CARLOS
BERNAL
MARCELO
PORCIUNCULA
EDITORES

KELSEN PARA ERIZOS

ENSAYOS EN HONOR A STANLEY L. PAULSON

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Kelsen para erizos : ensayos en honor a Stanley L. Paulson / Robert Alexy [y otros] ; Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula, editores. - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.
522 páginas; 24 cm. (Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho ; 15)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587727333

1. Paulson, Stanley L., 1941- -- Pensamiento jurídico 2. Kelsen, Hans, 1881-1973 -- Crítica e interpretación 3. Filosofía del derecho 4. Argumentación jurídica I. Bernal Pulido, Carlos Libardo, editor II. Porciuncula, Marcelo, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título V. Serie

340.1 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Mayo de 2017

ISBN 978-958-772-733-3

© 2017, CARLOS BERNAL Y MARCELO PORCIUNCULA (EDITORES)
© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.° 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (571) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2017

Imagen de cubierta: *Busto de Hans Kelsen*, por Ferdinand Welz, Universidad de Viena
Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ROBERT ALEXY
CARLOS BERNAL PULIDO
NICOLETTA BERSIER LADAVAC
BRIAN H. BIX
MARTIN BOROWSKI
EUGENIO BULYGIN
JÜRGEN BUSCH
BRUNO CELANO
PIERLUIGI CHIASSONI
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
CLEMENS JABLONER
MATTHIAS JESTAEDT
HANS KELSEN
JOSÉ JUAN MORESO
GEORGE PAVLAKOS
MARCELO PORCIUNCULA
ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ
JAN R. SIECKMANN
MICHAEL STOLLEIS

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 11

PRIMERA PARTE
EL FUNDAMENTO DEL DERECHO

Las bases filosóficas del derecho natural y el positivismo jurídico 17
Hans Kelsen

Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen 85
Pierluigi Chiassoni

Acerca de la pureza 127
Michael Stolleis

La hipóstasis de la *Grundnorm* 147
Ulises Schmill Ordóñez

Norma fundamental y derecho consuetudinario en Kelsen 161
Juan Antonio García Amado

Validez del sistema y validez en el sistema.
¿Para qué se necesita la norma fundamental y para qué no? 173
Matthias Jestaedt

Habent sua fata libelli (Avatares de un artículo) 211
Eugenio Bulygin

SEGUNDA PARTE
NORMATIVIDAD Y NORMAS

No-naturalismo, normatividad y el significado del *deber ser* 227
George Pavlakos

Ser y *deber ser* al final de la construcción escalonada del orden jurídico 249
Martin Borowski

De nuevo sobre Kelsen y la normatividad 273
Brian H. Bix

¿Kelsen como iusnaturalista? 297
Jan R. Sieckmann

La normatividad nomológica de Paulson 327
Bruno Celano

Kelsen y las normas de competencia 337
Carlos Bernal Pulido

TERCERA PARTE
DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO
DENTRO Y MÁS ALLÁ DEL ESTADO

Defensa de la democracia 365
Hans Kelsen

El Kelsen pensador de la política: dos de sus tesis 377
Marcelo Porciuncula

El concepto de constitución en Hans Kelsen 429
Robert Alexy

Kelsen y la justificación del control jurisdiccional 455
José Juan Moreso

La Teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria 477
Clemens Jabloner

La comunidad judicial frente al superestado. El concepto
de integración jurídica internacional en Kelsen 501
Jürgen Busch
Nicoletta Bersier Ladavac

LOS AUTORES 521

CLEMENS JABLONER

*La Teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria**

Hans Kelsen desarrolló su teoría del derecho discutiendo agudamente con las teorías jurídicas de su momento. Kelsen logró hacer su irrupción en la academia con su escrito de habilitación, *Problemas fundamentales de la doctrina del Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*). Se trata de una obra que va más allá de una teoría del Estado en sentido restringido, la cual se comprende como una teoría general del derecho que, con un fuerte ímpetu crítico sobre las ideologías, saca del camino todo aquello que se interpone en la observación jurídica del derecho y del Estado[1].

Como pocos iusteóricos de este rango, Kelsen tuvo la oportunidad de participar en la configuración de ciertos aspectos de la vida jurídica austriaca. De esta manera, actuó en la política jurídica[2] como un importante "técnico de la constitución", especialmente, en la transición de la constitución de diciembre hacia la constitución republicana y federalista de 1920[3], y después, hasta 1929, como miembro aplicador del derecho en el Tribunal Constitucional Federal de Austria[4]. Con ello, Kelsen siguió una tradición de estrecha unión entre la docencia universitaria y el ejercicio de altos cargos públicos administrativos y judiciales, como lo había hecho antes Josef Unger, importante civilista y presidente por muchos años del *Reichsgericht*[5].

Ya al final de la monarquía, talento fortuna y destreza habían situado a Kelsen en las cercanías del acaecer político constitucional[6]. En mayo de 1919 le llegó su hora cuando el canciller Renner lo llamó como consejero del gobierno en la sección constitucional. En el ejercicio de esta función, y

---

* Trad. Luis Felipe Vergara.

1 Acertadamente habla SCHÖNBERGER (2008, 24) de un particular "compendio de la teoría alemana del derecho y del Estado en la preguerra".

2 STANLEY PAULSON se ha ocupado del papel desempeñado por Kelsen sobre todo en PAULSON (2003, 234): "*For the most part, Kelsen conducts his defense of constitutional review in the language of* Rechtspolitik, *roughly 'legal policy', wherein questions are asked about the most desirable means to a chosen end. Sometimes, of course, 'legal policy' is simply a label for what Bentham called the science of legislation – those particular measures that ought to be enacted into law. But at other times, as here, 'legal policy' addresses fundamental institutional reforms – for example, constitutional review*". Cfr. PAULSON (2000, 385).

3 Cfr. finalmente OLECHOWSKI (2009, 211).

4 Cfr. WALTER (2005).

5 Acerca de Unger cfr. BRAUNEDER (1987). Básicamente esto correspondía con un principio "josefínico" del Estado austriaco, cuyas huellas pueden ser observables hasta el día de hoy.

6 Cfr. BUSCH (2009, 63).

ante todo, desde el 11 de julio de 1920, en calidad de consejero experto de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, Kelsen jugó un rol fundamental en el surgimiento de la Ley Federal Constitucional (*Bundes-Verfassungsgesetzes*)[7].

Aunque Kelsen era figura rectora, no era el único experto. Los impulsos de su alumno, Adolf Julius Merkl, y del director de la sección constitucional, Georg Froehlich, que desde el punto de vista metodológico era cercano a Kelsen, no fueron pocos[8]. El acaecer jurídico constitucional de ese momento no solo tiene un significado histórico: la actual Constitución vigente de Austria tiene su base en la declaratoria de independencia por parte del gobierno estatal provisional del 27 de abril de 1945. Con ello se establece un nuevo y revolucionario momento. Se trata "históricamente de la primera constitución" en sentido jurídico[9]. La declaratoria de independencia puso en movimiento la recepción de la "constitución de Kelsen" de 1920. Esta "*Bundes- Verfassungsgesetz*" todavía está vigente hasta hoy, aunque con ciertos cambios y adiciones[10]. Por ello, la historia del origen, así como los comentarios tempranos de la Constitución Federal, tienen un importante y permanente significado desde el punto de vista de la dogmática jurídica.

