

# Derechos, Supremacía y Control Constitucional en los inicios del siglo XX \*

*Rights, Constitutional supremacy and Control in the early twentieth century*

*Direitos, supremacia e controle constitucional no início do século XX*

Nicole Velasco Cano

Abogada Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cali. Investigadora del Grupo de Investigación de Derecho Constitucional, Administrativo y Derecho Internacional Público de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cali. Ha realizado investigaciones en el área de teoría del Derecho y modelos de Estado. Joven investigadora en la universidad Libre seccional Cali. Correo: nicolcilla13@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7406-7860>

FECHA RECEPCIÓN: OCTUBRE 17 DE 2016

FECHA ACEPTACIÓN: DICIEMBRE 10 DE 2016

## Resumen

Los aportes realizados en el constitucionalismo del siglo XX fueron de gran relevancia para la teoría del derecho y para el derecho constitucional, estos aportes innovarían en la concepción de los derechos, la Constitución, los jueces y el control de constitucionalidad; desde América Latina, con la Constitución de Querretaro, en México, se empezaron a conocer los primeros derechos de carácter social gracias a las reivindicaciones sociales de los movimientos campesinos; en Europa con la Constitución de Weimar, en Alemania, que incorporo derechos de carácter social y la Constitución de Austria que incorporo la propuesta del control de constitucionalidad realizada por Kelsen, donde los jueces eran los únicos intérpretes de la Constitución, es así como el juez empezó a tomar importancia en la estructura del Estado ya que podía ser el intérprete de la Constitución, también tenía la facultad de analizar las leyes para ver si estaban acordes o no a la norma superior, a lo cual se denominó control de constitucionalidad.

## Palabras clave:

Constitución, Control de constitucional, Juez, Derechos y Constitucionalismo.

## Abstract

The contributions made in 20th century constitutionalism were of great relevance for the theory of law and for constitutional law, these contributions would innovate in the conception of rights, the Constitution, judges and the control of constitutionality; from Latin America, with the Constitution of Querretaro, in Mexico, they began to know the first rights of a social nature thanks to the social demands of the peasant movements; in Europe with the Constitution of Weimar, in Germany, which incorporated social rights and the Austrian Constitution that incorporated Kelsen's constitutional control proposal, where the judges were the sole interpreters of the Constitution, this is how the judge began to take importance in the structure of the State since it could be the interpreter of the Constitution, also had the faculty to analyze the laws to see if they were in agreement or not to the superior norm, to which it was denominated control of constitutionality.

## Keywords:

Constitution, Constitutional Control, Judge, Rights and constitutionalism

## Resumo

As contribuições feitas no constitucionalismo do século XX foram de grande relevância para a teoria do direito e para o direito constitucional, essas contribuições inovariam na concepção dos direitos, da Constituição, dos juízes e do controle da constitucionalidade; da América Latina, com a Constituição de Querétaro, no México, os primeiros direitos de natureza social começaram a ser conhecidos graças às exigências sociais dos movimentos camponeses; na Europa com a Constituição de Weimar, na Alemanha, que incorporou os direitos sociais e a Constituição austríaca que incorporou a proposta de controle constitucional de Kelsen, onde os juízes eram os únicos intérpretes da Constituição, é assim como o juiz começou a tomar importância na estrutura do Estado, uma vez que poderia ser o intérprete da Constituição, também tinha a faculdade de analisar as leis para ver se eles estavam de acordo ou não com a norma superior, o que denominou-se controle de constitucionalidade.

## Palavras chave:

Constituição, Controle Constitucional, Juiz, Direitos e Constitucionalismo.

**Cómo citar:** Velasco-Cano, N. (2017). Derechos, Supremacía y Control Constitucional en los inicios del siglo XX. Revista Criterio Libre Jurídico, 14(1), 52-60. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2017.v14n1.1606>

## Introducción

El presente Artículo es un estudio realizado sobre el constitucionalismo de las primeras décadas del siglo XX, el cual trajo para la época transformaciones importantes que incidieron en la teoría del derecho y el derecho constitucional. Este Artículo está dividido en tres partes, en la primera abordará el tema de los primeros derechos en el siglo XX, se realiza un estudio de la transformación de los derechos, los cuales se concebían como derechos de libertad, la cual era una propuesta de carácter individual, pero debido a las necesidades de los ciudadanos y a la propuesta de teóricos del derecho, empezaron a surgir derechos de carácter social como la educación, la salud, el trabajo, entre otros; aquí el Estado debía tener una participación activa proporcionándole a las personas el medio para poder satisfacer estos derechos, los derechos de carácter social se empezaron a incorporar en Constituciones como la de Querétaro, Weimar y Austria.

La segunda sección, abordará el tema de supremacía constitucional como nueva concepción del derecho, teniendo la Constitución como norma de normas en el ordenamiento jurídico, y su importancia en la estructura del Estado, asimismo la Constitución empezó a concebirse como medio para limitar el poder en las monarquías, de aquí su importancia, lo que hace que en la Constitución de Weimar y Austria se resalte que las leyes deben de ir acorde con la Constitución.

