

El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya

Hans Kelsen

Hans Kelsen (Praga, 1881 – Berkeley, 1973). Jurista austríac que ajudà a redactar la Constitució austríaca de 1920 i, en concret, és considerat l'ideador del seu Tribunal Constitucional com a òrgan especialitzat en el control de constitucionalitat de les normes infraconstitucionals. Fugint dels nazis pel seu passat jueu, emigrà als Estats Units d'Amèrica, on ensenyà a diverses universitats.

Nota: El text va ser publicat amb el títol *Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich* com un opuscle de 24 pàgines a Viena, per l'editorial Julius Springer al 1927. Reproduït en forma d'article aquest mateix any, al volum sisè, fascicle tercer de la revista *Zeitschrift für öffentliches Recht*, a les pàgines 329-352.

Traducció de l'alemany: Rolf Michael Gaser.

El text de Hans Kelsen es publica amb autorització del Hans Kelsen-Institut de Viena (Àustria).

El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya.

© Hans Kelsen - Institut de Viena

El federalisme a tres nivells: Estudi introductor de l'opuscle de Hans Kelsen sobre "El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya".

© Fernando Domínguez García

Abril de 2007

La reproducció total o parcial d'aquesta obra per qualsevol procediment, compresos la reprografia i el tractament informàtic, resta rigorosament prohibida sense l'autorització expressa dels titulars del copyright, i estarà sotmesa a les sancions establertes per la llei.

© d'aquesta edició: Fundació Rafael Campalans

Via Laietana, 38. pral.

08003 Barcelona

Tel.: 93 319 54 12 - Fax: 93 319 98 44

fundacio@fcampalans.cat

Impressió: Espai Gràfic Anagrafic, S.L. - Tel. 93 372 32 62

ISSN: 1138-4514

Dipòsit legal: B-47.542-97

Índex

El federalisme a tres nivells: Estudi introductor de l'opuscle de Hans Kelsen sobre " <i>El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya</i> " (Fernando Domínguez García)	7
El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya (Hans Kelsen)	19

El federalisme a tres nivells: Estudi introductor de l'opuscle de Hans Kelsen sobre “*El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya*”

Fernando Domínguez García*

1. L'actualitat de Hans Kelsen

Traduir i publicar a Espanya un text poc conegut de Hans Kelsen (Praga, 1881 – Berkeley, 1973) sobre la consumació en termes constitucionals de la incorporació d'Àustria a la coneguda com a República de Weimar (per bé que, formalment, denominat *Reich* alemany) suposa quelcom més que un pur exercici d'arqueologia bibliogràfica. Encara que l'opuscle està pensat en un moment històric concret i per aquest moment (finals dels anys vint del segle XX), conté unes consideracions que transcendeixen allò que és passatger per endinsar-se en allò que és intemporal. El problema constitucional concret (la unificació de dos estats territorialment compostos a través de la incorporació d'un d'ells a l'altre) el porta a realitzar afirmacions sobre la coexistència de diversos nivells de govern, que són, avui, d'actualitat candent.

Per citar-ne alguns exemples, els polítics Liesbet Hooghe i Gary Marks són els promotors del concepte de *governança a molts nivells* (*multi-level governance*) com a marc per explicar les dinàmiques polítiques de la Unió Europea estratificant-la en tres nivells de decisió (Unió Europea, Estats, nivell regional).¹ En l'àmbit jurídic, Ingolf Pernice ha utilitzat els conceptes de *Verfassungsverbund* i de *mehrebenener Konstitutionalismus* (que es poden traduir al català com a *unió de constitució* i *constitucionalisme a diversos nivells* –aquesta última expressió, traduïda a l'anglès com a *multi-level constitutionalism*). Amb aquestes expressions, l'autor alemany s'ha fet ressò dels debats sobre el pluralisme i la complexitat d'instàncies territorials i ha traslladat aquests principis a l'àmbit constitucional. La seva formulació és tan oberta

* Fernando Domínguez García és professor lector de Dret constitucional a la Universitat Autònoma de Barcelona.