No debe sorprender entonces que las posiciones metodológicas de Kelsen impregnen la interpretación constitucional de 1920. Sin embargo, tampoco debe sobreestimarse su influencia, pues Kelsen no pudo perseguir su propia política constitucional "material". Más bien, su función era la de un legista que pretendía –como lo dijo en 1927– "codificar los principios políticos dados, en un modo técnico jurídico (que en lo posible no tenga reparos) y con ello, erigir garantías efectivas de constitucionalidad de las funciones estatales" (Kelsen, 2006, 69). La influencia de Kelsen solo se puede entender en su persona y su estilo de pensamiento imbuido en la cultura jurídica austriaca. El derecho estatal de la doble monarquía era muy complicado. Comenzaba con la construcción estatal y continuaba con difíciles preguntas de dogmática constitucional. La corriente positivista se

---

7 Cfr. WALTER (2003: 3) y ÖHLINGER (2008, 407), así como OLECHOWSKI (2009, 211). Cfr. de manera comprensiva, WIEDERIN (s. f.).

8 Al respecto sobre el resto del "equipo" cfr. WALTER (2003, 8).

9 KELSEN (1960, 203).

10 Esta constitución fue acogida en la versión de la gran novela de 1929, que debilitó el sistema parlamentario, la cual fue criticada por Kelsen, que no participó en ella, en varias publicaciones. Cfr. por ejemplo KELSEN (1929, 130).

encontraba especialmente acentuada en Austria. Su mayor representante era el antecesor de Kelsen, Edmund Bernatzik. En el Estado plurinacional solamente se podía ser positivista[11].

Alrededor de 1910 aparece en escena un grupo de talentosos constitucionalistas: al lado de Kelsen, sus amigos y compañeros de camino, Franz Weyr, Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross y Leonidas Pitamic. Se desarrolló un estilo característico de discusión dogmática que incorporó, bajo la influencia de Kelsen, aspectos de teoría jurídica[12]. Estos discursos estaban a la vista de Kelsen, el técnico de la constitución. Si se entiende el positivismo jurídico de dos maneras, por un lado, de forma teórica científica, como una descripción del derecho positivo libre de ideología y, por el otro, de forma sociológica, como presupuesto para un desarrollo material y una diferenciación técnico jurídica del orden jurídico[13], se puede observar que para Kelsen se abrió la posibilidad de contribuir con una técnica constitucional. Naturalmente, las experiencias de Kelsen y de Merkl en el desarrollo de la teoría pura del derecho eran de importancia. La operatividad del derecho constitucional era la cuestión clave cuya respuesta permite reconocer claramente la influencia de la teoría pura del derecho. La precaria situación política interna y externa en la que se encontraba Austria al final de la Gran Guerra no permitía una constitución a partir de valores comunes. La constitución surgió con el trasfondo de un imperio colapsado y de ningún modo rodeada de entusiasmo común[14]. Con mayor razón su calidad jurídica y su carácter de regla de juego

---

11 Un pasaje varias veces citado: "En vista del Estado austriaco, que se constituyó a partir de muchos grupos diferentes en su raza, su idioma, su religión y su historia, se revelan claramente como ficciones aquellas teorías que intentan fundar la unidad del Estado sobre una base social-psicológica o social-biológica de aquellos seres humanos que pertenecen al Estado. En la medida en que esta teoría del Estado es una parte constitutiva fundamental de la teoría pura del derecho, la teoría pura del derecho puede considerarse como una teoría específica austriaca" (KELSEN 2006, 62).

12 Un ejemplo es la discusión sostenida por Weyr, Verdross y Merkl en 1916 y 1917 sobre la "inmodificabilidad de las normas jurídicas". Cfr. WEYR (1916, 387), VERDROSS (1916, 471, 483) y MERKL (1917, 97, 109). Cfr. sobre esta controversia, WALTER 1992, 49, y sobre la permanente relevancia de esta discusión, HOLLÄNDER (2006, 160).

13 Cfr. LUHMANN (1972, 190).

14 Es una particularidad de la historia constitucional de Austria el que la constitución haya surgido con el trasfondo de un nuevo comienzo del Estado y la sociedad; sin embargo, fueron ruinas las que sirvieron como partes reutilizables del nuevo comienzo: la legislación constitucional como "obra de construcción a partir de ruinas". Así ocurrió en 1804, ante la caída del Sacro Imperio Romano, en 1867, tras la exclusión de Alemania, en 1918, tras el derrumbamiento de la monarquía Habsburgo, y en 1945, tras el horripilante desastre del nacionalsocialismo. Llama la atención que este talante melancólico habitual se haya unido de manera permanente con una sofisticación

resultaba relevante. Ahora bien, si la constitución era el único denominador común de las fuerzas políticas, por lo menos debía funcionar[15]. Para poner esta constitución en "movimiento", tres elementos eran, en todo caso, imprescindibles: en primer lugar, la configuración de la constitución como sumatoria de normas jurídicas, en segundo lugar, una cautela para permitir la identificación de estas normas jurídicas como normas constitucionales y, finalmente, el establecimiento de una institución encargada de velar por su respeto. Estos tres temas constituyen el siguiente esbozo.

I. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

Debe anticiparse que la teoría pura del derecho –según la perspectiva que se adopte– reconoce varios conceptos de constitución. La "constitución en un sentido lógico jurídico" es para Kelsen el fundamento de validez, presupuesto de la totalidad del orden jurídico; para utilizar términos de la *Teoría general del Estado*, la unidad del orden jurídico en su norma fundamental que justifica su movimiento ("*die Einheit der Rechtsordnung in ihrer Selbstbewegung begründende(n) Grundnorm*") (Kelsen, 1925: 249). Sin embargo, aquí no se hablará de su problemática y de los diferentes modos de expresión que Kelsen le ha dado[16].

Por el contrario, aquí se trata de la constitución como el escalón más alto de derecho positivo en el orden jurídico. Según Kelsen, su función esencial consiste en regular los órganos y procedimientos de la producción jurídica general, esto es, la legislación. Con ello, Kelsen define el "derecho constitucional" como parte del orden jurídico, que comprende las reglas que pueden ser denominadas reglas de "producción del derecho"[17]. Kelsen llama a este concepto de constitución concepto "material", pues orienta en referencia al contenido de sus normas. Al concepto material de constitución Kelsen opone el concepto de "constitución en sentido formal". Aquí se trata de normas

---

jurídica; los austriacos siempre fueron mejores juristas que políticos. Así en 1804, bajo mano, se crearon las bases para la estatalidad de Austria, se concibió en 1867 un Estado de derecho casi perfecto, se creó una novedosa constitución desde el punto de vista técnico jurídico y, en 1945, se previno a través de la recepción de 1920 una discusión constitucional paralizante, que estaría vinculada al peligro de una toma comunista.

