

ADOLF JULIUS MERKL, JURISTA CONSTITUCIONAL¹

Adolf Julius Merkl's contributions to constitutional law

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN

Tribunal Constitucional

I

El nombre de Adolf Julius Merkl (1890-1970) suele asociarse al de Hans Kelsen (1881-1973). Merkl fue cofundador y miembro principal de la escuela vienesa del positivismo jurídico. Contribuyó a la teoría pura del derecho con obras importantes y fue el primero, principal y más ortodoxo discípulo de Kelsen, al que permaneció fiel, en lo personal y lo dogmático, hasta el final de sus días, aunque los acontecimientos políticos les separaran físicamente a partir de 1932.

II

Merkl nació en Viena el 23 de marzo de 1890. Pasó su infancia en una pequeña localidad de Baja Austria, Naßwald an der Raxalpe, a 75 kilómetros de la capital imperial, en la que se ubicaba la academia forestal de la que su padre era director². En 1908 comenzó a estudiar derecho y filosofía en Viena. Cursó Derecho Público con Edmund Bernatzik (1854-1919), a quien dedicó sus primeras monografías, y con Hans Kelsen, con el que conectó inmediatamente desde la primera clase que este impartió en 1911 como profesor recién habilitado.

En 1913 obtuvo el grado de doctor. Tras un periodo de prácticas en la administración de justicia, con vistas al acceso a la carrera judicial, en 1915 se

¹ A. J. Merkl (1993-2009). *Gesammelte Schriften* (3 vols. en seis tomos). Berlín: Duncker & Humblot. Edición a cargo de D. Mayer-Maly, H. Schambeck y W. D. Grussmann.

² Para una introducción a la vida y obra de Merkl, véase Grussmann (1989): este libro incluye una bibliografía cronológica de sus publicaciones. Un amplio bosquejo de la peripecia vital y obra de Merkl ofrece en castellano Fuertes (1998). Una visión enteramente personal proporciona Leser (2011).

decidió por la carrera administrativa, que completó en el Ayuntamiento de Viena con veintiséis años. Posteriormente se incorporó al Ministerio austriaco de Comercio y en 1918 a la Administración imperial, en concreto en la Oficina de Derecho del Estado de la Presidencia del Consejo de Ministros. Ante el próximo fin de la guerra, es destinado, con eficacia desde el 2 de noviembre de 1918, a la nueva Cancillería estatal dirigida por el socialdemócrata Karl Renner, desde donde fue testigo de la histórica sesión del Consejo de Ministros en la que se aprobó el proyecto de ley de proclamación de la República. Entre las principales tareas del nuevo Canciller estaban la redacción de la Constitución y la negociación y ejecución del tratado de paz con las potencias vencedoras. La capital participación de Kelsen en la redacción de la Constitución de 1920, a las órdenes de Renner, es conocida. También intervino Merkl en esa redacción desde su puesto en la Cancillería, y, en la etapa final, llevó las actas de las sesiones en la Comisión constitucional; aunque debido a la falta de fuentes directas y a su modestia personal no ha sido posible precisar sus aportaciones al texto final.

En 1919 obtuvo en la Universidad de Viena la habilitación para la enseñanza de las asignaturas Teoría General del Estado, Derecho Constitucional Austriaco, Teoría Administrativa y Derecho Administrativo Austriaco, con un trabajo titulado «La Constitución de la República de Austria Alemana», que se publicó ese mismo año en forma de libro (Merkl, 1919). En 1921, siendo Kelsen decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, Merkl fue nombrado profesor extraordinario de la facultad, en 1930 profesor ordinario por el ministerio de Educación y en 1932 profesor ordinario de la facultad jurídica vienesa, justamente para sustituir a Kelsen, que debido a la hostilidad creciente se había trasladado a la Universidad de Colonia. En 1938, tras el *Anschluss*, el régimen nacionalsocialista le privó a Merkl de su cátedra, lo que le obligó a trasladarse a una vivienda más pequeña, de modo que tuvo que renunciar a parte de su amplia biblioteca. En 1941 se le permitió aceptar una cátedra en la Universidad de Tubinga. En 1950 regresó a Viena: por el grave problema de vivienda de la ciudad tuvo que residir con su esposa en una modesta vivienda en las afueras de Viena en la que de nuevo carecía de espacio para sus libros, situación que afrontó con buen ánimo por la felicidad que le procuraba el disfrute del jardín. Emérito en 1960, continuó su labor docente hasta 1965 y sus publicaciones, hasta su fallecimiento en 1970.

III

Merkl no solo contribuyó a la teoría pura del derecho con aportaciones singulares: fue un jurista fecundo y muy completo, con obras importantes en

diversas disciplinas. La culminación de la edición de sus obras completas que queremos presentar en estas páginas permite a los estudiosos de varias disciplinas acceder a una extensa y rica obra, que hasta hace unos años estaba diseminada en numerosas revistas y volúmenes publicados a lo largo de casi siete décadas³.

La edición de sus obras completas, iniciada con un primer tomo en 1993 y completada con un sexto y último tomo en 2009, recoge todos los trabajos de Merkl —más de trescientos— que no fueron publicados como libros de su autoría o coautoría. Comprenden tres volúmenes, cada uno de los cuales se divide en dos tomos, que ordenan las publicaciones por disciplinas: el volumen 1 recoge los trabajos dedicados a fundamentos del derecho (36 trabajos relativos a filosofía del derecho y a teoría del derecho y 55 a teoría del Estado y teoría política), el volumen 2 comprende 101 trabajos referidos a derecho constitucional y 34 a derecho internacional, el volumen 3 incluye 100 estudios dedicados a derecho administrativo general y especial, 25 textos de *laudatio* y 18 de miscelánea.

