una afirmación que podrá parecer paradójica desde cualquier punto de vista, excepto desde el científico jurídico: no hay límites para la Constitución como norma fundante del ordenamiento jurídico. Si hay límites, éstos serán morales, políticos, etc., pero nunca jurídicos. Jurídicamente el constituyente disfruta de una voluntad irrestricta, y lo mismo se predica de las normas inferiores. Sus solos límites vienen determinados por los mandatos de las normas de jerarquía superior. Otros cualesquiera son irrelevantes para el científico del Derecho.

Esta toma de partido, tan sin paliativos, por el positivismo, le servirá a Einsenmann para someter a revisión crítica a las ideas profesadas por figuras consagradas del constitucionalismo francés de su época, como Hauriou, Geny y Dugit. También aquí el doctorando se muestra implacable. Con rigor y valentía juvenil se lanza contra el institucionalismo del primero, el iusnaturalismo del segundo y el sociologismo del tercero, y el resultado es, naturalmente, el que suele acompañar a los que actúan con este espíritu tras serias y prolongadas reflexiones. Aquel sector doctrinal queda realmente malparado tras este examen, lo que asombra sobremanera si se tiene en cuenta la bisoñez (que no empaña la madurez) del autor. El enjuiciamiento se realiza aflorando contradicciones y poniendo de relieve "verdades ocultas" y limitaciones de estos otros métodos. Cuando se leen estas páginas, uno vuelve a tener la sensación que tuvo al leer a Kelsen: constituir la apertura neta y diáfana de una nueva página de la ciencia jurídica, seguramente no definitiva, pero en la misma

medida superadora de las hasta entonces más reconocidas posturas metodológicas. Einsenmann reitera que el quehacer del jurista, si se pretende científico, no puede entremezclarse de consideraciones políticas, morales o filosóficas. Todo derecho positivo refleja siempre unos valores, pero nunca por ello dejará de ser derecho. La ciencia jurídica es ciencia del derecho positivo y, por ello, todo tipo de consideraciones meta-positivas le están vedadas. En caso contrario, se transformaría en política, religión o moral.

Este reduccionismo metodológico, aplicado al tema central de la obra, determina que el control de la constitucionalidad de las leyes se explique sólo por datos formales: la inconstitucionalidad de una ley es en último extremo un problema de procedimiento, pues encierra un acto que excede de su competencia, incidiendo en una materia reservada al poder constituyente: supondría una reforma de la ley fundamental por alguien no habilitado al efecto. La justicia constitucional no necesita, por tanto, de argumentaciones sobre su bondad u oportunidad. Basta demostrar que responde a la propia lógica de la Constitución, punto éste en el que curiosamente coincide con el juez Marshall al inaugurar el *judicial review* en los EE.UU.

Einsenmann sale al paso de los que admiten que el juez ordinario pueda controlar la inconstitucionalidad formal de la ley (respeto de las reglas sobre su elaboración y aprobación), pero no en cambio la inconstitucionalidad material (violación de reglas de fondo de la Constitución). Para él, todos los vicios formales o materiales afectan a la validez de la ley, que es la que determina su ser jurídico, y lo hacen en la misma medida. Por eso, es irrelevante la distinción mencionada: si se admite el control por el juez en un caso, debe admitirse también en el otro. Y esta posibilidad de control no sólo se presenta al juez, sino a todo operador jurídico (autoridad, funcionario o particular) que se enfrenta al problema de aplicar una ley inconstitucional.

Pero, a continuación Einsenmann incurre en uno de los escasos comentarios incoherentes perceptibles en su obra. Se trata de su admisión de que el legislador pueda limitar ese control abierto sobre la constitucionalidad de las leyes, que en principio sería corolario de la supremacía de la Constitución, con procedimientos como el de disponer sanciones para aquéllos que se nieguen a aplicar la ley. Se nos antoja contradictorio este comentario con la paralela afirmación de que la violación de las

normas constitucionales de procedimiento o de fondo afecta a la propia existencia de la ley que lo hace, lo que implicaría en puridad racional la imposibilidad de su aplicación para cualquier autoridad, agente o particular. Tal vez ello ha venido determinado por el propósito del autor de defender la superioridad del sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, sobre el difuso americano que, a nuestro juicio, podrá tachársele de cualquier cosa excepto de falta de lógica. Este segundo procedimiento supone apurar hasta sus últimos extremos las consecuencias lógicas que se derivan de la supremacía de la Constitución como fuente del Derecho.