1. Podeu consultar: Hooghe, L. i Marks, G. (2001) *Multi-Level Governance and European Integration*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.

que algunes vegades pot semblar que parli de dos nivells constitucionals (Unió Europea i estats) com d'altres vegades, de tres (incloent-hi certs ens subestats).² Per la seva banda, Neil Walker ha utilitzat l'expressió *pluralisme constitucional* (*Constitutional Pluralism*) amb l'ànim de renovar el constitucionalisme i pensament constitucional per deixar enrere les crítiques que últimament li han formulat. Un dels aspectes en què se centra és la renovació dels criteris espacials. Així, l'autor citat manté que l'Estat ha de seguir sent "l'amfitrió" del discurs constitucional però ha d'estar obert a trobar elements de rellevància constitucional en processos i espais no estatals.³

Vist en perspectiva, la unificació (*Anschluss*) que Hans Kelsen anhelava no es va arribar a produir. El seu afany positivista el conduí a formular unes regles i uns paràmetres perquè l'encaix d'Àustria al *Reich* alemany de l'època (República de Weimar) no fos traumàtic. L'*Anschluss* que el *Tercer Reich*, comandat per un oriüent de Braunau am Inn (Àustria), dugué a terme, no es basà en l'enginyeria constitucional, sinó en el poder de dominació.

Actualment, a Àustria, no hi és el sentiment generalitzat a favor de la unificació amb la República Federal d'Alemanya. És a dir, moltes de les consideracions de Hans Kelsen difícilment s'aplicaran. Tanmateix, les seves reflexions al voltant del que, actualment, conforma la teoria del federalisme poden ser de molta utilitat per altres fenòmens, ja sigui d'incorporació d'un país a un altre compost (com podria ser la hipotètica unió d'Espanya i Portugal, moltes vegades temuda o plantejada en terres lusitanes) o altres fenòmens equiparables (com podria ser el projecte d'unificació europeu). L'exemple paradigmàtic en aquest sentit és la Unió Europea, aquesta unió d'estats que s'escapa de les conceptualitzacions clàssiques de la Teoria de l'Estat i la Teoria de la Constitució i que acull estats en el seu si, que, pel que fa a la forma

2. Vid. Pernice, I. (1996) "The framework revisited: Constitutional, federal and subsidiarity issues". *Columbia Journal of European Law* 2, 403-418; Pernice, I. (1998) "Constitutional law implications for a State participating in a process of regional integration: German Constitution and 'Multilevel Constitutionalism'". A: Riedel, E. (Ed.) *German Reports on Public Law Presented to the XV International Congress on Comparative Law*, pp. 40-65, Baden-Baden: Nomos; i Pernice, I. (1999) "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?" *Common Market Law Review* 36, 703-750.

3. Cfr. Walker, N. (2002) "The Idea of Constitutional Pluralism". *EUI Working Papers in Law* 2002/1, 1-50. Veg. també: Walker, N. (Ed.) (2003) *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart.

d'Estat en l'àmbit territorial, que és la que interessa aquí, tenen una naturalesa i una estructura molt diferents. Les reformes successives dels tractats constitutius de les diverses comunitats i de la Unió Europea per reformar l'estructura institucional i els processos de presa de decisions són una mostra d'aquest procés conflictiu d'acomodació de diferents estructures polítiques que pertanyen a nivells territorials distints.

Aquest estudi introductori no pretén analitzar ni històricament ni jurídica el contingut de l'opuscle de Hans Kelsen. De forma més modesta, simplement vol posar-ne en relleu l'actualitat i la possible presa en consideració pel món acadèmic i polític per a l'anàlisi d'altres processos d'unificació, d'una manera especial, la Unió Europea.