15 Cfr. Pöschl (2010, 47).

16 Cfr. Walter (1992, 47) y Paulson (2013, 553).

17 Cfr. Alexy (2005, 341): "la esencia de la constitución (está) según Kelsen en el establecimiento de normas y en nada más".

sobre un determinado tipo de producción. Podría resultar útil expresar el derecho constitucional en sentido material como derecho constitucional en sentido formal, sin embargo los dos conceptos no abarcan lo mismo[18]. Esta constitución en sentido material puede ser más o menos amplia, no obstante ella es *a priori* una parte constitutiva del orden jurídico[19]. Kelsen obtiene empíricamente los otros elementos del derecho constitucional a partir de la descripción de las constituciones de su tiempo, los cuales, no obstante, son contingentes: los derechos fundamentales como "elementos negativos de producción", el establecimiento de condiciones difíciles para su producción, la autoproclamación del documento como "constitución" o la existencia de un único instrumento constitucional[20].

Con ello construye Kelsen un concepto específico de constitución[21]. Hay una especial necesidad jurídica de diferenciar funcionalmente, en el plano científico-jurídico y conceptual, una capa determinada de normas jurídicas, así como de seguir las diferenciaciones de una constitución. El primero sirvió al concepto iusteórico material de constitución, el último, al formal.

Para Kelsen se trataba de la producción del derecho y no de la declaración. No obstante, el viejo dicho entre juristas "*lex moneat, non docet*" no siempre resulta válido respecto de las constituciones. Estas no son pocas veces lugares de autoconfirmación de los pueblos de un Estado, títulos de consolidación en torno a valores comunes, escritos para la edificación y la

---

18 La conformación de los conceptos puede por tanto confundir, pues la diferencia específica del derecho "constitucional en sentido material" se encuentra en un criterio "formal", esto es, el criterio de la producción de derecho. Sobre la conformación de conceptos de Kelsen, cfr. ALEXY (2005, 336).

19 Esto es válido para una constitución que ha surgido ella misma por costumbre, que no establece la legislación sino la costumbre como hecho generador de derecho. Cfr. KELSEN (1929, 36), y al respecto, ALEXY (2005, 337).

20 Kelsen trata esta distinción ocasionalmente como una "constitución en sentido estricto" y como "constitución en sentido amplio". Cfr. KELSEN (1929, 36), y al respecto, ALEXY (2005, 337).

21 Si se quiere, esta formación de conceptos se encuentra con una crítica, de que así se "vacía" el concepto de constitución y se le despoja de su contenido democrático. Cfr., por ejemplo, GRIMM (2005, 9). No obstante, al intento de dar un contenido normativo al concepto de constitución se le puede objetar que de los conceptos no se puede predicar verdad o falsedad, validez o invalidez. Asimismo, un desarrollo conceptual histórico y/o relacionado con una cultura jurídica tampoco puede modificar nada. Se debe conceder que no sería adecuado el que el concepto jurídico de constitución se distanciara mucho de la concepción que muchos tienen de él. GRIMM (2005, 7). Tal y como se muestra, Kelsen hace frente a este peligro por medio de la asunción de contenidos contingentes en el concepto de constitución. No debe quedar por fuera de vista el que los conceptos de la ciencia jurídica pueden relacionarse semánticamente con conceptos iguales en otras disciplinas, por ejemplo, la historia.

enseñanza[22]. Sin embargo, todo lo que se convierte en contenido de la constitución puede adquirir un significado normativo. Especialmente, los derechos fundamentales muestran lo difícil que es separar el mero contenido jurídico técnico de la constitución como "regla de producción de derecho", de las decisiones en torno a valores. Naturalmente una constitución puede poner su acento sobre la declaración de derechos o más bien sobre "las reglas de juego" de la configuración de la voluntad política, tal y como ocurre con la constitución austriaca que es un caso emblemático de esta segunda situación. No era intención de Kelsen el que los derechos fundamentales, que al final se tomaron a partir de una cláusula de recepción de la Constitución de diciembre, no hicieran parte de su obra constitucional. En su momento, simplemente no hubo acuerdo sobre un catálogo de derechos fundamentales y se optó por dejar los derechos altamente desarrollados de la revolución, no sin poner cierto acento en alguno de ellos[23].

Evidentemente, para el estilo formal del Kelsen es importante el lenguaje preciso y sin adornos y la evitación de las manifestaciones declarativas. Mientras que el canciller del Estado, Renner, veía en la constitución una obra constitutiva del pueblo, que debía expresarse en manifestaciones fundamentales, para Kelsen estas declaraciones no tenían ningún significado. Kelsen criticaba y consideraba superficiales, por tanto, aquellas determinaciones introducidas contra su voluntad, que declaraban que Austria era una república, una democracia y un Estado federal[24].

La firma de Kelsen también se puede reconocer de manera clara en el hecho de que la "Ley Constitucional Federal" evite el concepto de "poder estatal". En su lugar se habla de funciones jurídicas y de competencias.

La constitución no está precedida por un preámbulo. Si se les concede a los preámbulos un significado especial, se puede decir junto con Marie Theres Fögen que las constituciones sin preámbulo representan la victoria de Robespierre sobre Platón[25]. Resulta sin embargo bastante dudoso sobreestimar la renuncia al preámbulo por parte de los padres de la constitución, así como atribuir dicha renuncia a la influencia de Kelsen. Kelsen cuenta que se prescindió de un preámbulo "principalmente por la razón formal de que la Ley Constitucional Federal no era un documento constitucional pues no

---

22 Cfr. con varias referencias PETERS (2001, 163).
23 Cfr. KELSEN (1923, 163).
24 KELSEN, FROEHLICH, MERKL (2003, 65, 67).
25 Cfr. FÖGEN (2007, 13).

contenía una codificación de los derechos y las libertades fundamentales. Quizá también pudo contribuir el hecho de que no parecía pertinente una fórmula solemne de apertura en la constitución de un Estado cuya viabilidad no convencía a los mismos consejeros de la constitución" (Kelsen, Froehlich, Merkl, 2003, 63).

II. DERECHO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE LA PROPOSICIÓN JURÍDICA

La teoría dinamizada de la construcción escalonada del orden jurídico sitúa en la estructura del orden jurídico la contraposición de la norma jurídica y su ejecución[26]. Dado que cada ordenamiento jurídico debe presentar esta estructura, así sea de manera muy básica, se considera que la construcción escalonada es un elemento *a priori*. En un complejo y moderno ordenamiento jurídico positivo que regula explícitamente su propia dinámica, esta construcción escalonada de normas condicionantes y condicionadas está más o menos acentuado. Se alcanza una cualidad adicional de la diferenciación del orden jurídico cuando además, en un "contexto de destrucción del derecho", se erige una construcción escalonada según la fuerza derogatoria, con órganos y procedimientos específicos establecidos para ese efecto[27].