En la tercera y última parte, se realizará un análisis del avance en la práctica judicial, donde en un primer momento el juez era considerado como un simple aplicador de ley, pasando al segundo momento donde este debía de ser un intérprete activo de la Constitución y de la ley, avances progresivos que facultarían al operador judicial para que se convirtiera en creador de derecho y resolviera conflictos sociales, trayendo a colación la Constitución de Austria y su aporte con la creación del primer Tribunal constitucional encargado de proteger la Constitución mediante el control que se debía de realizar a las leyes, propuesta que se conoce como el control de constitucionalidad, el cual se haría de forma concentrada, postura que difiere de la que se venía planteando en Estados Unidos con el control difuso. Los aportes realizados en el derecho constitucional, desde lo teórico y lo práctico ayudaron a desarrollar y transformar la concepción del derecho, dando apertura a nuevas teorías jurídicas, y a aportes desde el Estado que consolidarían la reivindicación de los derechos.

## Derechos y constitucionalismo del siglo XX

Uno de los aportes realizados por el constitucionalismo compromete la esfera de los derechos fundamentales. Se inicia con un reconocimiento a los derechos que favorecían a la clase burguesa del Estado liberal, reconocimiento de derechos que no contaba con una garantía sólida y desconocía los derechos de las demás clases sociales. Así lo permite observar Alarcón (2007):

“... el liberalismo clásico con su fondo de individualismo burgués constituye (y esto se ha puesto de relieve desde muy diferentes e incluso contrapuestas motivaciones y actitudes ideológicas) insuficiente garantía para esa realización y protección de los derechos y libertades de todos los hombres. En efecto, en la ideología del Estado liberal burgués los derechos naturales o derechos humanos resultan ser sencillamente los derechos de la burguesía, derechos que solo de manera formal y ficticia se conceden también a los individuos de las clases inferiores.” (Alarcón, 2007, pp. 202-203)

Desde el punto de vista del Estado liberal, los derechos fueron marcados por una pretensión capitalista e individualista, y una participación del Estado de forma abstencionista donde su pretensión iría enfocada a proteger de manera prevalente la propiedad privada. Alarcón (2007), igualmente permite identificar que una justicia individualista como garantizadora de la solidaridad social es también la que garantiza la libertad de contrato, la que a su vez no es otra cosa que la garantía de protección de los derechos a propósito de un contrato. Y, en este sentido, considera: “... que tal Estado liberal era de verdad abstencionista es en su despreocupación por derechos sociales, económicos y culturales vinculados a necesidades básicas de salud, enseñanza, vivienda, trabajo, seguridad, entre otras, para las grandes mayorías.” (Alarcón, 2007, pp. 204-205)

El reconocimiento de los derechos en este periodo constitucional empieza a consolidarse paulatinamente. Los derechos como libertades a ser reconocidos para todas las personas sin distinguir su clase social, serían conocidos por Kelsen, como derechos de libertad frente al Estado y se caracterizan por ser subjetivos y personales; estos derechos son incorporados en algunas de las Constituciones promulgadas en el transcurso del siglo XX:

También la libertad frente al Estado, es decir, la ausencia de normas reguladoras de algún aspecto de la conducta humana, ha sido considerada como derechos subjetivos de libertad que no son sino otras tantas libertades; por ejemplo: el derecho de libertad personal, esto es, el derecho de no ser detenido o de no serlo más que con ciertas condiciones: el derecho de libre emisión del pensamiento, especialmente el de libertad de prensa, el de la libertad de la ciencia, el de libertad de conciencia, el de libre asociación y reunión, el de emigrar libremente; el derecho a la libertad de la propiedad, es decir a que el Estado no intervenga en el régimen de la propiedad privada, y así otros muchos. [...] la teoría del Estado enlaza, en este punto, con una práctica harto discutible de las modernas constituciones. Por regla general estas contienen un catálogo de derechos de libertad. (Kelsen, 2008, p. 202- 203)

Con la propuesta de derechos de libertad que se venía desarrollando en el siglo XIX y que son referenciados por las distintas constituciones, los derechos fueron transformándose. Es así como varios teóricos del derecho y del Estado, proponen que se debe ampliar el catálogo de derechos, como Herman Heller, citado por Bernal (2005), que expone la necesidad de incorporar derechos

sociales a las constituciones que aparecen en las primeras décadas del siglo XX:

Heller, por su parte, sugirió que el auge de las dictaduras en la Europa de aquel entonces ponía de relieve la necesidad de repensar los fundamentos sociales y económicos del Estado de Derecho. Se trataba de preguntarse, si el Estado de Derecho, una organización política identificada fundamentalmente con el imperio de la ley, cuyo principal fin era el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder y la preservación de una esfera intangible de libertad individual, podía amoldarse y responder a las urgencias de la época, y de este modo, impedir su propio declive y su sustitución por la dictadura. La propuesta de Héller consistía en salvar el Estado de Derecho inyectándole contenidos sociales, haciéndolo competente para intervenir en la economía, dotándolo de tareas tendientes a conseguir la igualdad de la sociedad, la humanización del trabajo y la prosperidad general. Esta transformación del Estado de Derecho comenzó a fraguarse en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919. (Bernal, 2005, pp. 350-351).

En el imperio alemán, con la Constitución de Weimar de 1919, aparecen los primeros derechos de carácter social para el continente europeo. Entre los derechos que se plasman en el texto constitucional están la educación, el trabajo, la atención de la enfermedad y la vejez. Con la pretensión de beneficiar a los ciudadanos alemanes, en algunos Artículos como el 120, se expresa como derecho la educación de la prole para el desarrollo corporal, espiritual y social, los que se constituyen deber supremo y un derecho natural de los padres; por su parte, la comunidad política velará por su cumplimiento, según lo expresa el Artículo 143 donde se indica que se atenderá a la educación de la juventud mediante establecimientos, públicos. Asimismo, en su organización, el Imperio, los Países y los Municipios, el trabajo gozará de la protección especial del Imperio como lo reza el Artículo 157.