En primer lloc, i encara que pugui semblar una contradicció amb la posició positivista de Hans Kelsen, destacarem breument els condicionants polítics d'un procés d'unificació jurídica (punt 2). En segon lloc, compararem la preocupació de l'autor austríac per preservar l'estatalitat d'Àustria amb les preocupacions per la dissolució dels estats en el context europeu (punt 3). Finalment, posarem l'accent en els elements de la teoria del federalisme que es poden trobar a l'opuscle, especialment pel que fa al que es denominarà *federalisme a tres nivells*, i realitzarem diverses consideracions sobre el futur de la doctrina de Hans Kelsen, de manera especial en la possible aplicació a la Unió Europea (punt 4).

2. El positivisme de Hans Kelsen i les consideracions polítiques i ideològiques del text

És obvi que els problemes d'encaix constitucional produïts per la unificació d'estructures complexes (en aquest cas, estats) tenen una dimensió jurídica, però també, un component polític important. Hans Kelsen, seguint la seva posició acadèmica positivista, se centra en els aspectes jurídics de la unió d'Àustria i Alemanya, tot i que la divisió entre uns i altres és, en aquest cas, una mica conflictiva.

S'acostuma a emmarcar a Hans Kelsen entre els autors denominats *iuspositivistes* o *normativistes* que propugnen que el fonament i l'ordenació del dret depenen de les mateixes normes jurídiques i no pas de principis o valors situats més enllà de l'esfera d'allò que és jurídic. En aquesta línia, defensà el que denominà una *teoria pura del dret*, és a dir, sense influències extrajurídiques. El mateix opuscle n'esmenta, expressament,

l'enfocament de l'Estat federal a partir de la teoria pura del dret, despullant-lo dels elements filosòfics i ideològics propis del federalisme per observar-lo, simplement, com un ens amb un alt grau de descentralització. Fins i tot, arriba a afirmar que la *ideologia o fraseologia federalista* pot confondre i distingir les províncies del *Land* alemany de Prússia dels *Länder* de la República d'Àustria, encara que, al seu entendre, tenen una posició bastant equiparable.

Hans Kelsen mostra a *El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya* la seva intenció d'analitzar la unificació d'aquests dos països des d'un punt de vista jurídic, no polític; i, realment, estudia els problemes jurídics que provocaria. Tanmateix, el punt de partida és polític. L'adjectivació, utilitzada per Hans Kelsen, pel que fa a la independència d'Àustria (inútil, indesitjada, imposada, obligació, independència de la qual cal desprendre-se'n) té una important càrrega ideològica. La posició de l'autor és clara des del moment en què parla de la unificació com quelcom "anhelat". I aquest aspecte és el que més mostra el grau de compromís ideològic de Hans Kelsen al text, que no és cap altre que el seu sentiment profundament austríac i la seva intenció de conservar-lo per molt que es produeixi la unificació amb Alemanya. Això el mena a escriure que seria una «deslleialtat i ingratitude respecte del nostre passat» convertir-se en ciutadans alemanys i oblidar-se de la personalitat austríaca.

En alguns casos, la presa en consideració de criteris polítics o històrics és plenament justificable, especialment quan hi ha diverses alternatives en joc i aquests criteris el permeten concentrar-se i analitzar jurídicament només algunes de les possibilitats.⁴ En altres moments, la rígida separació entre dret, d'una banda, i política i història, de l'altra, no és tan raonable. A vegades, els elements ideològics o extrajurídics "s'infilten" al text, com quan al·ludeix a la capacitat d'existència independent d'alguns *Länder* austríacs amb relació a la seva dimensió i les seves capacitats econòmiques, o quan pren en consideració els sentiments de pertinença de la població (cosa que comporta una singularitat qualificada com a *nacional - völkische Eigenart*) i les característiques d'un territori (en cert moment, un territori és qualificat com a *genuïnament alemany*).

4. Per exemple, quan considera que una incorporació d'Àustria a l'Imperi alemany a través dels *Länder* austríacs no seria «desitjable per raons polítiques» i, per això, opta per explicar els problemes jurídics d'altres alternatives a la unificació; altres alternatives que també són escollides per motius no jurídics. Hans Kelsen al·ludeix a la necessitat d'incorporar Àustria a Alemanya com un tot en consideració al sentit històric i polític més elevat.