En el derecho positivo, el derecho constitucional se convierte en forma diferenciada de la proposición jurídica, en fórmula precisa de la producción del derecho. Al respecto es necesario que se pueda establecer de forma clara, sin escrito o interpretación adicional, si se trata aquí de derecho constitucional. No solo no basta que la Constitución Federal de Austria se libere de determinantes de contenido, sino que tampoco basta el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley constitucional para la producción del derecho constitucional –un quórum de la mitad de los parlamentarios y una mayoría de al menos dos tercios[28]. Se requiere adicionalmente la publicación en el diario oficial (*Bundesgesetzblatt*) indicando que se trata de derecho de rango constitucional[29]. Esta forma particular tiene el siguiente trasfondo:

---

26 Cfr. únicamente MERKL (1931, 252) (ND 1968, 1311), y KELSEN (1960, 228).

27 Cfr. JABLONER (2005, 170).

28 El derecho constitucional austriaco reconoce leyes que corresponden con estos criterios pero que no son leyes constitucionales, por ejemplo, el reglamento del Consejo Nacional (art. 30 inc. 2 Constitución de Austria).

29 Art. 44 inc. 1 Constitución de Austria: la codificación del derecho constitucional solo era formal,

La Constitución de diciembre conocía ya –como la mayoría de las constituciones– la diferencia entre leyes constitucionales y leyes (simples)[30]. En general había claridad acerca de que las leyes simples debían fundamentar su validez en la constitución. Por el contrario, no había claridad acerca de cuáles leyes debían ser producidas como leyes constitucionales, y acerca de qué consecuencias se seguían de expedir una ley contraria a la constitución[31]. En el viejo Consejo Imperial austriaco –así como en el *Reichstag* alemán[32]– la cuestión sobre la expedición correcta de leyes era un constante punto de disputa. En Austria el presidente del parlamento estaba facultado para decidir sobre la forma de expedición de las leyes. En todo caso, el parlamento podía decidir con mayoría simple si una ley debía expedirse como una ley constitucional. La Constitución de diciembre no puso a disposición un mecanismo de solución de conflictos.

En su comentario de 1920 a la Constitución Federal, Kelsen expone de manera exacta esta problemática, observando como un "avance técnico-jurídico" el que la pregunta sobre la calificación formal de las leyes constitucionales se regule en la misma Ley Constitucional y no en una ley reglamentaria[33]. La incorporación en el texto constitucional tuvo lugar el 20 de septiembre de 1920 en la décimo octava sesión de la subcomisión[34].

Sin embargo, la Constitución de Checoslovaquia, que para ese momento había entrado en vigencia, contenía una "obligación de indicar"[35] (*Bezeichnungspflicht*), a pesar de que, en todo caso, la producción de derecho constitucional en sentido formal solo podía tener lugar a través de "leyes constitucionales" y no por medio de determinaciones constitucionales en leyes simples[36]. No se puede decir con seguridad que la "obligación de

---

ello significa que con esto se creó la posibilidad de producir disposiciones constitucionales fuera de la constitución federal, por medio de leyes.

30 Cfr. § 15 de la Ley mediante la cual la Ley Fundamental acerca de la Representación del Imperio, del 21 diciembre de 1867, fue modificada, RGBL. Nr. 191/1867 en la versión de la Ley del 2 de abril de 1873, RGBL. Nr. 40/1873.

31 Sobre los puntos siguientes, cfr. STOURZH (2003, 38).

32 Cfr., al respecto, WIEDERIN (2004, 181).

33 Cfr. KELSEN, FROEHLICH, MERKL (2003, 123).

34 "... *des Verfassungsausschusses der konstituierenden Nationalversammlung*". Cfr. ERMACORA (1967, 483).

35 N. del trad.: la llamada *Bezeichnungspflicht* hace referencia a la obligación de calificar o de manifestar en forma explícita el rango constitucional de aquellas normas que se expiden para modificar y complementar la constitución.

36 Cfr. art. I inc. 2 de la ley por la cual se introdujo de la Carta Constitucional de la República

indicar" en la Ley Constitucional Federal haya sido sugerida por Kelsen, aunque es claro el hecho de que la experticia de Kelsen jugó un papel especial precisamente en la correspondiente sesión. Justo antes, al momento del cambio de una determinación de la misma parte general, se habla de que tal modificación fue llevada a cabo por sugerencia del Prof. Kelsen. En el informe de la comisión, el cambio del artículo 31, en el que se incorporaba la regulación, seguía justo después. El exhaustivo tratamiento que Kelsen le dio a esta cuestión en el comentario ya citado, así como la consideración de que esta cuestión, que presuponía un conocimiento exacto de las reglamentaciones y de las costumbres y que no estaba en el foco de los miembros de la comisión, permite suponer fundadamente que el cambio en efecto se dio por iniciativa de Kelsen. Este dejó en claro que las normas que ya estaban a nivel constitucional en un sentido material podían modificarse, y que el legislador no tenía limitación para producir –en todo caso, de forma derogativa– derecho constitucional. El concepto de "constitución en sentido formal" era el resultado del planteamiento técnico jurídico de una pregunta.

III. GARANTÍA DE CONSTITUCIONALIDAD

La implementación de la constitución necesita finalmente de medidas legislativas para eliminar leyes inconstitucionales expedidas por órganos diferentes del legislador. La fórmula austriaca consistía en prever para esos casos una jurisdicción y un tribunal especializado separado de los demás tribunales. El tribunal constitucional como "garantía de la constitución" –tal y como se enunciaba en la sexta parte principal del de la constitución federal[37]– era considerado como la obra maestra de Kelsen, quien también compartía esa opinión[38].

Se buscó un fundamento institucional en el Tribunal Imperial existente desde 1867, el cual se encargaba, como tribunal estatal en asuntos de res-

---

Checoslovaca, Ley 121/1920, en concordancia con el § 33 de la República Checoslovaca, Ley 121/1920. Contrario a esto, el art. 76 de la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919 no contiene una previsión de este tipo, por lo cual el problema de la violación de la constitución por medio de la ley tuvo un carácter muy virulento.

37 Precisamente en la vieja jurisdicción constitucional –en Austria desde 1875– hay un paso civilizatorio para examinar la legalidad de los actos, en lugar de indagar por la responsabilidad personal de los actores.

