

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Entre Kelsen y Montesquieu. Separación de poderes y democracia en el siglo XXI.

Conferencia inaugural, celebrada el 27 de marzo de 2023 en la Universidad de Viena(*)

POR **THOMAS OLECHOWSKI**

TRADUCCIÓN: **CARLOS ENRIQUE PETTORUTI**

Estimadas damas y caballeros:

No sabemos si Hans Kelsen pronunció su conferencia inaugural en la Universidad de Viena, ni si la llevó adelante en esta sala o en otra, ni la fecha exacta, tampoco sabemos con certeza el tema. Pero las pocas fuentes consultadas al respecto indican que su conferencia inaugural no la dedicó a la Teoría Pura del Derecho, sino que el tema fue “Esencia y Valor de la Democracia” (1). El texto con el mismo título, presumiblemente la versión escrita de la conferencia inaugural de Kelsen, apareció en 1920 y es una de sus obras más famosas. No es casual que en el mismo año en que se sancionó la Constitución Federal, que él ayudó a redactar, estableciera Kelsen las bases teóricas de la democracia, con todas sus ventajas y defectos.

Diez años después, Kelsen da nuevamente otra conferencia inaugural. Esta vez estamos mejor informados sobre el lugar y la hora: Fue el 20 de noviembre de 1930 y Hans Kelsen dio una conferencia sobre “La Justicia platónica” en el auditorio de la Universidad de Colonia. Europa cambió en esos diez años, y no para mejorar. Las jóvenes democracias que se habían establecido en Europa Central después de la Primera Guerra Mundial fueron rechazadas por gran parte de la población, y se anhelaba un “hombre fuerte” basado en el ejemplo de Mussolini, que también sacaría a Alemania y Austria de la crisis económica y penurias sociales. Bajo el efecto de todos estos acontecimientos, Kelsen abandonó Viena, y Colonia le pareció ser un ámbito más favorable para su trabajo académico (2). Sin embargo, eligió para

(*) Nota editorial: el presente texto mantiene el formato original remitido por su autor.

(1) Hans *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen 1920), Wiederabdruck in: Hans Kelsen Werke VI (Tübingen 2020) 122-157; siehe ebenda 622 zu den Hinweisen, dass es sich um Kelsens Wiener Antrittsvorlesung gehandelt haben könnte.

(2) Thomas *Olechowski*, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers* (2. Aufl., Tübingen 2021) 485-493.

su conferencia inaugural un tema que a primera vista no tenía nada que ver con la crisis de la democracia en la década de 1930.

Aunque Kelsen muestra desde una segunda perspectiva que la antigüedad siempre tiene respuestas a las preguntas del presente. Y esto no significa que Platón hubiera formulado teorías válidas por siempre. Lo que quiere demostrar es que la escuela platónica no fue un “sitio tranquilo para el cultivo de la ciencia pura, alejado del ajetreo y el bullicio del mundo”, sino profundamente involucrado con las luchas políticas de la época. No fue Damon, con la daga oculta en su túnica, sino los discípulos de Platón quienes resultaron fundamentales para el derrocamiento del tirano Dionisio II de Siracusa y, desde la perspectiva de Kelsen, cubrieron el “nombre de la Academia Platónica... no exactamente con honor” (3).

Solo frente a este contexto se ven claramente las verdaderas intenciones de Platón cuando habla en su “Politeia” del estado ideal en el cual los filósofos están llamados a gobernar. Kelsen describió la “Politeia” como la principal obra de Platón, y esta culmina “en la doctrina de las ideas, en la cual asoma como la más alta la idea del bien”. Solo el filósofo sabe lo que es el bien, y al no poder compartir esto con otros, permanece como un secreto indecible. “El hecho de que el filósofo oculte su conocimiento del bien absoluto como inexpresable”, dice Kelsen, “puede no tener nada especial en el contexto de una filosofía esotérica. Pero ¿qué pasa si el filósofo es convocado para gobernar el estado, cuando debe ser legislador?”. El pueblo debe someterse a la “autoridad del líder”, como dijo Kelsen, sin poder comprender a dónde los está conduciendo. “El misticismo de Platón, esta perfecta expresión del irracionalismo, justifica su política antidemocrática, es la ideología de toda autocracia” (4).