Però, lluny de ser una taca al currículum d'un positivista, demostra, d'una banda, la consciència política de Hans Kelsen, reflectida en la defensa del sistema parlamentari i de la democràcia realitzada al conjunt de la seva obra, i, d'altra banda, la línia fina que separa allò que és jurídic del que és polític, una línia que Hans Kelsen intentà traçar durant la seva vida amb una aprovació acadèmica diferent.

A l'opuscle, com ja hem indicat, s'hi analitzen els problemes jurídics d'una unificació de dos estats. Una abstracció de tot element polític hauria dut a conclusions diferents, segurament naïfs, i vàlides per a la teoria del federalisme o de l'Estat federal, però difícilment aplicables a la pràctica. Per això, Hans Kelsen ens transmet la idea que la construcció jurídica d'un edifici constitucional complex (com podria ser l'actual Unió Europea) s'ha de dur a terme tenint molt presents els condicionants polítics. Posteriorment, insistirem en aquesta idea quan parlem de la Unió Europea.

3. Les propostes de Hans Kelsen per tal d'evitar la dissolució d'un estat

La preocupació de Hans Kelsen, que queda reflectida clarament a l'opuscle, era que el caràcter estatal d'Àustria no desaparegués o es veiés modificat substancialment. L'autor proposà canvis constitucionals a Alemanya per evitar que Àustria com a *Land* alemany quedés buit de contingut davant d'una situació en què la majoria de competències d'Àustria, especialment aquelles que estan lligades amb la sobirania, haurien passat a ser exercides pels òrgans federals alemanys i, d'altra banda, no es contemplava com una opció la conversió d'Àustria en un estat unitari (que llavors hauria estat un *Land* centralitzat en el si de la República de Weimar). És a dir, Hans Kelsen proposava que els aleshores *Länder* austríacs seguissin jugant un determinat rol politicoinstitucional, a imatge i semblança de les províncies de Prússia. L'insigne jurista preveia molts "transplantaments" i "translacions" de figures jurídiques de Prússia o pensades per l'encaix de Prússia a Alemanya.⁵

5 Un problema col·lateral, però de gran predicament en terres espanyoles, és el terminològic. Hans Kelsen considerava que el terme *Land* (traduïble al català com a *país*) no era incompatible amb altres denominacions pròpies que utilitzaran els *Länder* en les seves constitucions. En qualsevol cas, advocava per una unificació terminològica de les institucions d'una futura Àustria com a *Land* i les de la resta de *Länder*. A Espanya, moltes discussions passen per l'autodenominació que les comunitats autònomes realitzen als estatuts d'autonomia i la possibilitat que es denominin *nació*. Vid. Domínguez García, F. (2006) *Más allá de la nación: La idea de España como «Nación de naciones»*, Barcelona: FCR Llibres.

D'altra banda, alguns dels canvis que proposà el jurista austríac estaven pensats, originàriament, per protegir Àustria, però encaminats a millorar el funcionament del federalisme alemany en conjunt (i potser haurien ajudat a la malaguanyada República de Weimar). En concret, l'existència d'un tribunal constitucional per a tota Alemanya o la supressió de coerció federal (denominada recurs a la guerra interna).

Salvant les distàncies i les motivacions, les preocupacions de Hans Kelsen per mantenir el caràcter d'Àustria dins d'Alemanya tenen molts paral·lelismes amb aquelles que expressen alguns autors alertant sobre un buidatge o *hollowing out* de les competències dels estats europeus que són membres de la Unió Europea i, alhora, són estats territorialment compostos.⁶ En l'àmbit polític, aquesta teoria s'ha denominat *doctrina sandvítx* perquè mantindria que la instància més dèbil és la del centre (els estats) amb una Unió Europea i uns ens territorials subestats potencials. No obstant, també n'hi ha algun que ha indicat que la Unió Europea és el millor invent per a la continuïtat dels estats-nació.⁷