38 Cfr. KELSEN (2006, 70).

ponsabilidad ministerial y como tribunal administrativo especial, de las violaciones a los derechos fundamentales. Resultó llamativo el hecho de que el motivo para introducir un control abstracto de normas y un examen de control de las leyes y las ordenanzas resultara de problemas estructurales del Estado federal: dado que el principio típico, "Derecho federal rompe el derecho provincial", concebido para los estados federados del momento, no era válido, se necesitaba una estancia de validación para solucionar cuestiones de competencia[39]. El aspecto, que hoy prevalece, de comprobación de leyes según su conformidad con los derechos fundamentales estaba dado, y Kelsen no era muy consciente de ello. La conformación de un tribunal constitucional –y con ello, del modelo europeo de jurisdicción constitucional– fue un proceso bastante complicado que por un lado estaba marcado por motivaciones de carácter político federalista y por el otro por el pensamiento estructural de Kelsen. Resultaba asimismo esencial el que se tuviera presente instituciones para la protección del derecho, como el Tribunal Imperial y el Tribunal Administrativo. La jurisdicción constitucional austriaca existía ya en potencia, pero solo pudo surgir como resultado de un desarrollo contingente[40]. Fue emocionante el modo como se desarrolló el modelo del Tribunal Constitucional en el modelo kelseniano de la jurisdicción constitucional. Este fue precisamente el modelo del "defensor de la constitución" por el que Kelsen abogó[41] vehementemente en su discusión con Carl Schmitt y que, a su vez, era para aquel el sistema más sutil en comparación con el sistema norteamericano de jurisdicción constitucional (Kelsen, 1942, 183). Si se quiere, podemos encontrar también paralelamente en Merkl este ensalzamiento de una institución del derecho positivo constitucional, al que el Tribunal Administrativo sirvió para erigir y establecer el modo de funcionamiento del Tribunal Constitucional austriaco[42].

De vuelta a la jurisdicción constitucional. La diferencia esencial de la Corte Suprema de Estados Unidos con la jurisdicción constitucional consistía (y consiste) en que la competencia del Tribunal Constitucional no se

---

39 PAULSON (2003, 223), refiere a que existe un paralelismo en el surgimiento de la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos. La idea de un "tribunal constitucional" surge sin embargo de Georg Jellinek que, en 1885, cuando era profesor titular en Viena, apareció con la idea de un "tribunal constitucional" para la solución de conflictos de competencia. Cfr. JELLINEK (1885, 64). Cfr. al respecto, también, PAULSON (2000, 388).

40 Sobre el concepto de contingencia, cfr. LUHMANN (1984, 152).

41 Cfr. KELSEN (1929, 30, 117). Cfr. KELSEN (1929, 30, 117); KELSEN (1931, 576).

42 Cfr. MERKL (1927).

limita a pronunciarse en casos individuales sobre la inaplicabilidad de las leyes o a expedir sentencias cuyo carácter vinculante no es claro, sino que funge propiamente como "legislador negativo". Las anulaciones del Tribunal Constitucional son notificadas en el diario oficial de la Federación o del Estado Federado; los pronunciamientos del Tribunal Constitucional despliegan en la Constitución un efecto de modificación. No se trata por tanto de otorgar validez al derecho constitucional a través de una construcción de mayor rango en un caso concreto o de provocar una vinculación general a través del derecho judicial, como ocurre con la Corte Suprema de Estados Unidos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino de purificar la situación jurídica.

Antes de volvernos sobre las críticas del concepto kelseniano debemos resaltar aquí tres aspectos.

– Tal y como lo era para la vieja jurisdicción administrativa, el principio de separación de poderes o –mejor formulado teniendo en mente a Kelsen– el principio de equilibrio entre las funciones del Estado era determinante. Así como la jurisdicción administrativa no podía transgredir la autonomía de la administración, tampoco podía hacerlo la jurisdicción constitucional respecto de la legislación. Era un sistema de casación. Como "legislador negativo", el Tribunal Constitucional debe controlar la legislación, pero no erigirse como legislador[43].

– Muchas cosas indican que la técnica jurídica de un conocimiento de casación se encuentra relacionada con la teoría escéptica de la interpretación –interpretación científico jurídica como "marco de los posibles resultados de interpretación– de Kelsen, o quizás sea inspirada por el mismo[44].

– Para Kelsen se trataba de desarrollar un concepto diferenciado de jurisdicción constitucional. Sin duda alguna, el control de constitucionalidad

---

43 Como lo analiza Wiederin de manera bastante convincente, el constituyente trasladó de la vieja jurisdicción constitucional el principio de anulación casatoria de disposiciones a la nueva jurisdicción constitucional y lo amplió al examen –menos importante– de las leyes. Cfr. WIEDERIN (s. f., 300).

44 Se podría decir de manera bastante convincente que esto es una perspectiva específica de derecho público sobre el problema de interpretación. Con la validez del principio de que la administración debe actuar sin excepción con base en la ley –en el derecho constitucional austriaco: art. 18 Constitución de Austria–, en los casos de la casación se suprime el fundamento legal y el motivo para que la administración actúe. Esto es diferente en el procedimiento civil, en que un tribunal debe decidir los asuntos que penden de él. La crítica actual al concepto de jurisdicción constitucional de Kelsen, como se verá en las páginas siguientes, es también la consecuencia de una interpretación cada vez más civilista de la administración.

de las leyes puede ser también desarrollado por tribunales ordinarios. Tal sistema ofrece a la correspondiente "*Supreme Court*" mayores posibilidades de configuración jurídica. La posibilidad de describir esta función como una función de "jurisdicción constitucional" es una cuestión de conformación científica de conceptos y por tanto un asunto de economía de conceptos. Así como no es eficaz hablar de una "jurisdicción administrativa" cuando los tribunales ordinarios ejercen un control de legalidad de la administración, tampoco tiene sentido hablar de una "jurisdicción constitucional" cuando un alto tribunal ejerce controles adicionales sobre las leyes. No se trata de calificar una modalidad como "mejor" o más "eficaz" que otra, sino simplemente de determinar el concepto.

El que haya de realizarse aquí esta afirmación trivial tiene que ver con una crítica a Kelsen, que recientemente ha sido replicada por Dias, según la cual el modelo de Kelsen no puede describir correctamente las jurisdicciones constitucionales reales, y tampoco puede responder a las exigencias actuales de protección en la jurisdicción constitucional[45].

Es acertado afirmar que muchos tribunales constitucionales, que se han erigido conforme con el modelo austriaco, han tomado distancia de la imagen del "legislador negativo". Hace tiempo que no se limitan a poner límites al legislador, sino que cambian el significado de las leyes proferidas por el parlamento. La herramienta que usan es la desbordada "interpretación conforme con la constitución", tal y como la ha desarrollado el Tribunal Constitucional alemán[46], que ha ido un paso más allá que el Tribunal Constitucional de Austria. Dias expone esto de la mano con el desarrollo de la jurisprudencia del más alto tribunal de Brasil. Al final, estos tribunales constitucionales unifican competencias provenientes de dos mundos: la competencia del "legislador negativo" que, como el legislador, puede destruir leyes, con las posibilidades de una "*Supreme Court*" que –según su discreción– tiene la facultad de reinterpretar el sentido de las leyes si lo considera pertinente.

Según nuestro punto de vista, el modelo de Kelsen no puede ser invalidado por esta razón. El modelo de Kelsen no se basó en un "juez rey", sino en una incorporación de la jurisdicción constitucional en el sistema democrático y parlamentario en el que –y esta es la diferencia determinante con el derecho constitucional norteamericano– la constitución se desarrolla

---

45 Dias (2013, 79).
46 Cfr. básicamente Jestaedt (1999, passim).

continuamente. El que persiga otra forma de "jurisdicción constitucional" lo hace porque persigue otra concepción político constitucional.