No siempre es fácil clasificar una publicación en una concreta disciplina. El mismo tema puede ser abordado en publicaciones incluidas en una y otra sección de las obras completas, en función de la perspectiva prevalente. Así, unos estudios sobre el derecho de autodeterminación, la incorporación de Austria a Alemania o el *Anschluss* de 1938 se incluyen en la sección de derecho constitucional, y otros en la de derecho internacional. La misma dificultad atañe a la delimitación entre derecho constitucional y teoría del Estado, sección esta última reunida en el tomo I/2 y en la que se incluyen las recensiones a diversas obras de Kelsen y trabajos sobre la Ley Fundamental de Bonn, el Estado corporativo, las minorías o las nacionalidades en la etapa imperial. Es importante tenerlo en cuenta, porque la edición carece de índices analíticos u onomásticos o de referencias cruzadas entre los artículos que, incluidos en secciones distintas, se refieren al mismo tema.

IV

Muchas disciplinas y muchos temas atrajeron la atención de Merkl, desde el estudio de las cuestiones dogmáticas y fundamentales y el análisis de la política constitucional a la promoción de las causas más diversas como la unión de Austria y Alemania, la lucha contra el consumo de alcohol y la protección jurídica de la naturaleza. La valoración de su ingente obra es un gran

³ Las referencias a las obras completas que se contienen en el texto indican el volumen (en números romanos) y el tomo (en números arábigos), más la página correspondiente.

reto para el moderno estudioso, que, víctima de la especialización, no se mueve con seguridad en tantas materias. Parece seguro afirmar que sus principales aportaciones versan sobre la teoría del derecho, el derecho administrativo y el derecho constitucional.

Sus aportaciones a la teoría del derecho son, probablemente, las más conocidas, pues es el campo con el que más habitualmente se le identifica. Sobre todo es notoria su asociación con la teoría pura del derecho. Y, ciertamente, sus trabajos más importantes en este ámbito (sobre la interpretación, la aplicación, etc.) ya han sido difundidos con anterioridad en diversas obras recopilatorias de trabajos referidos a la teoría pura del derecho, tanto en alemán⁴ como en italiano⁵. La presente edición de las obras completas incluye, naturalmente, todas esas publicaciones, tanto las publicadas anteriormente como las menos conocidas. Destacan, entre otros muchos, los trabajos de Merkl sobre la construcción escalonada del derecho, que tanto influyó en la obra de Kelsen⁶, uno de los cuales, por cierto, el último publicado, dispone de una versión castellana (Merkl, 2004/2005). Debe recordarse que, además de los trabajos incluidos en las obras completas, en este ámbito sobresale su monografía sobre la eficacia jurídica (Merkl, 1923), que sigue despertando el interés de la doctrina actual (Fischer-Lescano, 2013; García Cadore, 2013). La concepción positivista que se expresa en esa obra en relación con la revocación de los actos administrativos tuvo inmediata plasmación en las disposiciones que sobre la materia se incorporaron a la ley austriaca de procedimiento administrativo de 1925, ley pionera en el mundo y que influyó mucho en los Estados sucesores de la monarquía danubiana.

Para los administrativistas, su tratado de derecho administrativo general, publicado en 1927 y reeditado en 1969, constituye un hito importantísimo (Merkl, 1927). El autor se propuso, con dicha obra, una explicación universalmente válida de la parte general del derecho administrativo que prescindiera del derecho positivo, una especie de «teoría pura del derecho administrativo», pretensión dogmática que obviamente atrajo el interés de los estudiosos fuera de las fronteras austriacas. En 1931-1932 se publicó una traducción al checo en dos tomos, y en 1935 una traducción al castellano

⁴ Klecatsky, Marcic y Schambeck (1968). El volumen 1 de esta obra incluye quince trabajos de Merkl, y el volumen 2, once, de los cuales seis versan sobre derecho público. En 2010 se publicó una nueva edición de la misma obra, también en dos volúmenes, con los mismos editores literarios y el mismo título: Klecatsky, Marcic y Schambeck (2010).

⁵ Geraci (1987). La obra incluye diez textos de Merkl.

⁶ Al respecto véase Behrend (1977) y Paulson (1990).

(Merkl, 1935a), reeditada en México en 1980 (Merkl, 1980) y en España en 2004 (Merkl, 2004). Se reconoce la influencia de Merkl en las dogmáticas austriaca y alemana del derecho administrativo (Jablonek, 1990; Dreier, 1990). Robert Walter escribió que, para un administrativista con conciencia metodológica, la referida obra constituye «una cima y un punto final» (Walter, 1990: 23).

Las obras completas corroboran que la obra administrativa de Merkl es amplia y variada y que no se circunscribe al citado tratado. Entre los trabajos de derecho administrativo especial destacan los referidos al tema forestal y a la protección de la naturaleza⁷. Merkl era un gran enamorado de la naturaleza, no en vano había crecido en una pequeña localidad rodeada de bosques. Como consecuencia de un trabajo publicado en 1923 (III/1, pp. 665-674), le encargaron el anteproyecto de la primera ley austriaca de protección de la naturaleza, aprobada por el Parlamento de Baja Austria en julio de 1924, y que incluía la protección de los monumentos naturales, el paisaje, la fauna, la flora y las reservas naturales; esa legislación influyó en la ley alemana de protección de la naturaleza de 1935.