Aquest debat es troba emmarcat dins la discussió sobre si el projecte d'integració europea és el que els politòlegs anomenen *zero-sum game*, és a dir, interrogar-se sobre si el que "guanya" una part és el que "perd" l'altra. Si la resposta fos que sí, en el joc a tres bandes, Unió-Estat-Ens subestats, sens dubte, el gran perdedor seria l'Estat, que, tant cap a dalt (llegiu Unió Europea) com cap a baix (ens subestats), està cedint competències. No obstant, la translació d'aquest raonament polític al món jurídic és complicat i, amb tota probabilitat, simplista.⁸ El mateix Hans Kelsen

6. Vid., per exemple: Kolinski, M. (1981) "The Nation-State in Western Europe: Erosion from Above and Below?". A: Tivey, L., (Ed.) *The Nation-State: The Formation of Modern Policies*, pp. 82-103, New York: Harper Collins.

7. Vid. Milward, A.S. (1992) *The European Rescue of the Nation-State*, London: Routledge.

8. N'hi ha prou amb citar alguns contraarguments a tall d'exemple. La Unió ha obtingut competències tant dels poders centrals com dels poders subestats però també exerceix noves funcions o tasques, com el desenvolupament del mercat interior que, anteriorment, no corresponien a cap d'aquestes instàncies. A més a més, els poders centrals han guanyat protagonisme "europeu" i internacional com a membres del Consell i del Consell Europeu i com a Senyors dels Tractats (*Masters of the Treaties*). Per la seva banda, els ens subestats han incrementat els seus canals de participació exterior "gràcies" a la Unió Europea. En alguns casos, s'han establert mecanismes de participació interna a causa dels assumptes europeus, per no parlar de fons estructurals i de finançament.

sembla utilitzar, a vegades, l'argument de la suma-resta per avaluar la pèrdua de competències d'Àustria.

A més de les consideracions sobre la dissolució d'un estat per la seva incorporació com estat complex a una estructura supranacional (el cas de la Unió Europea) o a un estat federal (el cas de la unificació estudiada a l'opuscle), cal destacar l'acció de proposar en si. La proposta de canvis al sistema politicoconstitucional superior per produir un acomodament millor d'un determinat territori no és nova ni genuïnament austríaca. Per exemple, està molt en voga en terres catalanes. En alguns moments, s'ha titllat d'intervencionista (ja que es pretén decidir què és la part i com és el tot) però, sens dubte, suposa una forma positiva de voler pertànyer a una unitat superior. Aquells que, a vegades, acusen els catalans d'independentistes s'obliden del gran nombre de propostes de reformulació de l'Estat espanyol que han provingut de Catalunya, que no deixen de reafirmar una intenció de formar part d'Espanya.

4. El federalisme a tres nivells i la Unió Europea

L'estudi de les diverses formes d'Estat en el vessant territorial, és a dir, de la categorització dels països segons com distribueixen el poder verticalment, s'ha basat en la contraposició de models teòrics formulats a un nivell abstracte.⁹ Tradicionalment, s'ha distingit entre estats federals i estats unitaris.¹⁰ La definició d'estat unitari no ha comportat grans problemes dogmàtics ja que la pròpia idea d'unitat és simple, tot i que no hi ha models purs de centralisme. Precisar, en canvi, què és un estat federal ha fet córrer rius de tinta.

Hi ha qui defensa que els Estats Units d'Amèrica constitueixen el model pur de federalisme, mentre que uns altres indiquen que el concepte és indefinible a causa de la manca de característiques comunes als estats que es defineixen com a

9. Sobre el procés teòric de formulació de l'institut de la forma d'Estat, José Juan González Encinar realitza una bona revisió de la literatura clàssica. Cf. González Encinar, J.J. (1985) *El Estado Unitario-Federal: La autonomía como principio estructural del Estado*, Madrid: Tecnos.