El segundo argumento de Dias tiene un carácter teórico: la doctrina de Kelsen sobre la construcción escalonada del orden jurídico se concentra en la relación de producción condicionada de normas, y desprecia los elementos de destrucción del derecho. Dias formula este argumento en los siguientes términos:

> *However, more than an attempt to answer to the criticism, it has to be acknowledged that Kelsen, in fact, developed his entire description based on a stepped structure of norms, which core concept is the production of norms, and not their voidance or derogation. That is, Kelsen does not have a* Stufenbaulehre *according to the derogatory strength of the norms [...] which is a real limitation to the possibility of understanding the decisional phenomena issued by the Brazilian Federal Supreme Court, especially in light of the Constitution in force*[47].

Esta crítica es equivocada, porque la doctrina de la construcción escalonada de Merkl, que está en el centro de la teoría pura del derecho, se orienta precisamente hacia la "fuerza derogatoria" de las disposiciones jurídicas[48]. En todo caso, se debe derivar un orden jurídico (constitucional) positivo a partir de esta construcción escalonada[49-50].

---

47 N. del trad.: "Más que un intento de responder a las críticas, debe reconocerse que Kelsen, de hecho, desarrolló toda su descripción basado en una estructura de normas escalonada, cuyo concepto central es la producción de normas y no la anulación o la derogación. Esto es, Kelsen no tiene una doctrina de la construcción escalonada de acuerdo con la fuerza derogatoria de las normas [...] lo cual es una limitación real a la posibilidad de entender el fenómeno decisional de la Suprema Corte de Brasil, especialmente a la luz de la constitución vigente".

48 Merkl formula finalmente su doctrina de la construcción escalonada en los *Prolegómenos a una teoría de la construcción jurídica escalonada* (MERKL 1931, 272 ss.). También en este aparte se hace claro el engranaje entre legislación constitucional y teoría del derecho, toda vez que Merkl recurrió al amplio sistema de derecho positivo de la Constitución de Austria de 1920 para plantear su principio de la construcción escalonada con carácter derogatorio.

49 Al respecto, WALTER (1965, 169).

50 Por lo demás, el mismo autor se ha referido explícitamente, en una publicación más temprana y comprensiva acerca de la teoría pura del derecho, a la relación de derogación jurídica, lo que hace que su crítica no sea muy comprensible. Cfr. DIAS, 2005, 168. También es equivocada asunción el que Kelsen tuviera por intención proveer al Tribunal Constitucional de ciertos métodos de interpretación. Contra esta postura se puede observar la actividad de Kelsen como miembro del Tribunal Constitucional. Cfr. WALTER (2005, 18). Ahí está precisamente el chiste de su "doctrina del marco de interpretación".

Una crítica más relevante ha sido formulada en tiempo reciente por Van Roermund[51]. El autor se funda en cierta debilidad que, según él, tiene el concepto de validez de Kelsen y propone como solución un modelo diferenciado. Aunque el autor no se refiere explícitamente a la jurisdicción constitucional, esta juega un rol ejemplar, tal y como se muestra. El autor se basa en formulaciones de la Teoría pura del derecho, y califica la proposición "un acto jurídico general es inconstitucional" como contradictoria. Un acto jurídico defectuoso sería más bien inexistente[52]. El autor ve aquí un dilema y propone dos modalidades para distinguir una norma: primero, con un criterio científico para establecer la "validez" de la norma, y segundo, con un criterio autoritativo.

Aunque aisladamente, la frase citada de Kelsen parece no dejar duda, ella debe ser contextualizada. Kelsen (aún) no incluye las posibilidades técnico jurídicas que ofrece un orden jurídico dinámico diferenciado para los actos jurídicos defectuosos. Es posible concebir un orden jurídico que no designa ningún órgano que decide sobre el carácter defectuoso de los actos jurídicos, en el cual por tanto todo aplicador jurídico puede decidir acerca de la validez de tales actos. Sin embargo, este no es el caso de las leyes defectuosas cuando se han establecido instancias de control, sean estas tribunales o un tribunal constitucional[53]. No obstante, para que el tribunal constitucional pueda ejercer sus facultades se debe garantizar la validez de los actos jurídicos objeto de control. Este concepto fue designado por

---

51 Van Roermund (2013).

52 El autor citado. Kelsen (1967, 4-5, 7). Kelsen formuló finalmente esta reflexión en 1962 en un discurso ante jueces austriacos: "la expresión 'inconstitucional' es imprecisa. La razón de la validez de una ley es la constitución. Si se observa una ley como válida, el legislador también debe estar facultado por la constitución para hacerlo. La diferencia entre aquello que se llama conforme a la constitución y aquello que se llama contrario a la constitución consiste en que la validez de la llamada ley inconstitucional, contrario a las leyes constitucionales, no solo puede ser anulada por una ley derogatoria, sino por una decisión de un tribunal mediante un procedimiento especial previsto en la constitución. La llamada 'inconstitucionalidad' es solo una causal de invalidación de las leyes diferente de las otras ordinarias" (Kelsen 1962, 292).

53 Debe establecerse que el "cálculo del error" solo se puede referir a una categoría de error. Una "nulidad absoluta" de fenómenos, que se interpretan a sí mismos como actos jurídicos, no debe excluirse ya por razones lógicas. Asimismo, el "cálculo del error" en actos jurídicos a partir de órganos límite, que no son sometidos a ningún examen posterior, solo puede determinarse a partir reflexiones adicionales. Cfr., al respecto, Mayer (2013, 473). No obstante, en la descripción de estos fenómenos no presta ninguna ayuda adicional la terminología ofrecida por Van Roermund, pues "validez" y "carácter vinculante" coinciden, en el sentido de sus definiciones.

Merkl como concesión del "cálculo del error"[54], que significa que la ley encuentra su validez (temporal) en otra norma constitucional, esto es, en la competencia para llevar a cabo el control constitucional que ostenta el tribunal constitucional. Naturalmente esto no se manifiesta igual en los ordenamientos jurídicos. Es así como la doctrina constitucional habla del concepto de "nulidad": cuando el Tribunal Constitucional Federal declara una ley como contraria a la Ley Fundamental, utiliza el atributo "nulo" y finge que el acto jurídico nunca tuvo validez. Con todo, a partir de otras sentencias se puede derivar cierto retroceso en esta idea en la medida en que se convalidan ciertos efectos jurídicos de la ley anulada[55]. Por el contrario la jurisdicción constitucional austriaca expresa el sistema del "cálculo del error" con gran claridad. Es dominante la doctrina según la cual la ley se presume válida hasta su derogación, por la que también los actos jurídicos que fundamentan las leyes son inatacables de tal manera que no se realicen pronunciamientos contrarios posteriores[56].

¿Qué significa entonces que una ley es "inconstitucional"? Bajo una perspectiva correcta se trata simplemente de un problema de selección descuidada o abreviada de términos. El que sostiene que una ley es inconstitucional –este planteamiento se puede formular en el marco de la ciencia jurídica, y también por un órgano aplicador competente para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley ante un tribunal constitucional– no se refiere a otra cosa que la ley "debe ser inconstitucional". Los juristas sostienen regularmente algo, que solo puede determinarse autoritativamente por el órgano establecido para ello"[57].