Aquí Kelsen juega con un par de términos conceptuales que atraviesan como un hilo rojo su teoría de la democracia y su teoría del derecho: La autocracia, como una creencia en el Derecho Natural, es la expresión de una visión irracional del mundo, mientras que la democracia, como el Positivismo Jurídico, es la expresión de una visión racional del mundo. Por supuesto, como explica Kelsen en otra parte, las elecciones democráticas no son en modo alguno garantía de que siempre se tome la decisión correcta, y hace referencia a la elección que obtuvo el peor resultado posible: La de Barrabás y Jesucristo (5). Pero, ¿quién, según Kelsen, puede estar tan seguro de la verdad como el Hijo de Dios? A nosotros, simples personas,

(3) Hans *Kelsen*, Die platonische Gerechtigkeit, in: Kant-Studien 38 (1933) 91-117, Wiederabdruck in: Hans R. Klecatsky u.a. (Hg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule (WRS; 2. Aufl., Stuttgart/Wien 2010), 289-312, hier 297.

(4) *Kelsen*, platonische Gerechtigkeit, WRS 306-311.

(5) Johannesevangelium 18, 38-40.

nos queda la racionalidad de nuestras acciones y comprender que ninguno de nosotros, ni siquiera Platón, conoce el bien absoluto. “Quien solamente se basa en la sabiduría terrenal”, dice Kelsen, “quien solamente permita que sea el conocimiento humano el que dirija las metas sociales, difícilmente pueda justificar la coerción —inevitablemente necesaria para alcanzarlas— si no es con el consentimiento de al menos la mayoría de aquellos a quienes la orden coercitiva se dirige para su bien” (6).

Nuevamente en otro lugar, en 1932, en vísperas de la toma del poder por Hitler, Kelsen analiza la principal crítica de los nacionalsocialistas a la democracia: Según la extrema derecha, “el principio de la mayoría es completamente inapropiado... para adoptar una objetiva y correcta” decisión. “La mayoría no debe decidir, pues no ofrece garantía alguna de la calidad del orden creado. (...) Más bien, debe gobernar el mejor. Desde Platón, esta ha sido siempre la fórmula utilizada para combatir la democracia sin poder poner nada mejor en su lugar; una fórmula que es tan cautivadora en su función negativa como carente de sentido en su función positiva. Porque se sobreentiende que quien debe gobernar es el mejor” (7).

Estimadas damas y caballeros, se afirma siempre que Kelsen no se expidió sobre el nacionalsocialismo. Esto es incorrecto, como lo he demostrado en mis exposiciones anteriores. Hans Kelsen hizo todo lo posible por argumentar racionalmente en contra de este sistema. Asimismo, la conferencia inaugural de Kelsen en Colonia en 1930 no fue menos actual que su conferencia inaugural en Viena en 1920.

Pero, ¿qué relevancia tienen estas tesis hoy, en pleno siglo XXI? Desafortunadamente, debo decir que los comentarios de Kelsen son más relevantes que nunca. Porque los problemas de nuestro tiempo no son menores que los de hace 90 años, sí, diría que son mayores y más fuertes que en cualquier otro momento de la historia humana. Bancarrotas, crisis económicas, epidemias, guerras y refugiados. Todo esto sucedió una y otra vez en nuestro pasado. Sin embargo, nos hallamos frente a una situación única: la humanidad está a punto de destruir el planeta. ¿Qué tiene que ver esto con la democracia?

El economista escocés Graeme Maxton, quien fue secretario general de los famosos *Thinks-Tanks* del “Club de Roma” entre 2014 y 2018 opina mucho al respecto. En su libro publicado en 2020 “Emergencia Climática Global” responsabiliza en

(6) Hans Kelsen, *Staatsform und Weltanschauung* (Tübingen 1933), Wiederabdruck in: WRS 1575-1590, hier 1589f.