En cambio, sus aportaciones al derecho constitucional parecen ser sus obras más desconocidas, sobre todo para los estudiosos no austriacos. El motivo básico puede ser que carece de una monografía (tan) contundente como las escritas en el ámbito de la teoría del derecho y el derecho administrativo. Publicó varios libros sobre derecho constitucional, pero estas monografías no tienen la pretensión sistemática y dogmática de otras de sus obras: están apegadas al derecho constitucional austriaco y, además, se refieren a etapas constitucionales pretéritas, como el régimen provisional de la República de Austria Alemana (Merkl, 1919), el régimen constitucional de 1920⁸ y el régimen autoritario-corporativo de 1934 (Merkl, 1935; Merkl, 1938). Aunque carezca de una obra emblemática y significativa, un «Derecho constitucional general» o una «Teoría de la Constitución», que le sirva de carta de presentación para los cultivadores no austriacos del derecho constitucional⁹, ello no

⁷ Al respecto puede verse Unkart (1990).

⁸ Kelsen, Froehlich y Merkl (1922). En el prólogo original de la obra, Kelsen se refiere a la importante contribución de los otros dos autores, pero en la obra no se documenta la parte correspondiente a cada uno.

⁹ Su capacidad para ello está fuera de discusión. Sobre los motivos de por qué no se decidió a ello solo cabe especular. Schäffer (1990: 211) alude a los siguientes: la dinámica de la evolución jurídica (nótese la profusión de cambios constitucionales tanto en Austria como en Alemania), la historia personal y factores psicológicos, en especial su alto aprecio y admiración por Kelsen.

debe menguar el interés en conocer también su prolífica producción jurídico-constitucional. Incluso aquellas publicaciones que «meramente» exponen y valoran políticamente los abundantes cambios constitucionales que se sucedieron en Austria en la primera mitad del siglo xx tienen el valor y la importancia de esclarecer el contexto histórico-político, la génesis y los objetivos de los promotores de esos cambios constitucionales. Una producción científica que, si bien mantiene el rigor jurídico que destilan sus obras más conocidas, cede mayor espacio a las consideraciones filosóficas, a la situación político-constitucional del momento y a sus propias posiciones políticas. El objetivo de las restantes páginas de esta reseña será ofrecer al lector un esbozo, inevitablemente parcial, de los principales temas y argumentos presentes en la obra jurídico-constitucional de Merkl.

V

Como ya se indicó, el volumen 2 (dividido en dos tomos) de las obras completas recoge un total de 101 trabajos considerados de derecho constitucional, que comprenden un total de 1 291 páginas. La mera lectura de los títulos de los trabajos ofrece un vademécum de historia constitucional austriaca entre 1915 y 1970: la monarquía, la Constitución provisional de 1918, la definitiva de 1920, las reformas constitucionales de 1925 y 1929, el Estado autoritario-corporativo, la anexión por Alemania y la restauración de la República. En los escritos publicados en épocas tan diversas, Merkl conservó siempre su independencia y su espíritu crítico.

La primera publicación de Merkl fue un artículo, publicado en varias entregas a partir de 1915, sobre la potestad reglamentaria en época de guerra: en él se refiere críticamente al uso inconstitucional de dicha potestad por el emperador, al problema de la jerarquía entre los diferentes tipos de reglamentos y al sometimiento de los civiles a la Administración militar, entrega esta última que fue censurada y que no vio la luz de forma íntegra hasta 1919 (II/1, pp. 3-69). Quien era un mero candidato a funcionario estatal, y en un país en guerra, se atrevía a publicar una contundente y razonada crítica, en términos estrictamente jurídicos, al ejercicio del poder, entre otros, del jefe del Estado. En este primer artículo se vislumbra ya la madura personalidad jurídica de Merkl: una amplia perspectiva sobre la situación jurídica, una comprensión profunda de los problemas y una capacidad consecuente para su resolución; y, desde el punto de vista del contenido, aparecen sus grandes temas: su postura positivista, su doctrina sobre el carácter escalonado del derecho, su concepción sobre la eficacia jurídica, su teoría de la interpretación, etc. (Walter, 1990: 12).

Durante la primera República (denominada de «Austria Alemana» hasta julio de 1919), que tanto contribuyó a conformar desde su puesto administrativo, dedicó numerosos trabajos doctrinales a analizar la Constitución de 1920, cuyo texto calificó, en un temprano escrito publicado en Suiza ese mismo año, como «quizá la obra relativamente más perfecta desde el punto de vista técnico-formal, elaborada finamente desde los puntos de vista jurídico y probablemente también estilístico, entre las modernas codificaciones constitucionales» (II/1, p. 278). La mitad de la centena de trabajos agrupados en la sección de derecho constitucional se refieren al periodo 1920-1938¹⁰.