Llama la atención que los pasajes constitucionales formulados por Kelsen también sean semánticamente correctos. El artículo 89 de la Constitución Federal establece: "Si algún tribunal ordinario tuviese reparos contra la aplicación de una ley [...] por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de anulación de dicha ley". No sólo por cortesía respecto del Tribunal Constitucional se abstienen

---

54 MERKL (1927, 196).

55 Cfr. solo HOPFAUF (2011, 1933).

56 El sistema va tan lejos que el Tribunal Constitucional puede establecer un término para la pérdida de fuerza ejecutoria de la ley declarada como inconstitucional (art. 140 inc. 3 Constitución de Austria). En su desarrollo posterior este sistema legislativo negativo se fue sofisticando.

57 Finalmente VAN ROERMUND (2013) debe conceder esto, si considera que es contraituivo prohibir el empleo de este lenguaje.

en Austria de hablar de "leyes inconstitucionales" y más bien se refieren a leyes que generan reparos de constitucionalidad". El pasaje citado de 1962 deja claro cómo entendía Kelsen el asunto; en últimas, no se trataba de una correcta elección de palabras[58]. La aplicación sofisticada "del cálculo de error" es precisamente consecuencia del concepto normativo de Kelsen.

Debe en todo caso admitirse que Kelsen reformuló la doctrina de Merkl del "cálculo del error" (Kelsen, 1960, 273 s.). La diferencia desde nuestro punto de vista radica en un momento psicológico: mientras la conceptualización de Merkl deja claro que el legislador incurre en un error que provisionalmente no debe sancionarse, la "norma alternativa de Kelsen" da la impresión de que la constitución faculta y "estimula" al legislador para expedir leyes defectuosas. En el fondo, esta es la consecuencia de la "doctrina de la sanción de Kelsen"[59], así denominada por Paulson, con su negación paso a paso de las normas (secundarias) de conducta. Desde este punto vista resulta consecuente el que Kelsen admita que el legislador expida leyes inconstitucionales, así como que el destinatario (secundario) de la norma tenga la libertad de dirigir la sanción sobre sí mismo. Esto puede rechazarse por parecer contraituitivo. Sin embargo, la asunción de Kelsen no es poco realista: en efecto, no pocas veces se dan situaciones en las que el legislador, "plenamente consciente", actúa de modo inconstitucional, partiendo del hecho de que sus normas posteriormente serán anuladas. Esto es justamente la desventaja de un control de constitucionalidad concentrado posterior, que se debe ponderar con la desventaja de inseguridad jurídica de un control constitucional difuso[60].

Si Van Roermund, con la distinción entre "validez" y "carácter vinculante", no alude a otra cosa que a la situación que se presenta con el "cálculo de error", entonces el modo de expresión es al menos adecuado[61]. Si, por el

---

58 Esto queda claro en el ensayo citado, cuando Kelsen se vuelve contra la doctrina tardía de Kelsen.

59 Cfr. PAULSON (2001, 173). Sobre el desarrollo y la crítica de la opinión de Kelsen, cfr. finalmente JABLONER (2009, 175).

60 Una salida posible puede estar en la activación del tribunal constitucional aun durante el proceso de legislación, como ocurre en el caso de la Constitución francesa. En todo caso, el tribunal constitucional pierde su carácter judicial y se transforma en órgano de la legislación.

61 Es un problema fundamental de la recepción de la teoría pura del derecho el que los textos de Merkl aún no hayan sido traducidos al inglés. El desarrollo de la teoría pura del derecho debe concebirse como un proceso de "emergencia", en el que Kelsen, como *primus inter pares*, realizó un intensivo intercambio científico, al que contribuyeron adicionalmente Verdross y Pitamic y que se ha desarrollado hasta la fecha. Cfr. también PAULSON (1990, 93).

contrario, opina que una ley inconstitucional no tiene validez, ello carece de toda plausibilidad, pues, de acuerdo con el derecho constitucional positivo, la ley cuestionada vale provisionalmente en virtud de otra autorización.

CONCLUSIÓN

El presente esbozo se orientó en mostrar algunas interacciones entre la teoría pura del derecho y la técnica constitucional de su tiempo. Habría que investigar otros elementos: Kelsen desarrolló su teoría del Estado federal bajo la impresión de los problemas de construcción de la doble monarquía, después, de la organización del ejército y finalmente de la estructura de Estado federado de 1920[62].

En sus muchos y diversos escritos Stanley Paulson analizó cuáles fueron o cuáles pudieron ser las fuentes filosóficas en las que Kelsen se inspiró. No obstante, Kelsen y Merkl también se encontraban anclados en una específica cultura jurídica austriaca, que tenía su foco en el "triángulo mágico" de la teoría jurídica, la técnica y la dogmática constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT. "Hans Kelsens Begriff der Verfassung, en STANLEY L. PAULSON y MICHAEL STOLLEIS (ed.). *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 333.

BRAUNEDER, WILHELM. "Joseph Unger 1828-1913", en WILHELM BRAUNEDER (ed.). *Juristen in Österreich* 1200-1980, Wien, Orac, 1987, p. 177.

BUSCH, JÜRGEN. "Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere", en ROBERT WALTER, WERNER OGRIS y THOMAS OLECHOWSKI (ed.). *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, Wien, Manz, 2009, p. 57.

DIAS, GABRIEL NOGUEIRA. "'Negative Legislator' in Hans Kelsen's work: Origin, foundations and limits in the light of the Reine Rechtslehre", en CLEMENS JABLONER, DIETER KOLONOVITS, GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER, HANS RENÉ LAURER, HEINZ MAYER y RUDOLF THIENEL (eds.). *Gedenkschrift für Robert Walter*, Wien, Manz, 2013, p. 79.

DIAS, GABRIEL NOGUEIRA. *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*, Tübingen, Mohr Siebeck 2005.

---

62 Cfr. WIEDERIN (2005, 222). Cfr. también BUSCH (2009, 67).

ERMACORA, FELIX (ed.). *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht. Die Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses samt Verfassungsentwürfen*, Wien, Berger, 1967, p. 483.

FÖGEN, MARIE THERES. *Das Lied vom Gesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 2007.

GRIMM, DIETER. "Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs", en THOMAS COTTIER, y WALTER KÄLIN (eds.). *Die Öffnung des Verfassungsrechts*. Symposium zum 65. Geburtstag v. Jörg P. Müller, Bern, Stämpfli, 2005, p. 7.

HOLLÄNDER, PAVEL. "Tschechische Erfahrungen für die Verfassungsgesetzgebung", en PETER J. TETTINGER y KLAUS STERN (eds.). *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Euro-päischen Grundrechte-Charta*, München, Beck, 2006, p. 158.

HOPFAUF, AXEL. "Kommentar zu Art. 93 GG", en HANS HOFMANN y AXEL HOPFAUF (eds.). *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 12.ª ed., Köln, Carl Heymann Verlag, 2011, p. 1933.