(7) Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, in: *Blätter der Staatspartei 2* (1932) 90-98, Wiederabdruck in: Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius (Hg.), *Verteidigung der Demokratie* (Tübingen 2006) 229-237, hier 234.

gran parte a la democracia de corte occidental de que la humanidad se dirija hacia el abismo. “La escasez de agua, las inundaciones, los incendios y las hambrunas se cobrarán cada vez más vidas en los próximos años”, escribe con palabras enérgicas (8), señalando al mismo tiempo que demasiadas personas, especialmente políticos influyentes, todavía tienen “conceptos erróneos” sobre las causas y consecuencias de cambio climático. Maxton atribuye este hallazgo a las teorías económicas neoliberales en particular. El neoliberalismo ha corrompido nuestras democracias, las ha convertido en “democracias zombis” que tienen poco en común con la democracia de la antigua Grecia. El estado del presente, que más se parece a una democracia basada en el antiguo modelo griego, es —escuche y sorpréndase— ¡la República Popular China! El “problema de <convencer a la mayoría>”, dijo Maxton, “no existía en China, ni existía en la antigua Grecia, porque la adopción de decisiones regulatorias... es responsabilidad de una minoría bien informada... que protege los intereses de la mayoría” (9).

Pero, ¿qué son los intereses de la mayoría? Maxton expuso los efectos devastadores del cambio climático con tanto detalle que siente que no necesita enumerar esos intereses. Pero yo pregunto: ¿cuáles son concretamente los intereses de la mayoría? ¿Cómo gestionar la crisis climática en términos concretos y cómo conciliar este objetivo con otras metas de nuestra sociedad, como la lucha contra la injusticia social, la política familiar o la lucha contra las epidemias? ¿Decidirá también una minoría bien informada sobre el bienestar de la mayoría ignorante? Esto recuerda una formulación de Michael Stolleis, con la que explicaba qué se entiende como bien común el Estado Nacional Socialista. Era “lo que las masas deberían querer si todos los individuos tuvieran la visión y la experiencia de los gobernantes” (10).

Señoras y señores, hoy en día muy a menudo se agita la amenaza del fascismo y así se dan por finalizadas las discusiones. Esto es algo que no puedo hacer porque el cambio climático es un problema muy grave y de la misma forma es legítimo pensar en cómo mejorar nuestra democracia. Pero, por otro lado, los paralelismos son demasiado obvios como para pasarlos por alto. Abiertamente, Maxton aboga por “suspender temporalmente el sistema democrático actual y desplegar equipos gubernamentales de “expertos en clima y desarrollo social” que aprobarían una serie de leyes de emergencia para salvar el planeta. Cita expresamente el ejemplo de Austria, donde en 2019 se encargó a un “grupo tecnocrático de expertos la

(8) Graeme Maxton, *Globaler Klimanotstand. Warum unser demokratisches System an seine Grenzen stößt* (München 2020) 47.

(9) Maxton, *Klimanotstand* 84.

(10) Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (Berlin 1974) 304.

agenda de gobierno” (11). Creo que no necesito profundizar en este último argumento, es bien sabido que el gobierno de expertos de 2019 no se utilizó para resolver la crisis climática o cualquier otro problema social importante, sino para dar continuidad a la actividad gubernamental en un momento en que el clima político estaba extremadamente caliente, hasta que el soberano, el pueblo, a través de elecciones, pudiera decidir cómo proseguir. Pero, por sobre todo, este gobierno de expertos no tenía ningún poder dictatorial, y como todos los gobiernos federales austríacos anteriores y posteriores, dependía tanto de la confianza del presidente federal como de la confianza del Consejo Nacional, es decir, estaba legitimado doblemente de manera democrática.

Lo que aparentemente Maxton tiene en mente, es un dictador al estilo de los dictadores de la República Romana, cuyo mandato con plenos poderes para hacerse cargo de una situación extraordinaria siempre fue limitado a seis meses.