A la temática federal dedicó diversos trabajos. Las ideas de Merkl no son originales, coinciden con las de la centralista escuela positivista vienesa y con la incipiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional austriaco. Ilustran a la perfección su rigor conceptual, siempre preocupado en separar lo jurídico de lo político, a la vez que su posición moderada y realista. Considera que el concepto «Estado federal» es ambiguo, pues puede designar a una amplia variedad de sistemas estatales, con las mayores diferencias imaginables en punto al carácter unitario. Determinar si un Estado constituye un Estado unitario descentralizado o un Estado federal centralizado (uno de los debates de la época) es un problema estéril; valorar el grado de federalismo de una constitución, un ejercicio de subjetivismo. Su escepticismo jurídico-dogmático hacia el concepto no le impide una valoración positiva de la importancia de la idea federal como principio político, que concibe como compromiso entre el Estado unitario y la unión de Estados y como forma de división de poderes. La función política esencial del Estado federal reside en el equilibrio entre fuerzas concurrentes y en el establecimiento de niveles sociales intermedios entre el individuo y la sociedad estatal. Como las demás «leyes arquitectónicas» de la Constitución de 1920 (republicanismo, democracia, etc.), tampoco el principio federal es un fin en sí mismo, sino que está al servicio de un fin superior. Como la teoría pura del derecho, Merkl se adscribe a la concepción monista del Estado federal y rechaza la pretendida «estatalidad» de los *Länder*: en un Estado puede haber más de un legislador, pero eso no implica que detrás de cada legislador exista una estatalidad diferente.

Más centralista que federalista, no absolutizaba el centralismo y no consideraba que fuera el único criterio a tener en cuenta. Combatió las «sentimentalidades» que dominaban en los dos extremos ideológicos: de un lado, el rechazo emocional del Estado federal; de otro, la visión del Estado federal como un Estado de Estados. Rebatía las críticas políticas y teóricas

¹⁰ Una valoración de las publicaciones jurídico-constitucionales del periodo puede verse en Mayer (1990); Schäffer (1990); Leser (1990).

al modelo federal diseñado en la Constitución de 1920, y defendió el compromiso alcanzado como ejercicio de realismo histórico y político. Y al mismo tiempo justificó que, a diferencia de los poderes legislativo y ejecutivo, todo el poder judicial quedara en manos de la federación: mientras otros Estados federales habían surgido de uniones de Estados, la República austriaca —sostenía— había nacido de un Estado unitario y había heredado un amplísimo aparato burocrático que no se podía y no se debía inutilizar. Desde ese realismo político considera erróneo plantear que los esfuerzos descentralizadores austriacos hubieran pretendido continuar con una tradición federal o aproximarse a otros Estados federales: simplemente se adaptó al inusual tipo de Estado federal centralizado (II/1, p. 564).

Valoró positivamente cada una de las reformas constitucionales que reforzaban el centralismo: por ejemplo, la reforma constitucional de 1925 que privó a los *Länder* de ciertas competencias legislativas, a cambio de un incremento sustancial de las competencias ejecutivas. Sin dejar de observar que la centralización también tenía sus desventajas, como impedir las iniciativas avanzadas de algunos *Länder*, poniendo como ejemplo la legislación modélica de Baja Austria en las materias relacionadas con la cultura del *Land* en general y el patrimonio forestal en particular (II/1, p. 569). La reforma constitucional de 1925 le llevó a utilizar expresiones desmitificadoras e incluso provocadoras frente a quienes se quejaban del alto nivel de descentralización, calificando al sistema austriaco como «cumbre del unitarismo» entre las constituciones federales del mundo (II/1, p. 592) o «Estado unitario encubierto, con indumentaria algo federalizante» (II/1, p. 563) y equiparando a los *Länder* austriacos con las provincias de Prusia, en lugar de con los *Länder* del *Deutsches Reich* (II/1, p. 594). Posteriormente, siguió abogando por la racionalización del orden competencial, que desde el punto de vista técnico consideraba la parte más cuestionable de la Constitución (II/1, p. 743) y criticó por el mismo motivo el casuismo introducido en la reforma constitucional de 1929 (II/2, pp. 66-68, 116-128).

A pesar de su escepticismo jurídico-dogmático hacia el concepto, postuló dos elementos básicos definitorios del Estado federal. El primer elemento definitorio es que el Estado federal implica una descentralización de la competencia legislativa; a su juicio, el alcance de las competencias legislativas descentralizadas es una cuestión de gran relevancia material, pero no determinante para la estructura federal del Estado. El segundo elemento definitorio del Estado federal es la participación de los *Länder* en la legislación federal.

La distribución de competencias es, sin duda, un tema central relevante en cualquier Estado compuesto. En 1921 Merkl publicó un importante trabajo sobre la cuestión desde una perspectiva dogmática y teórica (II/1, pp.

299-320). Su tesis es que una perfecta delimitación de competencias, que excluya el solapamiento de competencias y no redunde en competencias concurrentes, constituye un ideal irrealizable. El artículo se dedica más bien a explicar por qué es una cuestión irresoluble desde el punto de vista de la moderna técnica normativa. Advierte que una Constitución no se rige por un criterio de lógica jurídica; también sirve para equilibrar las contradicciones políticas y racionalizar lo irracional. Considera un acierto que, para resolver el problema del posible solapamiento, la Constitución austriaca no haya previsto la regla de la prevalencia del derecho federal, como habían hecho otros Estados federales (por ejemplo, art. 13 de la Constitución de Weimar). Pues, o bien la legislación estatal no llega a adoptarse en caso de que pueda concurrir con la federal, o bien al legislador estatal le corresponde sin duda alguna un determinado ámbito normativo que, sin embargo, por vía de la prevalencia, puede ser asumido por el legislador federal. Y se muestra escéptico sobre la posibilidad de que la jurisdicción constitucional pueda ofrecer solución alguna a este respecto, pues considera un abuso competencial pretender convertir las competencias «dobles» en competencias simples. Descarta asimismo que pueda calificarse de inconstitucional el ejercicio simultáneo o sobrevenido de las competencias concurrentes. Para Merkl no hay otra solución que dejar que el aplicador del derecho decida cuál de las dos leyes concurrentes ha de aplicarse al caso concreto. Aunque algunos de sus presupuestos conceptuales requieren afinamiento (no es lo mismo la concurrencia competencial que el solapamiento en la formulación de los enunciados de las normas competenciales, que requiere concretar el alcance de las materias atribuidas a cada entidad, o la coincidencia de distintas competencias en un mismo espacio físico) o, simplemente, revisión (el escepticismo respecto a la posibilidad de interpretación racional de las normas competenciales), el trabajo de Merkl sobrepasa todavía por su capacidad analítica.