10. La dicotomia Estat federal-Estat unitari és paral·lela a la que formen l'estat federal i la confederació d'estats, tot i que aquesta última s'ha analitzat principalment en l'àmbit del Dret Internacional. Consulteu la reedició del clàssic: Le Fur, L. (2000) *État fédéral et confédération d'États*, Paris: Panthéon-Assas.

federals.¹¹ A més, per federalisme s'ha volgut veure una teoria política, una tècnica política, un argument filosòfic, una doctrina, una ideologia o un sistema filosòfic social, cosa que ha complicat encara més –si fos possible– la categorització de l'estat federal i la seva distinció del federalisme.¹² El concepte d'*estat federal* té una utilitat per al dret internacional públic (per la seva distinció de la confederació), i la noció de *federalisme* per a la Ciència Política (especialment en els models de *governança*), encara que el dret constitucional hagi estat més prudent en utilitzar-los a causa de la seva imprecisió.¹³ En particular, una certa literatura jurídica ha destacat que realment no hi ha definicions d'Estat federal, sinó descripcions de les característiques concretes que, en un determinat país, es consideren indispensables per a l'existència d'un estat federal.¹⁴ En aquest context no és gens estrany que també s'hagi destacat l'anacronisme de la dicotomia estat unitari-estat federal, especialment a causa dels grans canvis constitucionals que han tingut lloc durant el segle XX que han fet més difícil encaixar la realitat als models teòrics.¹⁵ Un dels

-
11. Sobre la noció de federalisme, les diverses accepcions i les diferències amb conceptes propers, vid. Elazar, D.J. (1968) "Federalism". A: Sills, D.L., (Ed.) *International Encyclopedia of the Social Sciences*. Volume 5, pp. 353-367, New York: The Macmillan Company & The Free Press.
 12. Una certa doctrina alemanya entén l'estat federal com un concepte normatiu i el federalisme, com a principi ordenador de caràcter polític, cosa que aquest treball plenament ho comparteix. Vid., per exemple: Vogel, H.-J. (2001) "El régimen federal de la Ley Fundamental". A: Benda, E.; Maihofer, W.; Vogel, H.-J.; Hesse, K. i Heyde, W. (Eds.) *Manual de Derecho Constitucional*, 2a. ed. pp. 613-675, Madrid: Marcial Pons, concretament a les pp. 614-615, amb referències addicionals.
 13. Deixant de banda l'obra anteriorment citada de Louis Le Fur, consulteu els estudis clàssics de: Mouskhely, M. (1931) *Teoría jurídica del estado federal*, Madrid: M. Aguilar; i també: Friedrich, C.J. i Bowie, R.R. (Eds.) (1958) *Estudios sobre federalismo*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. Més modernament: Reposo, A. (2000) *Profilii dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino: Giappichelli.
 14. Pérez Royo, J. (2003) *Curso de Derecho Constitucional*, 9a. ed. Madrid: Marcial Pons, a les pp. 983-984. Javier Pérez Royo es basa en el treball de Michael Bothe titulat *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechvergleichender Sicht*.
 15. Als últims decennis, la doctrina ha senyalat una confluència entre els conceptes d'estat federal i estat (unitari) regional a causa dels processos de centralització soferts al primer, i l'augment quantitatiu i qualitatiu dels poders del segon; tanmateix, les transformacions de l'Estat federal en un sentit centralista són, particularment, les que han portat a la doctrina afavorir-ne l'apropament a altres tipus d'estat descentralitzat. Vid. a Espanya, Solozábal Echavarría, J.J. (1988) *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid: McGraw Hill, p. 57 i ss.

màxims exponents de la crítica a la dicotomia estat unitari-estat federal és Hans Kelsen. L'autor austríac preferia observar el grau de descentralització dels diferents estats.¹⁶