El texto constitucional de Weimar plasma desde sus primeros Artículos la función del parlamento, con la pretensión de realizar actividades legislativas para la concreción de ciertos derechos sociales que benefician a los ciudadanos. Así se puede observar en el Artículo 7 de la Constitución de Weimar en varios de sus numerales: “5. Asistencia a los pobres y obreros nómadas [...] 7. Política de la población y política social protectora de las madres, recién nacidos, infancia y juventud [...] 8. Salud pública, veterinaria y protección de las plantas contra las enfermedades y plagas 9. Derecho obrero, seguro y protección de trabajadores y empleados y colocación de los mismos”; en el Artículo 9 de Weimar se continúan reconociendo algunos aspectos de derechos sociales: “siempre que se estime necesario establecer normas uniformes el imperio legislará en cuanto se refiere: 1. Al bienestar general.”(Constitución del Imperio (Reich) Alemán del 11 de agosto de 1919).

Estos primeros derechos de tipo social no fueron desarrollados legislativamente en el periodo de Weimar, siendo limitados al texto constitucional, debido al predominio de las concepciones positivistas del principio de legalidad y el complejo contexto social y político que se vivía, donde el parlamento y el ejecutivo poseían amplios poderes de decisión que le otorgaba paradójicamente la misma Constitución de los derechos de corte social, ocasionando que los intereses políticos por medio de leyes se impusieran, así fueran en contra de la legitimidad constitucional, situación que llevaría al fin de la Constitución de Weimar para dar paso a situaciones de concentración del poder:

“..., Weimar fue atacado por grupos comunistas –por considerarlo demasiado burgués-. En segundo lugar, Weimar no pudo hacer frente al advenimiento de la segunda guerra mundial por la inestabilidad política, que a la vez, suscitó un desprecio por esa norma fundamental. [...] Esa inestabilidad política y jurídica dio pie para que en enero de 1933 Hitler llegase al poder como Canciller, con tan solo una tercera parte del apoyo popular y que mediante varias normas implantara su régimen. (Benítez, 2014, pp. 119-120).

La Constitución de Weimar se convirtió en referente para otras constituciones que fueron proclamadas en el siglo XX, como la Constitución de Austria, sin embargo, respecto a los derechos de carácter social que proponía en la Constitución alemana y que eran innovadores para el constitucionalismo de la época, no serían plasmados plenamente en la Constitución austriaca, sino que de forma restringida fueron incorporados por medio de una ley anterior, la ley fundamental de los derechos generales de los ciudadanos:

“La Constitución de 1920 no conoce ningún catálogo constitucional de garantía de los derechos, pero contiene algunas determinaciones aisladas por el Artículo 149 aparte 1 de la Constitución de 1920, se acepta, sin embargo, la “ley básica del Estado de 21 de diciembre de 1867 sobre derechos generales de los ciudadanos, RGB1. 142” con rango constitucional en el ordenamiento legal de la República.” (Kelsen, 2008, p. 131)

Los derechos que se desarrollan en la ley fundamental sobre derechos generales de los ciudadanos de la Austria de 1867, en su mayoría son derechos de libertad. Los derechos de tipo social son reducidos a unas pocas enunciaciones. Entre los pocos derechos de carácter social, considerados innovadores para la época, fue el de la educación gratuita para los ciudadanos austriacos, el que fue plasmado en los Artículo 17 numeral 1: “La ciencia y la enseñanza son gratuitos [...]” y 17 bis: “La creación artística, la enseñanza del arte y su enseñanza son gratuitos.” A este reconocimiento legislativo y constitucional de la educación y del arte se le incorpora el derecho a la libre asociación por parte de los ciudadanos, que se encuentra en el Artículo 12: “Los ciudadanos austriacos tienen derecho a montar y para formar asociaciones. El ejercicio de estos derechos es controlado por leyes especiales.”

Desde América Latina también se hicieron aportes significativos para el desarrollo de los derechos. Caso puntual se encuentra en el caso de la Constitución mexicana donde se proclamaron ciertos derechos que fueron reivindicados desde la Revolución de 1910 y

que beneficiaban a los ciudadanos, particularmente los campesinos:

“..., la situación social, económica y política de fines del siglo XIX, y de la primera década del siglo XX, originó la Revolución Mexicana. Los campesinos no eran dueños de las tierras que trabajaban y sufrían una vida llena de injusticias, pues los propietarios en lugar de explotar tierras, explotaban al hombre. Los obreros carecían de derechos, en cambio, intolerables condiciones de trabajo pesaban sobre ellos. La desigualdad entre las clases sociales era cada vez más profunda. La Constitución de 1857 había cedido su vigencia a la dictadura de un hombre y el pueblo de México, por alcanzar la democracia y la justicia social, empuñó las armas en lo que puede llamarse la primera revolución social del siglo XX.” (Rabasa, 2002, pp. 86)

Con la participación de los campesinos y los obreros, el movimiento revolucionario de la época originó el proceso constituyente que creó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, donde se plasmaron derechos de carácter social que se convirtieron en un hito para el constitucionalismo mexicano, latinoamericano y global:

La traición de Victoriano Huerta, bajo el patrocinio de fuerzas adictas al régimen de Porfirio Díaz y del embajador de los Estados Unidos, derivó en la renuncia, primero, y en el asesinato, después, de Madero y Pino Suárez y el ascenso al poder del personaje más despreciable de la historia de México. Durante este tiempo, en varios estados de la República, los jefes militares y los gobernadores revolucionarios emitirían diversas disposiciones legales protectoras del trabajo. En diciembre de 1914 Carranza anunció, desde Veracruz, el decreto reformativo del Plan de Guadalupe, bajo él se había iniciado la revolución constitucionalista, y se atribuyó la facultad de dictar todas las leyes y disposiciones encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales, y políticas del país. De esta manera, se dictaron leyes agrarias que estipularon la desaparición de los latifundios y la restitución a los pueblos de las tierras de que habían sido injustamente privados durante el porfiriato; legislación protectora de la clase obrera; revisión de los códigos Civil, Penal, y de Comercio. La ley más destacada fue la del 6 de enero de 1915, que establecía las bases de la reforma agraria, petición fundamental de la revolución sobre todo de los grupos encabezados por Emiliano Zapata en el sur y Francisco Villa en el norte. De esta manera, la Revolución de 1910 se transformó en una verdadera revolución social. (Madrid, 2004, p.46)

La propuesta para la constituyente que presentaba Carranza consistía en reformar la Constitución de 1857, con lo que buscaba fortalecer exclusivamente el poder ejecutivo. Sin mayores cambios constitucionales, la propuesta, que no compartían otros sectores del movimiento que reivindicaban las pretensiones sociales de la Revolución, terminó en la incorporación de ideas, aspectos y derechos de contenido social como la que promulgaban los zapatistas, según lo afirma Brom (1998):

“En el Congreso Constituyente, que inicio sus sesiones el primero de diciembre de 1916, se enfrentaron dos tendencias fundamentales. El proyecto presentado por Venustiano Carranza mantenía casi sin cambios las disposiciones de la Constitución de 1857, pero dotaba de mayor fuerza al poder ejecutivo El bloque radical de “jacobino”, a su vez luchaba por incorporar a la ley fundamental una respuesta a las exigencias sociales levantadas durante la lucha.” (Brom, 1998, p. 265).

La Constitución de 1917 fue pensada con la pretensión de crear derechos que incorporara a los campesinos y obreros que eran el soporte de la Revolución. Según García (2002), estos actores fueron los más afectados por la exclusión, la desigualdad y la explotación, convirtiéndose en protagonistas de este proceso constitucional, lo que hizo que realmente esta Constitución fuera determinante en lo social:

“Si el Estado social mexicano quería ser un producto de la Revolución, debía recibir a los obreros y a los campesinos como protagonistas calificados de la destrucción y de la construcción, que el propio Estado debía encabezar, si no con las armas, si con las leyes, y la cabeza de todas la Constitución de la República. Esta, para ser genuinamente revolucionaria y verdaderamente mexicana, tuvo que ser también agrarista y obrerista; ese fue el signo distintivo de la Revolución, de la Constitución y del Estado social que nació de aquella época y se sostuvo con esta.” (García, 2002, p. 82).

En este mismo sentido, debido a la aparición y amplia protección de los derechos de contenido social, como el reconocimiento del derecho a la educación, la función social de la propiedad especialmente la tierra, la prohibición del latifundio, entre otros, determinaron la realización de reformas constitucionales y legales que materializarían los derechos propuestos en la Constitución:

“La verdad es que el proyecto de Carranza sufrió importantísimas modificaciones, de tal modo que la Constitución que promulgó el 5 febrero de 1917 fue, no una reforma a la de 1857 –aunque de ella herede principios básicos, como son: forma de gobierno, soberanía popular, división de poderes y derechos individuales-, sino una ley que, olvidando los límites del derecho constitucional clásico y vigente entonces en el mundo, recogió en sus proyectos los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, les dio forma y creó originales instituciones sociales y económicas en su beneficio. Esto se hizo patente, sobre todo, en la elaboración y aprobación de los Artículos 3, 8, 27, 123, 130 y 131 de la carta de Querétaro.”(Rabasa, 2002, p.84)

Por su parte, la Constitución de Querétaro fue proclamada teniendo como referencia el aspecto social. Entre los Artículos que plasmaron derechos o normas de esta concepción estaría el Artículo 3 que garantiza el derecho a la educación y aspectos relacionados como la libertad religiosa, la obligación de impartirse y la gratuidad que se tiene en los primeros años de estudio: “La enseñanza es libre; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa, ni ministro de algún culto, podrán

establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial. En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria.”(Diario Oficial República Mexicana, 1917)

Entre los aportes al constitucionalismo contemporáneo que realizó la Constitución mexicana se encuentra lo relacionado con la distribución de la tierra, plasmado en el Artículo 27, que plantea lo concerniente a la distribución de la propiedad privada como la tierra en las zonas rurales, los latifundios y los recursos naturales, precisamente, en el desglose, este Artículo destaca el interés para que los recursos del Estado sean de beneficio general, es el caso de los ciudadanos y campesinos que no posean tierras, a los cuales se les adjudicarían terrenos de una forma equitativa para que fuera trabajada en la producción de la agricultura.