Aunque no perteneció a un partido político, su posición política se adscribía inequívocamente al campo liberal-nacional. Un artículo de prensa suyo de 1929 sobre los proyectos de reforma constitucional comenzaba así: «Quien piensa en términos de la Gran Alemania, solo puede ver el sentido de una Constitución para Austria, que solo contra la voluntad de la mayoría de sus ciudadanos es un Estado soberano, en establecer una regulación de urgencia para el periodo transitorio hasta la vuelta a casa de Austria al *Deutsches Reich*» (II/1, p. 761). A pesar de tener en alta estima la calidad técnica del texto constitucional y a pesar de su recurrente defensa de los valores fundamentales de la Constitución austriaca, las dos últimas líneas de la mayor parte de sus publicaciones sobre temas constitucionales afirman invariablemente la provisionalidad de la Constitución austriaca y expresan sus deseos de una pronta

incorporación de Austria a la nación alemana, al *Deutsches Reich* o a la obra de Weimar, según los casos¹¹ La adecuación a dicho objetivo era, además, uno de los criterios con los que valoraba materialmente cada elemento y cada modificación del sistema político-constitucional austriaco. Muy probablemente en sus valoraciones desmitificadoras de la posición de los *Länder* influía también la perspectiva político-constitucional: para la incorporación de Austria al *Deutsches Reich* la opción más sencilla era la configuración de Austria en su conjunto como nuevo *Land* alemán, para lo que resultaba conveniente ir reduciendo los existentes *Länder* austriacos a meras entidades administrativas. De fuertes convicciones democráticas, consideraba, no obstante, que esa incorporación solo podría realizarse por la vía de la reforma constitucional, para lo cual era imprescindible el acuerdo con la oposición¹².

En publicaciones científicas y en la prensa se opuso enérgicamente a los planes gubernamentales de reforma constitucional de carácter autoritario que se pretendían introducir en 1929. Finalmente, la reforma constitucional de 1929 no alteró de forma radical la Constitución de 1920. Con todo, calificó de derogaciones del principio del Estado de derecho los nuevos poderes reglamentarios autónomos del presidente federal y de las autoridades policiales y la habilitación para la intervención autónoma del Ejército (II/2, pp. 128-152). Y, cuando la República empezó a desviarse cada vez más del diseño original, sobre todo a partir de marzo de 1933, sus artículos en prensa y en revistas científicas no cesaron en las denuncias. Así, habiendo criticado previamente las medidas de la reforma de 1929 referidas al Tribunal Constitucional, que pretendían reformarlo con el pretexto de despolitizarlo, criticó duramente la exclusión del control de normas del objeto de su jurisdicción y su posterior conversión en una Sala del Tribunal Supremo (II/2, pp. 21-27, 69-76, 219-231, 239-254). También censuró la atribución de poderes reglamentarios extraordinarios al Banco Central (II/2, pp. 161-174), la utilización de los poderes económicos extraordinarios para tiempo de guerra (II/2, pp. 197-209) y la restricción de las libertades de prensa y de reunión (II/2, pp. 211-214, 215-218). En otros artículos sale al paso de las ideas que sobreolaban el espacio público, como cuando excluye para Austria la constitucionalidad de un estado de excepción, que otros ilustres juristas admitían (II/2, pp. 77-85), o

¹¹ Un deseo que también compartía con Kelsen, cuya exposición del derecho constitucional austriaco concluía afirmando que más fuerte que la propia Austria era su deseo de quedar absorbida por la patria alemana: véase Kelsen (1923: 238).

¹² Schäffer (1990: 193), que se basa en Ermacora (1981), el cual analiza un memorándum de Merkl para una reforma constitucional para un partido político que promovía la unión con Alemania, hallado en un archivo.

discute la legitimidad de la dictadura (II/2, pp. 181-184). Consideraba que la reforma constitucional de 1929 solo había significado una victoria temporal, y no se hacía ilusiones sobre lo que estaba por venir.