Pel que fa al nostre objecte d'interès, el federalisme modern es basa en l'existència de dos nivells separats de govern dotats d'autonomia política. L'exemple dels Estats Units d'Amèrica, i també d'altres estats federals europeus, mostra com aquest tipus de federalisme es consolida en una agrupació d'unitats unitàries. Per exemple, els Estats Units d'Amèrica són un estat federal compost de 50 estats unitaris. Així mateix, la República Federal d'Alemanya també és un estat federal compost de 16 *Länder* que són sistemes unitaris. Els exemples "canònics" de federalisme modern del nostre entorn no atorguen ni reconeixen una autonomia política més enllà dels dos nivells de govern en què es fonamenta l'estructura federal. No passa això, en canvi, pel que fa a la Federació russa, formada d'ens territorials de diferent rang i alguns amb subdivisions internes. A més, històricament, el Sacre Imperi Romà Germànic i el posterior Segon *Reich* estaven formats d'unitats amb categories diferents i que, a la vegada, podien tenir en el seu si ens dotats d'autonomia política (com passà amb Saxònia-Coburg-Gotha), estats descentralitzats administrativament (com les províncies de Prússia) o ser simplement un ens unitari.¹⁷ Respecte del Sacre Imperi Romà Germànic, la doctrina historiogràfica ha denominat *particularisme* a la situació de trencaclosques o mosaic d'entitats (moltes vegades superposades) amb denominacions, poders i capacitats diferents que estaven integrats en un sistema complex de drets amb un entroncament medieval i que diferia de la idea moderna d'Estat.¹⁸

16. Cf. Kelsen, H. (1973) *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, p. 303 i ss.

17. Vid. l'explicació de Georg Jellinek al seu llibre sobre els fragments d'Estat: Jellinek, G. (1981) *Fragmentos de Estado*, Madrid: Civitas, p. 84-85.

18. Principats i senyories hereditàries coexistien amb territoris eclesiàstics i castells de cavallers imperials independents. Certs territoris tenien una dependència directa de l'Emperador (*Reichsummittelbar*) o d'una altra entitat (un gran ducat o un regne, per exemple). La situació de les ciutats tampoc era un simple lloc en que algunes estaven sotmeses a un governador local (*Landesstädte*) mentre que d'altres estaven sota l'autoritat imperial (*Reichsstädte*). Així mateix, hi havia diverses aliances com la Lliga Renana, la Lliga Suaba o la Lliga Ansiàtica, per protegir la independència de les petites unitats enfront dels prínceps.

A l'opuscle, Hans Kelsen qualifica el federalisme com "el sistema constitucional més complicat dels que hi havia en aquell moment". I una de les possibilitats que el text pren en consideració, tot i que reconeix difícil d'operar, és la d'un estat federal amb tres nivells de legislació. Una proposta que afegeix més complexitat, si fos possible, a un sistema federal. Hans Kelsen no denominà a aquesta proposta concreta, que, d'altra banda, no és l'única que el seu text posa sobre la taula,¹⁹ "*federalisme a tres nivells*", atès que aquesta apel·lació és més moderna i està relacionada amb la del procés d'unificació europea i l'existència d'estats federals en el si d'una Unió Europea cada dia més federal.

La llista de Hans Kelsen de set tipus de lleis diferents que aprovarien les tres instàncies d'una hipotètica República de Weimar amb Àustria com a *Land* amb províncies, amb indicació de l'eventual participació de la resta d'instàncies en l'execució i control, es quedaria curta, avui, per explicar, per exemple, com la Unió Europea, Espanya i les seves comunitats autònomes emanen normes, les desenvolupen i les executen, només desenvolupen, o simplement executen, normes d'una altra instància amb múltiples combinacions segons la matèria.