Al comparar los dos sistemas ya conocidos de justicia constitucional de las leyes, Einsenmann se separa en alguna medida y aunque sin mencionarlo de su maestro Kelsen. Para éste, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad suponía, materialmente hablando, una actividad legislativa, de legislador negativo, en cuanto encaminada a fijar lo que no es constitucional y por tanto no forma parte del ordenamiento jurídico. Para el primero, en cambio, no hay diferencias sustanciales, sólo cuantitativas, entre este sistema y el difuso, que habilita a todo juez para negar la aplicación de una ley por inconstitucional en el caso concreto sometido. Pues en este caso se estaría produciendo una anulación *in concreto*, mientras que en el concentrado la anulación operaría con carácter general. Ambos serían, por tanto, soluciones diversas de una función específicamente jurisdiccional.

A nuestro juicio, maestro y discípulo tendrían una parte de razón en este punto. Dejando al margen lo problemático de fijar la separación entre lo cualitativo y lo cuantitativo, Einsenmann resulta convincente al afirmar que en último extremo no existe distinción radical entre una y otra actividad (otras diferencias y notables sí que existen): en definitiva, se trata de expulsar del ordenamiento a leyes inconstitucionales. Pero, en cambio, pensamos que Kelsen tenía razón al tipificar la invalidación de las leyes por inconstitucionalidad como actividad legislativa negativa. El juez constitucional, único o común, al dictaminar la inconstitucionalidad de una norma no resuelve una pretensión, un contencioso entre dos partes enfrentadas. Se limita a establecer cuál es el Derecho válido aplicable. Teóricamente, es imaginable la aceptación de inconstitucionalidad o, a la inversa, de su constitucionalidad, de una norma por las dos partes enfrentadas en un proceso, no formando parte, por tanto,

de lo definitorio del litigio, que es lo que a su vez caracteriza a la actividad jurisdiccional. Si lo propio de esta última es la resolución de pretensiones de partes contradictorias, la fijación del Derecho válido y aplicable resulta una cuestión previa, separable conceptualmente de la misma.

Lo que demuestra, también a nuestro juicio y dicho sea de paso, que no hay actividad químicamente pura en el Estado de Derecho. Que al igual que el legislador participa en actos administrativos, con la aprobación de leyes formales por ejemplo, y que el ejecutivo participa en la función legislativa, como es con la presentación de proyectos de ley en el Parlamento y con su potestad reglamentaria, también el juez interviene en ocasiones en actividades que no son las que genuinamente le caracterizan; la jurisdicción voluntaria, la vigilancia penitenciaria y el control de regularidad de las normas serían exponentes de esta peculiaridad. Unas veces actuaría como órgano de administración y otras como potestad normativa, funciones que se le reconocen por que su estatuto de independencia o razones funcionales pueden aconsejarlo, pero no por ser exigencias naturales de las mismas.

Entre las conclusiones que Eisenmann extrae al final de su estudio sobre la justicia constitucional, está la de la superioridad del sistema de control concentrado que inauguraría la Constitución austríaca, que él estudia, sobre el del control difuso, desarrollado en Norteamérica. Este juicio nos parece algo "casero", y no porque pensemos en la opuesta superioridad del segundo, ya que más bien creemos que cada uno encierra ventajas e inconvenientes y que, en definitiva, la opción por uno u otro depende de la tradición y de la *mens* jurídica de cada sociedad. Pero, el argumento utilizado para defender esa supuesta superioridad no acaba de convencer; decir, como se dice, que el sistema austríaco permite soluciones únicas y definitivas a las disputas sobre la constitucionalidad de las leyes supone desconocer que el americano también puede llegar a esta situación a través de la obra unificadora de la jurisprudencia del *stare decisis* del Tribunal Supremo. Y aunque esta unificación puede resultar más tardía, no debiera ignorarse que va unida a la vivificante aplicación cotidiana de la Constitución como norma suprema por todos los Tribunales, favorecedora a su vez de una jurisprudencia más abierta y dinámica.

## III

Pasemos ahora a la glosa de la segunda parte de la obra de referencia, centrada, como ya se ha mencionado, en el estudio de la justicia constitucional en Austria. La misma tiene menos interés para la Teoría Constitucional, ya que al limitarse a los antecedentes, organización y funciones del Tribunal Supremo Constitucional de dicho país carece de la dimensión de universalidad de la primera. No obstante ello, su lectura es sumamente provechosa y recomendable, entre otras cosas porque ha sido el modelo seguido muy de cerca por diversos países europeos, entre ellos el español, al implantar un sistema de justicia constitucional. Así que muchos de sus comentarios y explicaciones permiten un enriquecedor contraste con lo practicado entre nosotros.