Maxton, quien siempre vuelve a la democracia griega, aparentemente no es muy versado en historia jurídica romana. Las referencias a Cornelio Sila y, naturalmente, a Julio César, deberían ser suficientes para mostrar a dónde puede llegar una dictadura de este tipo. Pero aparentemente no solo Maxton ha olvidado la historia jurídica de Roma.

Una encuesta de SORA (Specific Operational Risk Assessment) realizada recientemente para conmemorar el 90 aniversario del golpe de Estado de 1933 mostró que el 22% de los austriacos y austríacas desean un “líder fuerte que no tenga que preocuparse por el parlamento y las elecciones”. Solo el 57% rechaza este tipo de líder, frente al 72% en 2007. (12) Los números son trágicos, pero lo que es francamente asombroso es que la palabra “líder” (“Führer”) se use aquí de manera tan imparcial, tal como en los escritos de Max Weber y Hans Kelsen de la década de 1920, como si las décadas de 1930 y 1940 nunca hubieran existido. Sí, en la década de 1920, Kelsen escribió con bastante imparcialidad sobre los diferentes tipos de “selección de líderes” y planteó que la cuestión de si el líder fue elegido democráticamente o no era la diferencia decisiva entre democracia y autocracia. Este es el punto en el que tengo que criticar a Kelsen, o al menos constatar que el discurso teórico-democrático se ha desarrollado significativamente en los últimos 90 años. Un estado en el que el elemento democrático se limita a realizar elecciones ya no se considera una democracia, al menos en el mundo occidental.

Esto quedó claro recientemente en un comunicado de prensa del Parlamento Europeo en septiembre de 2022, que afirmaba que Hungría ya no era una

(11) *Maxton*, *Klimanotstand* 93.

(12) <https://orf.at/stories/3307512/> (Nachricht vom 4. 3. 2023, zuletzt aufgerufen am 15. 6. 2023).

democracia sino una “autocracia electiva” (13). Este concepto es, por supuesto, una paradoja y poco apropiada para generar claridad. Me parece más apropiado —y también en línea con la doctrina constitucional austriaca— afirmar que el principio democrático es solo uno de varios principios que interactuando garantizan la igualdad y la libertad de las personas y la paz social. Gerald Stourzh propuso el término “Isonomía”, orden que establece un ámbito de igualdad, para la democracia al estilo occidental, el cual desafortunadamente aún no ha sido generalmente aceptado (14). Al hacerlo, se refirió en particular a la existencia de los derechos humanos ya la protección efectiva de los mismos. Esto es seguramente cierto; sin embargo, me parece que otro principio es aún más importante. Lo que distinguía al dictador en la antigua Roma de los cónsules era, por sobre todo, que no tenía que compartir sus poderes con una segunda persona, que concentraba toda la fuerza en sus manos. Así, ya desde los días de la antigua Roma, la división de poderes ha sido considerada como la clave para el funcionamiento de un estado libre.

Estimadas señoras y señores, hace casi 30 años, el 14 de marzo de 1995, Karl Korinek pronunció su conferencia inaugural en el Juridicum de Viena, donde afirmó que “la diferencia central entre las constituciones autoritarias... y las constituciones de un estado democrático-pluralista... reside en la respuesta que se dé respecto de la concentración o división del ejercicio del poder estatal” y así destacó la actualidad de la doctrina de la separación de poderes. Para Korinek, el principio de separación de poderes era un “principio estructural de nuestra organización estatal” que “no debe reducirse a la atribución de funciones de los poderes clásicos del Estado en el sentido de Montesquieu que las asigna específicamente a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial” (15).

Así he llegado a Montesquieu, la segunda figura icónica en el título de mi conferencia, y quisiera llevarla 300 años hacia el pasado; no puedo, sin embargo, presentar una conferencia inaugural dada por él. Pues Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, no era un profesor universitario. Más bien, a temprana edad había heredado de su tío el cargo de presidente de la corte en el Parlamento de Burdeos, y lo ejerció durante diez años, de 1716 a 1726, antes de venderlo y realizar viajes, entre los cuales también fue a Inglaterra (16).

