

KELSEN EN PARIS: EN DEFENSA DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

Bruno Novoa Campos¹.

SUMARIO: I. HANS KELSEN: PALABRAS PREVIAS; II. KELSEN EN PARIS: EN DEFENSA DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL; III. INFLUENCIAS Y TEMORES DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL PERU; IV. A MANERA DE CONCLUSION; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. HANS KELSEN: PALABRAS PREVIAS.

Desde que ingresamos a los claustros académicos las currículas de las Facultades de Derecho nos reciben con un curso denominado “Introducción al Derecho” o “Introducción a las Ciencias Jurídicas” en donde, inevitablemente, estudiamos las denominadas Teorías del Derecho y, sin pensarlo, -luego de un estudio de todas ellas- caemos en el pensamiento del profesor vienés.

Sin duda, el autor de la Teoría Pura del Derecho no solo cultivó el estudio de la Teoría del Derecho o, del Estado; también, incursionó en otras ramas del campo jurídico como, por ejemplo, el Derecho Constitucional e Internacional.

Kelsen, de joven, cultivó la literatura -incluso publicó un poema- y como no, la filosofía; filosofía que, aunque fuera finalmente abandonada, no fue dejada de lado.

Al ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, -de donde, luego de diversos problemas por su vinculación judía, sería profesor de ella y, posteriormente, decano- comenzaría un vida académica fecunda llena de viajes (se mudaría luego a Colonia, Praga, Ginebra y, finalmente California; donde fallecería en 1973), conferencias y, defensas ante críticas -algunas de ellas, le causaron gran pesar-.

¹ Director Académico de la Academia de la Magistratura. Maestría en Constitucional por la PUCP

A América llegó hasta en dos oportunidades. En la primera, tuvo ocasión de visitar (1949) a la comunidad académica argentina en el campus de la Universidad Nacional de Buenos Aires donde tuvo oportunidad de polemizar frente a un gran jurista gaucho: Carlos Cossio.

En su segunda visita lo tuvimos algo más lejos de nosotros: estuvo en México; invitado por la UNAM para dictar una serie de conferencias (30 de Marzo de 1970) se mostró siempre preocupado por el entendimiento de su pensamiento, por lo que dejó en manos de Emilio O. RABASA un manuscrito en inglés que posteriormente fuera publicado por la UNAM y, con permiso del *Hans Kelsen Institute* publicado en nuestro país en 1993 primero y, en el 2001 luego (*Introducción a la Teoría Pura del Derecho*". Lima: Segunda Edición peruana, 2001).

Sin duda, de pensamiento siempre claro e incansable en su labor académica es pues, a pesar del tiempo transcurrido: punto de partida inevitable.

II. KELSEN EN PARÍS: EN DEFENSA DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

El profesor García Belaunde recordó hace poco en un texto suyo (2009), una visita del profesor vienés que, en sus palabras, no fue descubrimiento alguno; más bien, algo olvidado y que, viéndolo ahora en perspectiva diríamos: necesario de recordar.

Todo empezaría en el Quinto Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrado en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, en donde Kelsen defendería el valor jurídico de la Constitución así como la necesaria presencia de un órgano *ad hoc* encargado de velar por su supremacía; dicha postura fue, sin embargo, objetada básicamente por el preeminente papel que se le atribuía al Parlamento entonces (tal fue el caso que el propio Kelsen centraba la labor del Tribunal Constitucional como el de un *legislador negativo* -es decir, respetaba el status del Parlamento como el de *legislador positivo*-).

Poco después, seguramente ansioso de ser escuchado por un auditorium que apoye su tesis, llegaba a París en octubre de 1928 -llegaba a la cuna de la Cultura de inicios del siglo XX, tal cual lo hicieron algunos de nuestros

intelectuales (César Vallejo o José Carlos Mariátegui); llegaba en fin, a la ciudad en donde Hemingway fue muy pobre pero muy feliz (una importante foto de la época en: E. Hemingway. “*París era una fiesta*” 1964) -; se instaló así, aunque por pocos días, en el recién fundado Instituto Internacional de Derecho Público -ubicado en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de París-.

Para ello, había hecho traducir al francés su ponencia presentada en Viena a uno de sus discípulos -Charles Eisenmann-, quien a parecer de los estudiosos en derecho constitucional se tomó ciertas licencias, especialmente porque el texto presentado en el Quinto Encuentro de Profesores de Derecho Público no tenía título (sólo se publicó un año después y bajo el tema de la agenda “*Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal*”) por lo que Kelsen la presentaría como “La garantía jurisdiccional de la Constitución” seguido -aquí la licencia de Eisenmann- de el término “justicia constitucional”; ello ocasionó ¡un grito al cielo! por parte de sus seguidores ya que es sabido que el concepto de *justicia* era considerado por Kelsen como algo ciertamente, *metajurídico*.