Veamos un ejemplo del estilo y el tono enérgico de las intervenciones públicas del autor en este periodo. Así comenzaba un artículo publicado en la prensa cinco días después del funesto día 4 de marzo de 1933¹³ en el que una desafortunada dimisión en cadena —primero— del presidente (Karl Renner) y —seguidamente— de los vicepresidentes del Parlamento federal por una cuestión menor de orden parlamentario sirvió de perfecta excusa al Gobierno autoritario para clausurar inmediatamente el Parlamento: «Bajo la impresión inmediata de la sanción plebiscitaria de un régimen dictatorial en el *Deutsches Reich*, a los anuncios y amenazas de dictadura expresados durante años les han seguido ahora los primeros hechos también en Austria». Más abajo señalaba que, cuando las medidas autoritarias invocan de forma recurrente la Constitución y se reprocha a sus críticos una comprensión deficiente de ella, «entonces la doctrina científica no influida por la política de partidos tiene la obligación de honrar a la verdad y no dejar que le pongan paños calientes». Y termina así: «Justamente en semejantes días de crisis de ninguna manera le es permitido callar a un profesor de derecho constitucional leal a la Constitución, sino que es su obligación utilizar el pedazo de libertad política que todavía hoy Austria posee, sobre todo la libertad de ciencia y la ya afectada libertad de prensa, para mostrarles a quienes están en el poder y que hace doce años votaron en la Asamblea Nacional constituyente a favor de la actual Constitución e incluso la juraron, que ojalá no sea una palabra sin contenido vinculante, hasta qué punto se ha desviado ya de la Constitución el curso actual» (II/2, pp. 237-238).

En el mismo día y diario, en una columna titulada «Ser o no ser del Tribunal Constitucional», se pronuncia específicamente como «jurista constitucional con cátedra universitaria» sobre «la cuestión constitucional más controvertida de estos días», la «reforma» (¡las comillas en el original!) del Tribunal Constitucional, y declara que sería «ciertamente una ironía de la historia, que la República perdiese de forma indefinida este garante de la Constitución, cuando ningún gobierno de su Majestad se atrevió a poner en cuestión, a pesar de una actividad jurisdiccional a menudo incómoda, la existencia y la composición de su predecesor, el Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*), que se contaba entre las instituciones jurídicas más intocables de la monarquía» (II/2, pp. 233-236).

Debe tenerse en cuenta que, en 1929, Merkl todavía no había accedido a una cátedra, por lo que sus manifestaciones críticas en esos años podían

¹³ Al respecto puede verse Leser (1986: 289-292).

haberle ocasionado serias dificultades en el plano profesional. Sin embargo, como vimos más arriba, ello no le impidió acceder a la condición de catedrático en 1930 y obtener una cátedra en Viena en 1932; y en 1934 le ofrecieron incluso un puesto de magistrado en la nueva Sala de la constitucionalidad del Tribunal Supremo, que declinó en coherencia con sus escritos críticos.

Bajo la dictadura de Dollfuß, en numerosos trabajos y artículos periodísticos criticó la Constitución corporativa-autoritaria de 1934, la supresión de libertades (incluyendo un estudio sobre la creación del campo de detención sin orden judicial de Wöllersdorf, recogido en la sección de derecho administrativo especial, tomo III/2, pp. 143-161), el autoritarismo del régimen, así como la desviación de sus presupuestos ideológicos, que se encontraban en la Encíclica «Quadragesimo anno» (trabajos estos últimos incluidos en la sección relativa a teoría del Estado y teoría política, I/2)¹⁴. En 1934 escribió lo siguiente sobre el hundimiento de la democracia: «La democracia, instaurada en 1918 y consagrada en 1920 con toda solemnidad y con la mejor fe de todos los que participaron en el texto constitucional, era un baluarte de papel. La causa de fallecimiento de esta democracia constitucional fue, en última instancia, que era una democracia sin demócratas formados y convencidos, quizá incluso que era una democracia sin demócratas»¹⁵.

Sus publicaciones jurídico-constitucionales recorren, en suma, medio siglo de historia constitucional austriaca, pero sobre todo cubren ampliamente la época de la primera República (1918-1938), con sus tres fases principales, la Constitución provisional de 1918, la Constitución de 1920 y sus reformas, y el régimen autoritario-corporativo de 1934. Para estos tres periodos constitucionales, los estudios de Merkl son imprescindibles, no solo por ser atento observador de la época sino también por ser un gran jurista constitucional.

VI

Junto a los citados bloques temáticos, existen unas líneas menores también interesantes: la incorporación de Austria a Alemania como tarea constitucional, la aplicación del derecho de autodeterminación en diversos contextos

¹⁴ Para un análisis general de sus trabajos sobre el régimen constitucional autoritario instaurado en 1934, véase Leser (1990).

¹⁵ Merkl (1934: 157), citado por Schäffer (1990: 210): el trabajo de Merkl no se incluye en las obras completas, aparentemente por formar parte del contenido de la monografía Merkl (1935b).

(Vorarlberg, Austria, los alemanes de los Sudetes, etc.), y el dilema entre burocratización y democratización de la Administración.