(13) Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 15. 9. 2022, 220909IPR40137. Die Mitteilung bezieht sich auf die Entschließung PO8_TA(2018)0340 zur Lage in Ungarn, wo der Begriff “Wahlautokratie” aber nicht vorkommt.

(14) Gerald Stourzh, *Die moderne Isonomie* (Wien-Köln-Weimar 2015) 75.

(15) Karl Korinek, *Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre*, *Journal für Rechtspolitik* 3 (1995) 151-163, hier 151.

(16) Dazu und zum Folgenden: Thomas Olechowski, *Verwaltungsgerichte, Verwaltungstribunale und Verwaltungssenate*, in: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 6 (2016) 379-396.

El sistema político en Francia e Inglaterra no podría haber sido más diferente: Aquí un monarca absoluto que nunca utilizó el dicho “El estado soy yo” —respecto del cual, si somos completamente honestos, jamás nadie ha asegurado que lo dijera Luis XV ni su bisabuelo Luis XIV, aunque hay quienes lo afirman—, ya que el rey gobernaba de manera absoluta, promulgaba él solo las leyes y también podía intervenir en casi todos los ámbitos donde estas leyes se ejecutaban. Aquí, por supuesto, respecto de la ejecución de la ley, chocó de vez en cuando con la amarga resistencia de los parlamentos.

Al otro lado del Canal de la Mancha residía un rey que, en comparación con su contraparte francesa, debió parecer casi impotente. La actividad legislativa estaba en manos de la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes; desde 1707 ningún rey se opuso a una ley del Parlamento y no lo ha hecho hasta la actualidad. Los tribunales eran independientes y dictaban sus sentencias solo formalmente “en nombre del rey”; y lo que más peso tenía era que los órganos judiciales intervenían no solo en derecho civil y penal, sino también en muchas otras materias, desde el derecho comercial, pasando por el mantenimiento de caminos y puentes, hasta el bienestar de los pobres, que en este último caso eran llamados jueces de la paz, de manera tal que solo dependían del rey el rey los asuntos exteriores y la guerra.

Este es el estado que Montesquieu visitó varias veces desde 1726 y donde fue elegido miembro de la Real Sociedad en 1730. Dieciocho años después, en 1748, aparece su libro más famoso, *Sobre el Espíritu de las Leyes*, en el cual escribe un capítulo “Sobre la Constitución de Inglaterra.” ¿Qué es de esperar en este capítulo sino una presentación del sistema constitucional inglés, aun cuando comienza diciendo que, en cada estado, no solamente en Inglaterra, existen tres poderes?

En lo que se refiere a estos tres poderes, el primero de ellos es al que Montesquieu llama *puissance législative*, el poder legislativo. Sobre sus bases se promulgan y también se derogan las leyes. El segundo es el poder ejecutivo, del cual dependen las materias de derecho internacional; sobre su base se declaran la guerra y la paz, se reciben embajadas de otros estados y se establece la seguridad en el país. El tercero es el poder ejecutivo en asuntos civiles; aquí se deciden las disputas entre individuos y se castigan los delitos.

Llama la atención en primer término que Montesquieu reconociera una similitud fundamental en los dos últimos poderes, aspecto que más tarde fue subrayado por Kelsen con tanta vehemencia que probablemente fuera uno de los motivos de su caída como juez constitucional. Solo para simplificar los términos, Montesquieu propone en un contexto más amplio llamar a uno *puissance de juger* y al otro

puissance exécutive por excelencia (17). Eso nos da que pensar que no se mencionan los ámbitos políticos que hoy asociamos con el término “administración”. ¿Quién debe hacer cumplir la ley comercial, la ley forestal, la ley de tránsito? En la Inglaterra de la época de Montesquieu esta no era función del rey, sino de los juzgados de paz. Y así, en mi opinión, está plenamente justificado suponer que Montesquieu también consideró estas áreas como parte del *droit civil* y las consideró como un asunto que debía ser llevado a cabo por los tribunales - similar, si se me permite puntualizarlo, a lo que hace hoy el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con su interpretación del art. 6 de la Convención de los Derechos Humanos.