Al parecer la respuesta a ello se encontraría primero, en la amistad entablada entre ambos (Kelsen prologaría la tesis doctoral de Eisenmann) y segundo, por el reciente despegue de la ciencia procesal en Francia (hablábamos entonces de un derecho francés mas bien, procedimental); a diferencia del importante impulso alemán a la ciencia procesal (gran aporte de Bülow; Wash; J. Goldschmidt).

Sea como fuere, con licencias o no, Kelsen defendió las mismas ideas vertidas en Viena: la Constitución vista como norma jurídica y, la defensa de su supremacía a través de un órgano *ad hoc*; y, aunque ambas tesis contaban con antecedentes (la primera en la famosa sentencia Marbury vs Madison mientras que la segunda desde tiempos de la revolución francesa con Sieyès o, Jellinek después) lo importante radica, como bien manifiesta el profesor García Belaunde, -que con antecedentes y todo- Kelsen fue sin duda, el mas solvente teórico.

Sin embargo, al igual que en Viena, no fue comprendido -ni siquiera se brindaron conclusiones de la sesión ya que las opiniones estaban divididas-;

Kelsen no volvería a tratar del tema sino hasta 1942 (*“El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”*) ya lejos de Europa: radicaba en California.

III. INFLUENCIAS Y TEMORES DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL PERU.

La influencia del pensamiento kelseniano (denominado “control concentrado”) tardaría en llegar al Perú; esto por varias razones: en principio, porque mientras Kelsen defendía su tesis en París el Tribunal Constitucional Austriaco -del cual era magistrado- se derrumbaba por cuestiones políticas (R. Metall señala que incluso llegaron a insultarlo colocando pancartas alusivas a un fallo en la puerta de su domicilio) y como no, también *por apego a lo conocido* (supremacía del Parlamento; mantenimiento de un control mas norteamericano; miedo a los cambios -la Constitución como Norma Jurídica, por ejemplo-, etc.).

Esto último, *apego por lo conocido*, fue justamente lo que truncó el avance del pensamiento kelseniano en el Perú. Hemos tenido clara vocación por una jurisdicción constitucional más cercana a la norteamericana (control difuso) a pesar, de ciertos atisbos presentes en el siglo pasado por instaurar un control concentrado (Código Civil de 1936 y Ley Orgánica del Poder Judicial de la década del ‘60).

No fue sino hasta la Constitución de 1979 -luego de soportar una dura dictadura militar de doce años- que se instaura el Tribunal de Garantías Constitucionales (posteriormente denominada en la Constitución de 1993 Tribunal Constitucional) -sin dejar de lado el sistema norteamericano, por ello el profesor García Belaunde considera que actualmente nos encontramos dentro de un sistema mas bien, *dual-* y con ello el nacimiento de la jurisdicción constitucional en manos de un órgano *ad hoc* como deseaba Kelsen; aunque, sin duda, algo alejado del esquema original.

Este proceso, no ha sido sencillo: **i)** el Tribunal Constitucional (o de Garantías Constitucionales como era llamado) se instauró en 1982 y se clausuró en 1992 (tras el autogolpe de Fujimori); **ii)** luego, se produjo la abrupta destitución de tres magistrados constitucionales en 1996 por no permitir la reelección de

Fujimori; **iii)** Finalmente, la enraizada corrupción de finales del siglo pasado nos dejó más que un *sinsabor*: hizo poco, o mejor dicho, casi nada; por lo menos: nada interesante.

Fue recién con el regreso de la Democracia en el Perú (2000-2001) -si es que alguna vez la tuvimos tan seguida, ya que nuestra historia demuestra lo contrario- y, con la tranquilidad dada por el gobierno del Presidente Valentín Paniagua, que el Tribunal Constitucional ha venido emitiendo su jurisprudencia como parte de un “activismo” interesante en defensa de la supremacía de la Constitución y, como no, en defensa de los derechos fundamentales de todos.

Sin embargo, no todas son rosas -hemos de levantar la voz- ya que en el último tramo de su periodo hasta hoy, se ha ido complicando por la puesta en práctica de la llamada “autonomía procesal” constitucional que supuestamente ostentaría; con posiciones a favor y en contra -antagónicas y difíciles de conciliar-, es imperativo buscar límites a dicha práctica. Por lo pronto, y mientras ello se concrete, nos crea cierto temor.