JABLONER, CLEMENS. "Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis", en ROBERT WALTER, WERNER OGRIS y THOMAS OLECHOWSKI (eds.). *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit*, Wien, Manz, 2009, 169.

JABLONER, CLEMENS. "Stufung und Entstufung des Rechts", *ZÖR* 2005, p. 163.

JELLINEK, GEORG. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Hölder, 1885.

JESTAEDT, MATTHIAS. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck 1999.

KELSEN, HANS. "Der Richter und die Verfassung", *Das Recht der Arbeit*, 12. Jg. (1962) 289.

KELSEN, HANS; FROEHLICH, GEORG y MERKL, ADOLF. *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, Neudruck Wien, Verlag Österreich 2003.

KELSEN, HANS. "Die Verfassungsreform in Österreich", en *Die Justiz* 1929, p. 130.

KELSEN, HANS. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer 1925.

KELSEN, HANS. "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", en *The Journal of Politics* 1942, p. 183.

KELSEN, HANS. "Autobiographie" (1947), en MATTHIAS JESTAEDT (ed.). *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*, Tübingen, Mohr Siebeck 2006, p. 31.

KELSEN, HANS. *Österreichisches Staatsrecht*. Tübingen, Mohr, 1923.

KELSEN, HANS. *Pure Theory of Law*. Transl. from the second German edition by Max Knight, Berkeley, University of California Press 1967 (reimp. Clark, New Jersey, The Law-book Exchange, 2005).

KELSEN, HANS. *Reine Rechtslehre* 2, Wien, Deuticke 1960.

KELSEN, HANS. "Wer soll Hüter der Verfassung sein?", en *Die Justiz* 1931, p. 576.

KELSEN, HANS. "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (*VVDStRL*) 5 (1929), p. 30.

LUHMANN, NIKLAS. *Rechtssoziologie*, Bd. 1, Reinbek, Rowohlt, 1972.

LUHMANN, NIKLAS. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main, Suhrkamp 1984.

MAYER, HEINZ. "Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts – ein 'Nichtakt'?", en CLEMENS JABLONER, DIETER KOLONOVITS, GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER, HANS RENÉ LAURER, HEINZ MAYER y RUDOLF THIENEL (eds.). *Gedenkschrift für Robert Walter*, Wien, Manz 2013, p. 473.

MERKL, ADOLF. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien u. a., Springer 1927.

MERKL, ADOLF. "Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip", *JBL* 1917, 97.

MERKL, ADOLF. "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", en ALFRED VERDROSS (ed.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Hans Kelsen zum 50*, Geburtstage. Wien, Springer 1931, 252; nueva ed. en HANS KLECATSKY, RENÉ MARCIÇ y HERBERT SCHAMBECK (eds.). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften v. Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl u. Alfred Verdross*, Bd. 2, Frankfurt/Zürich, Europaverlag und Salzburg/München, Pustet 1968, 1311.

ÖHLINGER, THEO. "Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung?", en GERALD KOHL (ed.), *FS für Wilhelm Brauneder zum 65. Geburtstag*, Wien, Manz 2008, p. 407.

OLECHOWSKI, THOMAS. "Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung", en ROBERT WALTER, WERNER OGRIS y THOMAS OLECHOWSKI (eds.). *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit*, Wien, Manz 2009, p.211.

PAULSON, STANLEY L. "Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings", en *Ratio Juris* 2003, p. 223.

PAULSON, STANLEY L. "Die Funktion der Grundnorm: begründend oder explizierend?", en CLEMENS JABLONER, DIETER KOLONIOVITS, GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER, HANS RENÉ LAURER, HEINZ MAYER y RUDOLF THIENEL (eds.). *Gedenkschrift für Robert Walter*, Wien, Manz, 2013, p. 553.

PAULSON, STANLEY L. "On Hans Kelsen's role in the formation of the Austrian Constitution and his defense of constitutional review", en WERNER KRAWIETZ (ed.). *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification, FS für Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot 2000, p. 385.

PAULSON, STANLEY L. "Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre", en ROBERT WALTER (ed.), ADOLF J. MERKL. *Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz 1990, p. 93.

PAULSON, STANLEY L. "Zwei Wiener Welten und ein Anknüpfungspunkt: Carnaps Aufbau, Kelsens Reine Rechtslehre und das Streben nach Objektivität", en CLEMENS JABLONER, y FRIEDRICH STADLER (eds.). *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Wien/New York, Springer 2001, p. 137.

PETERS, ANNE. *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot 2001.

PÖSCHL, MAGDALENA. *Die Zukunft der Verfassung*, Wien, Sramek 2010.

SCHÖNBERGER, CHRISTOPH. "Hans Kelsens 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre'. Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion", en MATTHIAS JESTAEDT (ed.). *Hans Kelsen Werke*, Bd. 2/1, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, pp. 23-35.

STOURZH, GERALD. "Qualifizierte Mehrheitsentscheidungen in der Entwicklung des österreichischen Verfassungsstaates 1848-1918", en ANNA GIANNA MANCA y LUIGI LACCHÈ (eds.). *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi – Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas*, Bologna, Mulino y Berlin, Duncker & Humblot 2003, p. 29.

VAN ROERMUND, BERT. "Norm-claims, Validity, and self-Reference", en DUARTE D'ALMEIDA, JOHN GARDNER y LESLIE GREEN (eds.). *Kelsen revisited. New essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart, 2013. (In Vorbereitung).

VAŠEK, MARKUS. *Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsschranken in der österreichischen Bundesverfassung. Dargestellt am demokratischen, republikanischen und bundesstaatlichen Prinzip*, Wien, Univ., Diss. 2012.

VERDROSS, ALFRED. "Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers", *JBL* 1916, p. 471.

WALTER, ROBERT. "Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht", *ÖJZ* 1965, p.169.

WALTER, ROBERT. "Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm", en ROBERT WALTER y CLEMENS JABLONER (eds.). *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien, Manz 1992, p. 47.

WALTER, ROBERT. "Einführung: Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 und seine Kommentierung", en HANS KELSEN, GEORG FROEHLICH y ADOLF MERKL, *Die Bun-desverfassung vom 1.* Oktober 1920, Neudruck Wien, Verlag Österreich 2003, p. 5.

WALTER, ROBERT. *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien, Manz, 2005.

WEYR, FRANTIŠEK. "Zur Frage der Abänderlichkeit von Rechtsätzen", *JBL* 1916, p. 387.

WIEDERIN, EWALD. "Wiederin, Ewald, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht", en THOMAS SIMON y JOHANNES KALWODA (eds.), *Schutz der Verfassung. Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte.* Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012 (= *Beihefte zu "Der Staat"* Bd. 22), Berlin, 2014, pp. 283-315.

WIEDERIN, EWALD. "Kelsens Begriffe des Bundesstaats", en STANLEY L. PAULSON, y MICHAEL STOLLEIS (eds.). *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20.* Jahrhunderts. Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 222.

WIEDERIN, EWALD. "Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung", *ZÖR* 2004, p. 175.