Y si observamos la monarquía de los Habsburgo en la época de Montesquieu, a mediados del siglo XVIII, vemos que aquí también los tribunales no solo eran competentes en litigios entre particulares, sino también en denuncias de particulares contra el Estado, en materia comercial, forestal o de caminera. Recién varias décadas después, a principios del siglo XIX, fue cuando comenzó a modificarse la relación entre el poder ejecutivo y el poder judicial en favor del primero, de modo que, en 1848, cuando el poder judicial obtuvo su independencia, solo se ocupaba del derecho civil y aquellas partes del derecho penal en las que se hallaban previstas sanciones especialmente severas (18). Fue solo con las reformas constitucionales de 1867, 1988 y 2012, cuando este límite se desplazó en otra dirección, cuando se creó primero una jurisdicción administrativa de una sola instancia y luego de dos instancias, de manera tal que ahora se encuentra en el lugar en que se hallaba en tiempos de Montesquieu. Así de actual es el barón francés después de casi trescientos años.

¡Y qué juicio demoledor pronuncia Kelsen sobre Montesquieu!: “Sólo la miopía teórica o la intención política podrían hacer pasar el principio de la separación de poderes como un principio democrático. Supuestamente tomada por Montesquieu de la constitución inglesa, donde en vano se lo buscó en su momento, se lo justifica como una garantía de libertad. Sin embargo, su verdadero propósito fue asegurar que el monarca, que pasó del absolutismo a las limitaciones del constitucionalismo, tuviera un mayor peso final sobre el Parlamento, donde

(17) Charles Louis *de Secondat de Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, 6. Kapitel (Reclam-Ausgabe Stuttgart 2011) 216. Im Gegensatz zum Übersetzer Kurt Weigand ist der Verfasser dieser Zeilen durchaus der Ansicht, dass das Wort “puissance” mit “Gewalt” werden muss, um den Ansichten Montesquieus folgen zu können; eine andere Frage ist, ob es geeignet ist, Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung zu umschreiben. Hier ist Kelsen zu folgen, der das Wort “Funktionen” bevorzugt; vgl. insbesondere Hans Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in: Kant-Festschrift zu Kants 200. Geburtstag (Berlin 1924) 214-248.

(18) Thomas *Olechowski*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Armin von *Bogdandy* u.a. (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum VIII: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren (Heidelberg 2019) 423.

se concentraba el poder del pueblo". Esta crítica tiene absolutamente su fundamentación: la separación de poderes, tal como la conocía Kelsen (19), es decir, cómo existió en Austria hasta 1918, poco tenía que ver con el modelo inglés, ya que, como lo he subrayado, es un hecho indiscutido que el monarca era incomparablemente más fuerte en el ámbito del ejecutivo que en el del legislativo. Esto por sí solo no justifica el rechazo de la separación de poderes como tal.

Y aquí regreso nuevamente a Karl Korinek: por supuesto que la democracia ya no se trata de una división de la soberanía entre el monarca y el pueblo, sobre todo porque todos los derechos emanan del pueblo. Solo puede tratarse de la atribución de determinadas funciones, motivo por el cual sería mejor hablar de división de funciones en lugar de división de poderes. Sea como fuere, la constitución federal en cuya formación contribuyó Hans Kelsen, la relación entre el legislativo y el ejecutivo era vinculante; recién con la reforma constitucional de 1929 se fortaleció nuevamente reparto de poderes y ello condujo al equilibrio de poderes que hoy conocemos y que ha demostrado ser muy eficaz en los últimos tiempos. Estos hechos son conocidos, por lo tanto, me detendré poco en ellos aquí.