## 1. Supremacía constitucional como nueva concepción del derecho

El Concepto de Constitución trajo consigo como primera medida, la pretensión de limitar el poder absoluto y las monarquías, como también pretendió garantizar algunos derechos por los cuales se daba un Estado más justo con sus ciudadanos. Para Aguiló (2004) a este nuevo surgimiento político se le conoce como constitucionalismo político:

Ahora bien, en mi opinión, la clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; en este sentido, la Constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males característicos de las dominaciones políticas (o, si no, no es Constitución). Aquí no puedo detenerme mucho en ello, pero piénsese simplemente que si la idealidad del Estado de Derecho, la del Estado liberal, la del Estado democrático y la del Estado social se consideran componentes agregados al constitucionalismo, es fácil darse cuenta de que el sentido de estos es respectivamente erradicar los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social. (Aguiló, 2004, pp. 38-39)

Es así como se observa que el concepto de Constitución empieza a tener un destacable impulso en los inicios del siglo XX con teóricos del derecho que reconocían en la Constitución el documento jurídico más importante, convirtiéndose en el soporte del Estado para su organización y el desarrollo del derecho interno:

“Esta norma recibe el nombre de norma <<constitucional>>; y la constitución representa, por relación a la ley, un grado superior del orden jurídico. La constitución es <<aplicada>> por la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se halla determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia judicial que la aplica.” (Kelsen, 2008, p. 306).

Esta importancia de la Constitución como el documento jurídico que estructura el Estado y el derecho, determina la aparición de constituciones en el transcurso del siglo XX, iniciando con la Constitución Weimar en Alemania, documento constitucional que se caracteriza por plasmar los primeros derechos de tipo social, que pretenden el bienestar de los ciudadanos en el contexto europeo:

La primera repercusión del principio del Estado social en el ámbito de los derechos consistió en la consagración de disposiciones de derechos de prestación en las Constituciones de los Estados [...] Sin embargo, hasta la segunda década del siglo XX no se gestó la tendencia a constitucionalizar en disposiciones específicas algunos derechos que implicaban deberes estatales de actuación [...] Es bien sabido que la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919 fueron precursoras en la inclusión de disposiciones de derechos de prestación [...] En la Constitución de Weimar, por ejemplo, se tipificó el derecho al trabajo (art 163), el imperativo estatal de prever y proveer los medios necesarios para afrontar las necesidades que emanan de la enfermedad y de vejez (art. 161) y el derecho de una vivienda saludable (art. 155). (Bernal, 2005, pp. 358- 359)

De igual forma como en la Constitución Alemana de Weimar, en Austria empezó a surgir la idea de crear una Constitución, ardua labor que fue asignada a uno de los teóricos destacados del derecho en el siglo XX, Hans Kelsen, quien se propuso crear garantías constitucionales para los ciudadanos y la organización del Estado desde una perspectiva democrática y jurídica; Kelsen realizó uno de los aportes significativos para el derecho constitucional, conformar un tribunal de índole constitucional, propuesta que hasta ahora sigue siendo uno de los referentes más importantes para la estructura estatal:

Después de haber dejado, a fines de octubre de 1918, el servicio militar y haber retomado mi vida académica, fui convocado por el doctor Kart Renner, canciller del gobierno provisional germano-austriaco, a su oficina, la cancillería estatal, para cooperar en la preparación de la Constitución definitiva austro-alemana. [...] En esto debía utilizarse como modelo, en tanto pareciera posible la Constitución de Weimar, que se encontraba igualmente en preparación. No obstante, lo último solo fue posible en una muy pequeña medida, pues Renner asumió en la solución del problema presidencial un punto de vista ampliamente más democrático al de la Constitución de Weimar, y porque su parte característica, la regulación de los derechos fundamentales, no fue tomada en consideración por nosotros [...] Mi propia tendencia era la de codificar los principios políticos que se me daban de una manera técnico-jurídica libre en lo posible de reparos y con esto construir garantías efectivas para la constitucionalidad de la función estatal.

Yo contemplaba como núcleo jurídico de la Constitución el aparte sobre garantías de la Constitución y la administración. En esta dirección pude conectar con instituciones de la vieja Monarquía: el Tribunal de Reich y el Tribunal Administrativo. El último podía

tomarse sin sustanciales modificaciones- el Tribunal de Reich se conformó como un genuino Tribunal Constitucional- el primero de este tipo en la historia del derecho constitucional. (Kelsen, 2008, pp. 129, 130, 131,132).

Pero no solamente las constituciones europeas fueron referentes en el constitucionalismo de inicios del siglo XX. La Constitución mexicana logra realizar ruptura con la concepción de la propiedad privada hasta ese momento dominante. Esta Constitución propone límites a la propiedad en la regulación estatal y las necesidades de los ciudadanos, el interés colectivo y general sobre el particular. Este postulado constitucional plantea no solamente el reconocimiento de derechos sociales sino también el reconocimiento de derechos colectivos que propenden por el bienestar de la sociedad y no solamente por el interés individual como se había promulgado en las constituciones anteriores, Francia y Estados Unidos, sino que estos aportes se realizarían desde América Latina para el constitucionalismo internacional:

..., la carta magna de 1917 es una Constitución social que impone una obligación de hacer al poder público en favor de las clases económicamente débiles. La Constitución Mexicana tiende a equilibrar los dos valores clásicos de la vida social, económica y política – la libertad y la dignidad del hombre- en un orden de justicia social, un orden que no solamente le garantice la libertad a un grupo minoritario, sino que extienda el goce auténtico de la vida humana a todas las clases y a todos los sectores de la población. (De la Madrid, 2004, p. 18).