Llama la atención el amplio espectro de funciones reservadas al Tribunal Constitucional austríaco por la Constitución de 1920: no sólo el control de la constitucionalidad de las leyes, de la Federación y de las provincias, sino también de reglamentos y actos administrativos, la resolución de conflictos de competencia entre la Federación y las Provincias y de éstas entre sí, la resolución de contenciosos electorales, y hasta cierta jurisdicción administrativa especial. Puede que ello justifique para algunos el elevado número de funciones del Tribunal Constitucional español e, incluso, anime a los partidarios de incrementarlas.

Sin embargo, dejando al margen las ventajas y defectos que en sí representa dicho sistema, no pueden ignorarse dos cosas: por un lado, que todo este haz de atribuciones se tienen por determinación expresa de la Constitución, mientras que en nuestro caso algunas de las funciones han venido propiciadas por interpretaciones o desarrollos legislativos irregulares de la Ley fundamental de 1978; por otro, que la regulación austríaca se inserta en un sistema armónico, en el que el Tribunal Constitucional es el único titular de tales competencias, mientras que aquí se ha producido una duplicación y hasta multiplicación de la misma función a cargo de distintos Tribunales (véase el contencioso electoral, tras su última reforma), de consecuencias disparatadas.

Son muy aleccionadoras las digresiones que realiza Einsenmann sobre la composición del Tribunal Constitucional único. Advierte que la imparcialidad de sus miembros es difícil de conseguir en principio, dado su modo de designación (por las dos Cámaras del Parlamento).

Pero lo que debe buscarse es la independencia, base a su vez de la imparcialidad, y esta independencia no depende del modo de designación de los miembros del Tribunal, sino de su estatuto, de las condiciones que la garanticen, siendo la nominación vitalicia la mejor al efecto. Ciertamente, la designación de por vida (como se dispuso para Austria), neutraliza los lazos de consideración o dependencia que en alguna medida surgen hacia las fuerzas políticas que propician la elección, al sentirse el magistrado constitucional no sólo seguro de su condición, sino de su propio futuro.

Por ello, abogamos en pro de una reforma con este alcance para nuestro Tribunal Constitucional. No se trata con ello de desmerecer su actuación, sino de avanzar hacia una justicia constitucional más firme, en consonancia con la continua búsqueda del perfeccionamiento del Estado de Derecho.

Por otra parte, el autor critica que la cuestión de inconstitucionalidad sólo pudiesen plantearla los Tribunales ordinarios respecto a los reglamentos administrativos, y no en relación a las leyes. Ciertamente, esta omisión permitía que muchas leyes inconstitucionales se perpetuasen al no ser recurridas tras su promulgación por las instituciones políticas legitimadas. Sin embargo, al año siguiente de aparecer la primera edición de la obra, en 1929, se reformó la Constitución austríaca, en el sentido de permitir el planteamiento de inconstitucionalidad por los dos Tribunales superiores ordinarios, abriendo así una vía de acercamiento al sistema de control difuso de las leyes, y con ello permitiendo estrechar el cerco a los actos legislativos con semejantes vicios. Afortunadamente, la regulación española de este punto no merece reproche alguno.

Muy sugestivos son también los comentarios sobre el control de constitucionalidad de las leyes. Se pone de manifiesto que el primer tipo de leyes sometidas a este trance es el relativo al reparto de competencias entre la Federación y las Provincias. Se trata de una cuestión delicada y compleja, por la dificultad de compartimentar las materias distribuidas entre unos y otros poderes. La diversidad de títulos competenciales sobre un mismo objeto multiplica las superficies de contacto, favoreciendo que todos ellos se sientan competentes. De ahí el importante papel creativo del Tribunal Constitucional al establecer los criterios de delimitación.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son la anulación de la ley o reglamento viciados. Esta anulación comporta su derogación, pero con una importante distinción entre las leyes y los reglamentos. La de estos últimos se produce desde el mismo día de su pronunciamiento. En cambio, en el caso de las leyes la derogación se produce en un plazo no superior a 6 meses fijado por el propio Tribunal. La *ratio* de esta última peculiaridad es favorecer la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que lo merezcan, ahuyentando las vacilaciones que se podrían producir respecto a la anulación de las situaciones consumadas al amparo de las mismas. Con ello, asegura, el autor, se pueden evitar los efectos no queridos de esta decisión, al tiempo que se permite preparar una nueva ley que sustituya a la tachada de inconstitucionalidad. En el sistema estudiado los efectos consumados de la misma subsisten. No hay retroactividad.