Pero, ¿qué ocurre con la relación entre legislación y jurisdicción? Hans Kelsen tenía razón al reconocer que los monarcas solo querían y podían otorgar independencia a los jueces porque en materia de derecho civil y penal la densidad legislativa era desproporcionadamente mayor que en el ámbito del derecho administrativo. La libre discrecionalidad, que aún desempeñaba un papel preponderante en el derecho administrativo hace cien años, requería una estructura jerárquica de la administración, que le posibilitara intervenir y dar instrucciones desde lo más alto hasta lo más bajo. Con el establecimiento de la jurisdicción administrativa de múltiples instancias y, sobre todo, la autoridad de los tribunales administrativos para tomar decisiones de mérito, es decir, en lugar de las autoridades administrativas democráticamente legitimadas, se planteó aquí un grave problema teórico-democrático.

De esto se tomó conocimiento públicamente por primera vez en 2017, cuando el Tribunal Administrativo Federal, al menos momentáneamente, impidió la construcción de una tercera pista de aterrizaje en el aeropuerto de Viena-Schwechat sopesando la protección ambiental y la política económica, lo cual, en realidad, en una democracia solo puede ser hecho por los órganos elegidos democráticamente o por los que de ellos dependen. Al menos esa fue la opinión de los querellantes contra esta decisión en su denuncia ante el Tribunal Constitucional. Este revocó la sentencia sin referencia expresa al argumento político-democrático de los querellantes, lo que significa que el caso en cuestión ya no era de interés

(19) *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, HKW VI, 139.

público (20). Sin embargo, el problema subyacente permaneció: la enmienda de 2012 al sistema de tribunales administrativos tuvo efectos masivos en la separación de poderes, fortaleció significativamente el principio del estado de derecho de nuestra constitución, pero finalmente debilitó el principio democrático (21).

Este hallazgo es, por supuesto, a primera vista aterrador, aunque no debería serlo. Nuestra democracia es lo suficientemente fuerte como para soportar una debilitación de este tipo, más aún, a este precio, como se destacó, el estado de derecho se benefició mucho más y los principios del estado de derecho y de la separación de poderes son tan importantes como la democracia. En última instancia es inevitable que haya tensión entre estos y también entre ellos y los demás principios básicos de la Constitución Federal, pero creo que el equilibrio de poderes en Austria sigue intacto, tan intacto que incluso la omisión temporal o la restricción temporal de la capacidad de actuar de un órgano no se transforma inmediatamente en una crisis nacional. Así lo demostró en particular la crisis gubernamental de 2019, que ya mencioné, y antes de eso las elecciones presidenciales federales de 2016.

Austria debería estar orgullosa de este hallazgo, especialmente si compara la situación austriaca con la de Polonia o ahora también con la de Israel. Las crisis allá no son crisis de la democracia, simplemente allí se ha perdido el equilibrio de poder o existe el riesgo de perderlo.

¿Qué es necesario para mantener vivo este equilibrio de poder? Incluso una constitución perfecta por sí sola no puede evitar el fracaso de un estado constitucional democrático; así lo demostró la eliminación del Consejo Nacional y del Tribunal Constitucional ocurrido hace exactamente 90 años en Austria. No solo se necesitan normas adecuadas, sino también personas que manejen estas normas con sentido de responsabilidad. Y aquí, para terminar, me gustaría citar no a Kelsen sino a Montesquieu: “No se requiere ninguna habilidad especial para la persistencia o el apoyo a un gobierno monárquico o despótico. Bajo este, la fuerza de la ley regula todo o mantiene todo unido, con el brazo siempre poderoso del gobernante. En un estado nacional, sin embargo, es necesaria una fuerza motriz adicional: La virtud” (22).

(20) VfGH 29. 6. 2017 E 875/2017-32, E 886/2017-31, in: Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs, Neue Folge (VfSlg) Nr. 20185.

(21) Dazu schon Thomas *Olechowski*, Die dritte Flughafenpiste und das Ende des Kelsen-Merklichen Verwaltungsmodells, in: Florian *Kronschläger* u.a. (Hg.), *Recht vielfältig - Perspektiven des Öffentlichen Rechts* (Wien 2018) 1-16.

(22) *Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, 3. Buch, 3. Kapitel, 120.