Las propuestas constitucionales desde América Latina para el derecho constitucional global, se soportaron en desarrollos y prácticas jurídicas, restringiendo el aspecto teórico, mientras que en el contexto europeo la producción teórica del derecho se encontraba un poco más consolidada sin desconocer lo práctico, apareciendo aportes como el de Kelsen, que consideraba la Constitución como el fundamento para la creación de leyes, así permite definirlo Córdova (2009):

En la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico estructurado en diversos niveles, la norma fundamental es concebida como una norma sui generis diferente de todas las demás por dos razones. Ante todo, porque, siendo la norma que funda el entero ordenamiento jurídico, la Grundnorm no tiene a ningún poder colocado encima de si, y por tanto, su única tarea es la de establecer un poder creador de leyes, el llamado “poder constituyente”. (Córdova, 2009, p. 75)

En el mismo sentido, Córdova (2009) plantea que en la propuesta teórica de Kelsen la Constitución se considera la norma fundante o fundamental del ordenamiento jurídico, estructura la producción de las leyes que se crean en el parlamento y el gobierno, por lo tanto, deben de soportarse en los postulados constitucionales para que de esta forma las normas inferiores sean válidas para el derecho estatal, e igualmente plantea sobre la Constitución:

“..., establece los procedimientos de creación normativa, pero puede también determinar los contenidos fundamentales a los cuales las normas inferiores deberán ajustarse. Del respeto de los procedimientos y, en su caso, de los contenidos establecidos por la Constitución depende así la validez de las normas que componen un ordenamiento determinado. En tal virtud, una norma creada por un poder no autorizado (es decir, carente de una Ermächtigung), o bien creada por la autoridad competente, pero sin respetar los principios formales y sustanciales establecidos en la Constitución, debe ser considerada como inválida y por lo tanto nula, lo que equivale a decir que es jurídicamente inexistente.” (Córdova, 2009, p. 274)

Desde esta perspectiva, las Constituciones de Queretaro, Weimar y Austria, aportaron a la consolidación de este documento jurídico, debido a las contribuciones que realizaron para el Estado, la estructura jurídica y la sociedad. También es de considerar como relevantes los aportes de teóricos del derecho como Kelsen, quien, desde el desarrollo de sus postulados, referencia la Constitución como el documento más importante de todo el ordenamiento jurídico, postulado que se ha sido consolidado en la teoría constitucional contemporánea.

## 2. Jueces y control constitucional: Aportes desde Hans Kelsen

Entre los aportes más significativos de la teoría Kelseniana para el constitucionalismo, se encuentra el control de las leyes con el fin de proteger la garantía de la Constitución. Al respecto, Moreso (2012), plantea que Kelsen considera que desde la institución judicial se debe de crear un órgano centralizado, el tribunal constitucional:

“..., como es bien conocido Kelsen fue el arquitecto del modelo concentrado (centralizado) del control de constitucionalidad, que consiste en la creación de un tribunal especializado, una corte constitucional, como único órgano competente para velar por la constitucionalidad de las leyes. Esta institución fue inaugurada en la Constitución austriaca de 1920, que estuvo a su vez inspirada en la propuesta kelseniana; Kelsen además fungió como magistrado de dicha corte entre los años 1921 y 1930.” (Moreso, 2012, pp. 357-358).

Con la acción del control de constitucionalidad de las leyes asignada a la jurisdicción constitucional, Kelsen empieza a realizar ruptura con la concepción positivista de concebir al juez como simplemente aplicador del derecho, ya que considera al juez como el legítimo interprete de la Constitución:

“La naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad es justificada por Kelsen, además, con base en su

convicción de que la interpretación de la Constitución es una tarea estrictamente jurídica y, por esta razón, debe ser confiada a técnicos del derecho, como es el caso de los jueces.” (Córdova, 2009, p. 281).

La propuesta de Kelsen sobre el control constitucional se basa en que debe de ser un tribunal constitucional, es decir un órgano concentrado, quien realice el control constitucional, velando por la garantía de la de los postulados constitucionales, este tipo de control que se conoce como control de constitucional concentrado, difiere de lo construido por el constitucionalismo estadounidense, que desde el siglo XVIII deliberaba sobre la importancia de realizar una revisión de las leyes que creadas por el gobierno, no solamente por una Alta Corte como la destacada Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sino también por los distintos jueces del Estado que al considerar que ciertas leyes están en contra de la Constitución deben determinarse como inconstitucionales: “Los redactores de la Constitución de Nueva York concibieron la idea de un veto de demora, una suerte de ataque preventivo sobre las leyes potencialmente inconstitucionales. Los nuevos proyectos de ley eran sometidos a un consejo de revisión que consistía en el gobernador, el canciller y los jueces de altos tribunales con el poder de investigar la constitucionalidad de la legislación propuesta: el veto del consejo sólo podría ser revocado por una mayoría de dos tercios de ambas cámaras del legislativo. Madison aprobó fervientemente esta medida que promovió en una y otra ocasión en Kentucky, Virginia, y la Convención Federal”. (Kramer, 2011, pp. 82-83).

Según Kramer (2011), precisamente quien determina el control constitucional de una forma más directa a finales del siglo XIX sería Iredell, un jurista que se convertiría en juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, quien consideró entre las funciones de los jueces, reconocer la inconstitucionalidad de las leyes que estén en contra de la Constitución y de los ciudadanos:

“..., surgió del puño del futuro juez de la Corte Suprema James Iredell en 1786. Iredell estaba en esa época, representando a un cliente cuya propiedad había sido confiscada sin un jurado en un caso todavía pendiente en los tribunales de Carolina del Norte. Iredell publicó bajo un pseudónimo, como un elector, un ensayo en un periódico en el cual argumentaba a favor de la autoridad judicial para declarar la inconstitucionalidad de una ley nula; los tribunales fueron de hechos persuadidos, dado que al considerar el caso un año más tarde fallaron a su favor.” (Kramer, 2011, pp. 83-84).