Entre las publicaciones sobre derecho constitucional se incluye un trabajo, publicado en 1920 en una revista jurídica suiza, sobre el derecho de autodeterminación de Vorarlberg (II/1, p. 263)¹⁶, pequeño *Land* austriaco que, por un breve periodo de tiempo inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, acarició la idea de abandonar la empequeñecida y empobrecida Austria y unirse a Suiza. Se llegó incluso a celebrar un referéndum, el 11 de mayo de 1919, que arrojó una amplia mayoría a favor de la incorporación a Suiza. Tras dos años de tiras y aflojas, la idea fue enterrada, pues Suiza dejó claro que no estaba en absoluto interesada en el tema sin contar con el apoyo de las potencias y el consentimiento de Austria (Widmer, 2008: 197-198). El estudio de Merkl, un liberal-nacional vienés partidario de la reunión en un mismo Estado de los alemanes del Reich y de Austria, se caracteriza por un análisis objetivo y desapasionado: disocia la cuestión jurídica de la política y emprende su análisis, «no como austriaco y no como admirador de Suiza, tampoco desde la perspectiva del en tantos aspectos estimable Land de Vorarlberg, sino sencillamente como jurista». Considera que el derecho a la autodeterminación pertenece al ámbito del derecho natural y no al del derecho positivo, que le resulta contrario si no enemigo, y lo vincula con el *ius resistendi* del derecho natural. Esta caracterización, afirma Merkl, no implica un juicio de valor, tampoco una sentencia, menos una negación. La postura de Merkl con respecto al derecho natural era menos escéptica que la de Kelsen: consideraba que los principios de derecho natural tienen una función cultural y sirven como fase preparatoria de las instituciones jurídico-positivas, como se corrobora —a su juicio— con las instituciones constitucionales de las modernas democracias que, antes de su realización jurídico-positiva, se fomentaron desde el derecho natural en contraposición a la realidad absolutista de los Estados. Después de analizar su titularidad y su contenido, desde la perspectiva iusnaturalista, concluye que, en el caso de Vorarlberg, no puede invocarse el referido derecho, pues no se corresponde a simple vista con el tipo ideal de autodeterminación, que es la autodeterminación nacional. Solo puede plantearse como la posibilidad de que, como la nación alemana no está organizada estatalmente de forma unitaria, los alemanes de un Estado puedan unirse a los alemanes de otro Estado alemán. Pero entonces también debería reconocerse en el sentido inverso. Por eso, termina concluyendo que, si

¹⁶ Como ya se indicó en el texto, otros trabajos sobre el derecho de autodeterminación se incluyen en la sección de derecho internacional: por ejemplo, un estudio sobre la lucha por el derecho de autodeterminación de los alemanes de los Sudetes (II/2, p. 639).

se racionaliza el derecho de autodeterminación nacional, de modo que la situación de equilibrio frágil entre Estados se reconduzca a una situación estable, con respecto a esa pretendida interpretación del derecho de autodeterminación deberá decirse con el poeta: «La razón se convierte en sinrazón, la virtud en plaga»¹⁷.

VII

Entre 1939 y 1947 apenas publica artículos, solo algunas reseñas de libros. A partir de 1948 reanuda el ritmo de sus publicaciones, pero ya no vuelve a alcanzar las cotas previas de genialidad. No aborda grandes temas constitucionales, ni desarrolla nuevas aportaciones a la teoría del derecho y la dogmática jurídico-administrativa. Con la recuperación de la democracia y la estabilidad constitucional, tampoco existe la misma urgencia que antes para tomar públicamente la palabra. Al mismo tiempo varía su actitud científica. En 1956 le escribe a Kelsen que, después de las experiencias con el Estado cristiano-corporativo, el Tercer Reich y la restauración de la República democrática, le resulta mucho más importante la correspondencia del derecho positivo con una ordenación ideal de la sociedad que la mera realización del derecho por medio de la ejecución (Schambeck, 1990: 271). Sin renunciar a la teoría pura del derecho y al estudio de las formas jurídicas, se interesa más por el contenido del derecho y los problemas de ética jurídica. Escribe, entre otros temas, sobre la Ley Fundamental de Bonn, el derecho natural, los refugiados, la organización internacional, la obediencia debida, el derecho de resistencia, el enjuiciamiento de los criminales de guerra, la discriminación de la mujer en la legislación de víctimas de guerra, la situación de las nacionalidades en la monarquía, la situación de las propiedades alemanas en Austria, la reforma universitaria y las limitaciones de la democracia de partidos. Supo vislumbrar en 1960 la relevancia jurídica del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entre 1955 y 1970 dedicó una docena de trabajos a razonar la invalidez jurídico-internacional de la anexión de 1938 y su nulidad radical. Además de las reseñas, otra parte importante de los textos del periodo son intervenciones en discusiones de reuniones científicas, trabajos destinados a homenajear o recordar personalidades y profesores (varios a Hans Kelsen, claro está, pero también a Karl Renner, Georg Jellinek, Carl Brockhausen, Ludwig Adamovich, etc.). También escribe un

¹⁷ La cita del texto, en el original «Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage», pertenece a la obra *Fausto*, de Goethe.

interesante —y único— texto autobiográfico para un volumen dedicado a la ciencia jurídica contemporánea austriaca.

VIII

La lectura de las publicaciones de Merkl se ve facilitada por varias circunstancias. Una primera, para nada despreciable, es que la edición de las obras completas utiliza un tamaño de letra amable para el lector. En segundo lugar, aunque la extensión de los trabajos es desigual, en función del formato y la revista en que se publican, por lo general no son excesivamente largos. Además, los estudios siguen el estilo de discusión jurídica habitual en su época: el autor razona, no recopila opiniones de otros. No suelen tener apartados o secciones internas y son muy escasas las notas a pie de página. En suma, son más ensayos que artículos doctrinales según las pautas actuales. En la argumentación de Merkl destacan el rigor científico y el afán de claridad, sin ocultar sus preferencias políticas. Su estilo es brillante y exigente: le gusta la precisión conceptual pero también las imágenes poderosas. Sus oraciones son certeras y expresivas, ofreciendo cada dos por tres reflexiones tan depuradas desde el punto de vista literario y tan atemporales que parecen aforismos. En la bibliografía austriaca se cita a menudo la siguiente afirmación, que aparece en un informe de la Comisión constitucional que firmó el político socialcristiano Ignaz Seipel, pero cuya formulación se le atribuye a Merkl durante su periodo en la Cancillería: «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Administrativo han sido concebidos en cierta forma como las grapas que unen la construcción dualista de la federación y los *Länder* en una unidad superior y que conectan en un armónica actuación conjunta el funcionamiento de ambos aparatos organizativos, que, con demasiada facilidad, son anárquicos y no se relacionan entre sí»¹⁸. Otro ejemplo: «El principio de constitucionalidad no debe ser un trampolín al que se asciende con afectación para combatir al adversario y que como un taburete se arroja a un lado cuando resulta un obstáculo para uno mismo. El verdadero sentido de la constitucionalidad solo se encuentra allí donde se respeta en cualquier situación, incluso contra el propio interés político» (II/1, p. 333). Descubrir y disfrutar de estas reflexiones aforísticas, que asoman en muchos rincones, no es un aliciente menor para sumergirse en una lectura pausada y sin plan preconcebido de los estudios de derecho constitucional del gran jurista y testigo de su tiempo que fue Adolf Julius Merkl.