Tal regulación es digna de tenerse muy en cuenta cara al sistema español. Observamos una notable renuencia del Tribunal Constitucional a examinar en tiempo debido las leyes recurridas, especialmente cuando tienen cierta envergadura, como fue el caso de la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas, por sólo citar un ejemplo. Por ello, todo lo que ayude a vencer estas inercias será sin duda positivo. Saber que la declaración de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones creadas ante una ley inconstitucional puede que no sea la solución ideal, pero al menos impulsará a su corrección inmediata cara al futuro. Por el contrario, la regulación vigente favorece el aplazamiento indefinido del veredicto del Tribunal, o que el mismo aparezca alicorto y lleno de ambigüedades.

También son de interés los comentarios que se hacen sobre el recurso por violación de derechos garantizados constitucionalmente, al que se asemeja nuestro recurso de amparo, bien que con las exageraciones a que somos tan dados en España. Para empezar, aquel recurso sólo es oponible frente a actos administrativos, no frente a los judiciales (determinantes del noventa por ciento o más del recurso de amparo), medida con la que se trata de salvaguardar la independencia y el monopolio de la función jurisdiccional de los Tribunales ordinarios. Ciertamente, la L.O.T.C. de 1979 contemplaba con oportunas restricciones la posibilidad del recurso de amparo frente a decisiones de los jueces y Tribunales. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional, movido por un excesivo afán de protagonismo y una cierta ligereza, ha arrumbado

extremo estas limitaciones, transformándose en una instancia revisora, con los peligros que comporta para un órgano que no tiene todas las garantías de independencia de los jueces comunes (véase *supra*). Es más, confirmando lo que siempre hemos pensado sobre la innecesariedad de este tipo de recursos para la existencia de un Estado de Derecho y una auténtica justicia constitucional, opina Einsenmann que la competencia en cuestión pertenece más a la justicia administrativa que a esta otra, pues su objeto no es más que controlar la regularidad de meros actos administrativos, para los que el Estado cuenta ya con medios apropiados. En el mismo sentido, nos informa de que el Tribunal austríaco mantuvo una definición restrictiva de la noción de violación de derechos individuales, tutelable por este procedimiento, pues sólo se produciría la misma por la lesión inmediata y directa de la Constitución, no de lo dispuesto en sus leyes de desarrollo. Algo muy distinto de lo que ha estimulado el Tribunal Constitucional español con su famosa doctrina de “derechos de configuración legal”, con denominación ya suficientemente elocuente de su carencia de dimensión constitucional, y que le ha permitido conocer discrecionalmente de las más variopintas situaciones.

Otros capítulos de la obra están dedicados a exponer la jurisprudencia del Tribunal sobre los derechos constitucionalmente garantizados, sus amplias competencias como Tribunal de conflictos, los recursos contencioso electorales y los pronunciamientos de pérdida del mandato representativo en los casos prefijados en la ley, y sus competencias como jurisdicción administrativa especial.

En las conclusiones se realiza un balance del Tribunal Constitucional austríaco, tras sus ocho primeros años de labor. Nos dice Eisenmann que el mismo es muy positivo, como lo atestiguan la confianza que en dicho Tribunal manifiestan las Provincias, a pesar de ser un órgano federal, y el propio descontento que sus fallos despiertan en los distintos partidos políticos, lo que sería prueba de su apartidismo. Al mismo tiempo, esta institución tendría el mérito de haber hecho prevalecer las tendencias fundamentales de la entonces nueva Constitución sobre la antigua legislación procedente del imperio.

Finalmente, y desde otra perspectiva, el libro recensionado deja una agradable sensación. El hecho de que hoy día la justicia constitucional

tenga carta de naturaleza en casi todos los Estados continentales de la Europa democrática, y apenas se discuta, demuestra el progreso sufrido por el Estado de Derecho y el constitucionalismo desde los tiempos en que Eisenmann redactara su tesis. El Derecho y la ciencia jurídica han salido ganando. Obras como la comentada nos enorgullecen a todos los juristas, porque muestran que las aportaciones doctrinales pueden ser también artífices de ese progreso.