Posteriormente, aparece en Estados Unidos referentes judiciales que consolidarían el control constitucional de las leyes como el reconocido caso *Marbury vs Madison*. En este caso se destaca principalmente la posibilidad de los jueces de dirimir conflictos frente a las leyes que entran en conflicto con la Constitución, y a la vez proteger los derechos de los ciudadanos estadounidenses:

“La importancia de *Marbury vs, Madison* es que por primera vez se anula ley federal, “partiendo de la observación elemental que hace el juez Marshall de que, cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; opta por esta segunda solución, que naturalmente juzga theveryessence of judicial duty.” (Muñoz, 2006, p. 16).

Por su parte, el referente de control constitucional austriaco y el control constitucional estadounidense fortalecieron los nacientes tribunales constitucionales europeos. Aunque la ley seguía predominando como la principal fuente de derecho, es así como varias de las reformas constitucionales que se presentaron durante el transcurso del siglo XX en los Estados europeos posibilitaron la creación de tribunales constitucionales que tenían entre sus funciones el control de las leyes que producía especialmente el parlamento:

Posteriormente, se crearía el Tribunal de Garantías de Constitucionales de España en 1931, el Tribunal Constitucional italiano en 1948, el Tribunal Constitucional alemán en 1949, el turco (1961) y el yugoslavo (1963) [...] A estos tribunales hay que agregar la creación del Consejo Constitucional francés en 1959, el Tribunal Constitucional Portugués en la Constitución de 1976, revisada en 1982, y en cierta medida el Tribunal Especial Superior griego en 1975. Este movimiento se extendió a Bélgica, con el Tribunal de Arbitraje (1983), y se ha desarrollado en Europa de Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991) Rumania (1991) y Bulgaria (1991). (Monroy, 2004, pp. 16-17)

La aparición paulatina del juez con funciones constitucionales, fue otro aporte significativo para el constitucionalismo del siglo XX. La práctica judicial se amplía a la interpretación de la Constitución, teniendo más preocupación por las necesidades de los ciudadanos que la simple acción de aplicación de la ley:

..., El dilema en que se vieron los jueces fue el siguiente: si continuaban aceptando la neutralidad política que provenía del periodo anterior, persistiendo en el mismo patrón de actuación clásico, reactivo, de microlitigio, podrían seguramente continuar viendo pacíficamente reconocida su independencia por los otros poderes del Estado, pero lo harían corriendo el riesgo de volverse socialmente irrelevantes y, con eso, podrían ser vistos por los ciudadanos como dependientes, de hecho, de los poderes ejecutivo y legislativo. (Santos, 2009, p.84).

En este sentido, Pérez (2013), plantea que las transformaciones en las funciones de los jueces, debido a factores como: los nuevos modelos de Estado que se implementaban, los aportes conceptuales y teóricos innovadores que provenían de la teoría del derecho, las reformas socioeconómicas nacionales y globales, fueron acogidas por parte de la estructura judicial; sin embargo, un sinnúmero de jueces consideraban debían mantener en su práctica profesional la percepción de que la Ley era el centro de la producción jurídica, rechazando las transformaciones que se impulsaban en el campo jurídico: “Aun cuando un buen número de jueces y abogados siguen imbuidos del positivismo legalista, el derecho mismo ha venido cambiando aceleradamente desde el segundo tercio del siglo XX y esos cambios son muy destructivos de la base que sustenta esa concepción del derecho.” (Pérez, 2013, p.68).

Se observa entonces que la estructura jurídica fue transformándose originando que los jueces, abogados y otros miembros de la profesión y del saber jurídico se fueran adaptando a las transformaciones del modelo de Estado de bienestar:

“... la “aplicación” del derecho regulativo conlleva unos niveles de complejidad tales que se desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación judicial sobre el que descansaba la teoría del derecho liberal que se impuso en nuestra tradición jurídica y nos obligan aperturas intelectuales, descubrimientos y a la renovación, incluso de los viejos “términos” con los que nos hemos acostumbrado a describir las formas y dinámicas del derecho.” (Calvo, 2005, p.32)

El juez como protagonista tanto en la aplicación de la ley como intérprete del derecho, determinaría un giro metodológico en la práctica judicial. Se pasa de una acción desde lo exegético a lo hermenéutico, interpretando la Constitución y los intereses de los ciudadanos respecto a la ley que produce el parlamento:

“Se presume que el papel del juez es actualizar la reglamentación conforme a los cambios legislativos que lo rodean; ya no es la ley la que se considera completa, es el sistema jurídico, percibido en su espíritu; ya no es el legislador histórico el que es tomado en consideración (ni tampoco el legislador actual): es un legislador atemporal, que corresponde a un sistema jurídico ahistórico y armónico.” (Ost y Van, 2001, p. 271)

Paulatinamente, para el constitucionalismo del siglo XX, el juez sería considerado creador del derecho, ampliando la participación judicial al resolver los conflictos de la sociedad por medio de la interpretación constitucional y jurisprudencial:

“La creación de derecho por conducto de la interpretación es herramienta valiosa frente a las situaciones sociales más problemáticas, aquellas donde la disparidad entre derecho puramente formal y derecho material puede ser más intensa, junto a los casos extremos donde la complejidad de los textos jurídicos o la concurrencia de graves deficiencias en las construcciones normativas las hacen indispensable [...] la tendencia del juez creador de derecho empieza a insinuarse de manera tímida, intentando establecer un equilibrio, que bien puede parecer un malabarismo, entre la noción de respeto a la integridad de los mandatos legales y el concepto de desarrollo del derecho por intermedio de la interpretación.” (Silva, 2001, p. 25)

Por su parte, las transformaciones de los modelos de Estado también impulsarían innovadores concepciones y teorías sobre el derecho, que determinarían cambios en la estructura jurídica, especialmente en la función del juez. Tales transformaciones empezaron de una forma paulatina, primero con la participación del juez en la interpretación de la Constitución, en un segundo momento, con un papel más activo por parte del juez al proteger los derechos de los ciudadanos. Arnud (2003) permite identificar que hacia el Siglo XIX, como consecuencia de la industrialización, ya se había terminado la reestructuración de todos los espacios sociales y que, ya para el siglo XX, se ha dado por terminado con lo que él llama “trastornos engendrados” por la globalización. Asimismo, plantea que así es la realidad con la que los juristas deben tratar, a la que se suman “las reestructuraciones económicas, financieras, sociales que se anuncian tan grandes que se puede prever que incluso el juez deberá, en un término más o menos breve, hacer frente a transformaciones que necesariamente tendrán impacto en la función de juzgar.” (Arnud, 2003, p. 17)

## Conclusión

Los aportes al Constitucionalismo del siglo XX, inicia con la proclamación de Constituciones en los inicios del siglo, teniendo como referentes importantes la Constitución de Austria (1919), Weimar (1920) en Europa y Querétaro (1917) en América Latina. Estas Constituciones se caracterizan por incluir en sus textos propuestas, como los derechos de contenido social que posteriormente se vería reflejado en el constitucionalismo contemporáneo con el reconocimiento de los derechos sociales en las Constituciones de la posguerra, como el trabajo, la libre asociación, la atención en salud y la vejez, la seguridad social, entre otras garantías que mejorarían la calidad de vida de los ciudadanos.

Otra de las contribuciones realizadas fue el control constitucional que se consagró en la Constitución austriaca. En esta Constitución se tiene como promotor al teórico del derecho Hans Kelsen, con la propuesta que buscaba que las leyes realizadas por el parlamento no contradijeran los presupuestos constitucionales. Aporte que no sólo se hizo en el ámbito europeo, sino también en Estados Unidos donde esta propuesta se desarrolló teniendo como referente el caso Marbury vs Madison. Se está ante un aporte que paulatinamente diera un espacio significativo al poder judicial en la estructura jurídica, ya que el juez empieza a realizar tímidamente una labor de interpretación judicial, pasando de ser un simple aplicador de la ley a un actor que analiza la constitucionalidad de las leyes.

El constitucionalismo de la primera mitad del siglo XX tiene sus aportes desde las Constituciones, el control constitucional, los derechos y el derecho internacional. Aportes esenciales para comprender el constitucionalismo contemporáneo y las teorías recientes del derecho constitucional que han transformado los modelos estatales y la misma concepción del derecho.

## Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses



## Referencias Bibliográficas

1. Aguilo, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá, Colombia: Temis.
2. Alarcón, G. (2007). *Estado de derecho, derechos humanos y democracia, pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*. Madrid, España: Dickinson.
3. Arnaud, A. (2003). *Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el siglo XXI*. En: *Sociología jurídica análisis del control y del conflicto sociales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
4. Benitez, V. (2014). *Constitución popular no judicial una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. Bogotá, Colombia: Temis, Universidad de la Sabana.
5. Bernal, C. (2005). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
6. Brom, J. (1998). *Esbozo de historia de México*. México D.F.: Grijalbo.
7. Calvo, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
8. *Constitución del Imperio (Reich) Alemán del 11 de agosto de 1919*. *Textos Constitucionales españoles y extranjeros*. Editorial Athenaeum. Zaragoza. 1930. Recuperado de: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/viewFile/4352/6476>
9. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857*. *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana*. 5 de febrero de 1917. Recuperado de: [www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf)
10. Córdova, L. (2009). *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
11. De la Madrid, M. (2004). *Los Valores en la Constitución Mexicana*. En: *Constitución, Estado de Derecho y Democracia*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
12. García, S. (2002). *Temas de Derecho*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
13. Kelsen, H. (2008). *Autobiografía*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
14. Kelsen, H. (2008). *Teoría General del Estado*. México D.F.: Ediciones Coyoacán S.A.
15. Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid, España: Marcial Pons.
16. Madrid, M. (2004). *Constitución, Estado de derecho y democracia*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
17. Monroy, M. (2004). *Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales de un Estado social de derecho*. En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
18. Moreso, J. (2012). *La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen*. En: *Ecoss de Kelsen: vida obras y controversia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
19. Muñoz, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá, Colombia: Legis.
20. Ost, F. & Van de Kerchove, M. (2001). *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
21. Pérez, R. (2013). *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
22. Rabasa, E. (2002). *Historia de las Constituciones Mexicanas*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
23. Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Colección en clave del sur. Bogotá, Colombia: ILSA.
24. Silva, G. (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia. Las practicas jurídicas*. Tomo II. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia e ILSA.