¹⁸ Véase, entre otros, Pichler (1990: 255).

Bibliografía

- Behrend, J. (1977). *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Dreier, H. (1990). Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 55-88). Viena: Manz Verlag.
- Ermacora, F. (1981). Adolf Merkl und die Verfassungsreform 1929. En *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart — Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag* (pp. 151-158). Berlín: Duncker & Humblot.
- Fischer-Lescano, A. (2013). *Rechtskraft*. Berlín: August Verlag.
- Fuertes, M. (1998). Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido. *Revista de Administración Pública*, 146, 419-428.
- García Cadore, R. (2013). Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahredanach: Andreas Fischer-Lescanotriefft Adolf Merkl. *Rechtstheorie*, 44, 541-565. Disponible en: <https://doi.org/10.3790/rth.44.4.541>.
- Geraci, C. (dir.). (1987). *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Milán: Giuffrè.
- Grussmann, W.-D. (1989). *Adolf Julius Merkl. Leben und Werk*. Viena: Manz Verlag.
- Jablonec, C. (1990). Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige österreichische Dogmatik des Verwaltungsrechts. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 37-53). Viena: Manz Verlag.
- Kelsen, H. (1923). *Österreichisches Staatsrecht*. Tubinga: Mohr; reproducción facsímil (1970), Aalen: Scientia Verlag.
- , Froehlich, G. y Merkl, A. (1922). *Die Bundesverfassung vom 1.10.1920*. Viena/Leipzig: Franz Deuticke; reproducción facsímil (2003), Viena: Verlag Österreich.
- Klecatsky, H., Marcic, R. y Schambeck, H. (eds.). (1968). *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von H. Kelsen, A. J. Merkl, A. Verdross*. Viena/Frankfurt/Zürich/Salzburg/München: Europa-Verlag/Pustet.
- (2010). *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von H. Kelsen, A. J. Merkl, A. Verdross*. Viena: Franz Steiner Verlag y Verlag Österreich.
- Leser, N. (1986). *Genius austriacus. Beiträge zur politischen Geschichte und Geistesgeschichte Österreichs*. Viena-Colonia-Graz: Hermann Böhlau Nachf.
- (1990). Merkl's Analyse der ständisch-autoritären Verfassung 1934. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 213-229). Viena: Manz Verlag.
- (2011). Adolf Julius Merkl (1890-1970). Der gelehrte Philanthrop. En N. Leser. *Skuerrile Begegnungen — Mosaik zur österreichischen Geistesgeschichte* (pp. 121-125). Viena: Böhlau Verlag.
- Mayer, H. (1990). Merkl zu den Baugesetzen des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 145-157). Viena: Manz Verlag.
- Merkl, A. J. (1919). *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß*. Viena/Leipzig: Franz Deuticke.
- (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Viena/Leipzig: Franz Deuticke.

- (1927). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Viena/Berlín: J. Springer; reimpresión (1969), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-7091-3130-5>.
- (1934). Ursprung und Schicksal der Leitgedanken der Bundesverfassung. *Juristische Blätter*, 157-159.
- (1935a). *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción de *Allgemeines Verwaltungsrecht* a cargo de E. Imaz y revisión a cargo de R. Fernández de Velasco y S. Royo.
- (1935b). *Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs. Ein kritisch-systematischer Grundriss*. Viena: J. Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-7091-9832-2>.
- (1938). *Probleme der ständischen Neuordnung Österreichs*. Viena: Steinman.
- (1980). *Teoría general del Derecho administrativo*. México: Editora Nacional. Reimpresión de la traducción española de 1935.
- (2004). *Teoría general del Derecho administrativo*. Granada: Comares. Reimpresión de la traducción española de 1935.
- (2004/2005). Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2, primera parte, y 3, segunda parte.
- Paulson, S. L. (1990). Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 93-105). Viena: Manz Verlag.
- Pichler, H. (1990). Merkl zur Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 249-265). Viena: Manz Verlag.
- Schäffer, H. (1990). Merkl's Darstellung und Kritik des B-VG 1920 und seiner Entwicklung. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 159-211). Viena: Manz Verlag.
- Schambeck, H. (1990). Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 267-275). Viena: Manz Verlag.
- Unkart, R. (1990). Merkl und die rechtliche Fundierung des Naturschutzes. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 235-248). Viena: Manz Verlag.
- Walter, R. (1990). Adolf J. Merkl — Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. En R. Walter (dir.). *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit* (pp. 9-36). Viena: Manz Verlag.
- Widmer, P. (2008). *Die Schweiz als Sonderfall*. Zurich: Verlag Neue Zürcher Zeitung.