IV. A MANERA DE CONCLUSION.

Pérez Luño, profesor de la Universidad de Sevilla, visitó hace algunos años (2002) el *Hans Kelsen Institute* en donde tuvo ocasión -comenta- de encontrarse con preocupados kelsenianos prestos a defender las ideas de su Maestro frente a concepciones contemporáneas influyentes (Hart, Rawls, Habermas, Dworkin, ALewy o Haberle). Esto estima, ¡es un grave error!.

Es un error porque no se puede atacar una Teoría *desde el interior* de las premisas en las que se expresa su fundamento y desarrollo; resulta, entonces, poco convincente desvirtuar el aporte del profesor vienés “desde dentro”.

Los avances del derecho no radican en tener puntos de ataque; debemos entender las nuevas coordenadas por las cuales este se dirige, en tomar en cuenta los nuevos marcos teóricos y paradigmas metodológicos capaces de dar cuenta de esta nueva situación. (Pérez Luño. “Kelsen y Ortega. Positivismo Jurídico y Raciovitalismo de la Cultura Jurídica actual”. Lima: 2009).

Esta nueva situación merece respeto por sus inicios y comprensión por sus cambios. Es claro que el esquema original del profesor Kelsen acerca de la jurisdicción constitucional ha cambiado, hemos ido moldeando el marco acorde a nuestra coyuntura e historia; sin embargo, ello no es óbice para crear temores erigiendo una jurisdicción autónoma constitucional -“autonomía procesal” del Tribunal peruano- alejada, de base, de la Teoría General del Proceso, por ejemplo.

Finalmente, creemos que aunque los tiempos han cambiado y seguramente seguirán haciéndolo, la jurisdicción constitucional en el Perú con influencias tardías y con temores actuales se encuentra en donde esta porque como bien manifestó Legaz y Lacambra: “Si hoy podemos ver mas que Kelsen, es a condición de montarnos sobre sus hombros”; radica ahí la importancia de estudiar el nacimiento de la jurisdicción constitucional a fin de evaluar concienzudamente sus cambios y nuevos derroteros, actuando con prudencia y evitando -por supuesto-, temores.

V. BIBLIOGRAFÍA.

Respecto a la vida del profesor vienés el lector podrá encontrar dos textos de sumo valor; el primero publicado por un discípulo suyo que lo acompañó en sus múltiples viajes y que, incluso con autorización del propio Kelsen, escribió parte de su biografía en la mismísima biblioteca personal del profesor vienés: Métall, Rudolf A. “*Hans Kelsen, vida y doctrina*”. UNAM, México 1975.

El segundo texto, es en realidad compilación de dos trazos autobiográficos escritos por Kelsen; el primero en 1927 y el segundo en 1947. Lamentablemente no se encuentra traducido a lengua castellana, sólo en Austria en su lengua oficial y, recientemente en italiano (mayor referencia en: García Belaunde, Domingo, “*Kelsen en París: una ronda en torno al modelo concentrado*”).

En el ámbito nacional: Kelsen, Hans. “*Introducción a la Teoría Pura del Derecho*”. Lima: Segunda Edición peruana, 2001; especialmente las presentaciones a las dos ediciones peruanas (D.G.B.); la nota liminar (E.

Rabasa) y los interesantísimos apéndices (J. Palomino Manchego, E. Cruz y A. Squella Narducci).

En referencia al viaje del profesor Kelsen a París: García Belaunde, Domingo, *“Kelsen en París: una ronda en torno al modelo concentrado”*. Lima: Revista Peruana de Derecho Procesal, Año XIII. Editorial Communitas, 2009, pp. 435-469.

A fin de estudiar las Ponencias de Viena (Quinto Encuentro de Profesores de Derecho Público -la cual no tuvo título en principio-) y París (Instituto Internacional de Derecho Público): Kelsen, Hans. *“la garantía jurisdiccional de la Constitución (justicia constitucional)”*. Ius et Veritas. Lima, año V, número 9, pp. 17-43; y, Kelsen, Hans. *“El control de la constitucionalidad de las leyes .Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”*. Ius et Veritas. Lima, año IV, número 6, pp. 81-90.

Acerca del avance de la jurisdicción constitucional en el Perú: García Belaunde, Domingo. *“Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: Antecedentes y Desarrollo (1823-1979); “El Derecho Procesal Constitucional en expansión (crónica de un crecimiento); “Encuentros y desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional”; “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. (Aproximación al tema); “El Derecho Procesal Constitucional: un concepto problemático”; y “Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional”*. En: www.garciabelaunde.com.

En referencia al difícil inicio del Tribunal Constitucional peruano y su desarrollo en el Estado Democrático: Landa, César. *“Tribunal Constitucional y Estado Democrático”*. Lima: Palestra Editores. Tercera Edición. 2007.