És a dir, aquesta mena de *federalisme a tres nivells* que construí Hans Kelsen a principis del segle XX manté un cert paral·lelisme amb els problemes d'encaix dels estats compostos a la Unió Europea, i la posició constitucional i europea dels ens subestats dels estats membres de la Unió Europea; de manera especial, aquells ens amb autonomia política i poders de naturalesa estatal, és a dir, els *Länder* alemanys, els *Länder* austríacs, les regions i les comunitats belgues, les comunitats autònomes espanyoles, les regions italianes, les Illes Åland de Finlàndia, Açores i Madeira de Portugal i Escòcia i Irlanda del Nord (quan no tenen sospesa l'autonomia) del Regne Unit.²⁰

Tot sembla indicar que la Unió Europea difícilment evolucionarà a curt o mig termini fins a un model d'Estat federal calcat al model americà o a l'alemany. Un model de *federalisme europeu a dos nivells*, que obliga els estats federals o territorialment

19. A l'opuscle de Hans Kelsen, es planteja la possibilitat que els *Länder* austríacs fossin directament subjectes de la República de Weimar o que Àustria s'hi incorporés com un *Land* unitari.

20. Vid. Domínguez García, F. (2005) *Las regiones con competencias legislativas*. València: Tirant lo Blanch.

compostos a actuar (o en el pitjor i impensable dels casos, a convertir-se) en estats unitaris, aprofundiria les distorsions jurídicoinstitucionals de l'articulació de les instàncies del poder territorial a Europa i, potser, les faria irreversibles. En canvi, un model de *federalisme a tres nivells* respecte d'aquells estats compostos que són membres de la Unió comportaria una consideració més gran de les estructures constitucionals dels estats europeus i la fi d'aquelles distorsions jurídicoinstitucionals produïdes pel tractament pràctic com a estats unitaris dels estats compostos, per part de les institucions europees.

El Tractat pel qual s'estableix una Constitució per Europa ha evitat l'ús de la paraula *federal* per caracteritzar la relació i el tipus d'exercici de les competències de la Unió Europea amb relació als estats membres. S'ha optat per l'expressió *comunitari*. Però el que s'està construint és un edifici de naturalesa federal. De moment, no és un estat en el sentit clàssic del terme, però la major part d'elucubracions sobre el seu futur tendeixen en major o menor mesura a quelcom que s'hi assembla. No obstant, la Unió Europea continua resistint-se a les categories jurídiques clàssiques. I les noves propostes, com la del *pluralisme constitucional* o del *constitucionalisme a nivells múltiples* encara tenen l'estat com a centre de gravetat.

D'altra banda, el problema de la idea del *federalisme a tres nivells* és que és més política que jurídica. Antonio D'Atena resumeix les raons principals per rebutjar una entesa jurídica de la Unió Europea com un sistema a tres nivells: en primer lloc, els estats no realitzaran un "suïcidi institucional" que permeti la cessió de la major part de la seva subjectivitat europea als ens subestats; en segon lloc, el pluralisme cultural, que en molts casos és la idea que subjuga la institucionalització dels ens subestats, ja està protegit pels mateixos estats europeus; i, en tercer lloc, la descentralització no és una característica comuna a tots els estats europeus i no es pot obligar als estats a regionalitzar-se.²¹

Però, sens dubte, el model plantejat per Hans Kelsen permet tenir uns ciments jurídics per construir un edifici federal complex, amb diversos (i diferents) nivells. Deixa entreveure que és possible una estructura de la Unió Europea amb diversos nivells, tal vegada no amb el mateix estatus (ell no equiparava les províncies de Prússia a un *Land* o al *Bund*). El seu text té la virtut de desdramatitzar la coexistència

21. Vid. D'Atena, A. (1998) "Il doppio intreccio federale: le Regioni nell'Unione europea". *Le Regioni XXVI* (6), 1401-1425, en pp. 1414-1416.

de diverses instàncies en una casa comuna. Mentre que d'altres s'han centrat només en els problemes (buidatge de competències, per citar-ne un dels exemples que s'han esmentat anteriorment), Kelsen se centrà en les solucions.

La tasca dels juristes, a vegades, també passa per realitzar propostes de *lege ferenda* i, per què no, en alguns casos, en aventurar-se a imaginar possibilitats que poden semblar pròpies de la ciència-ficció constitucional. Anar més enllà de ser un simple glossador de la llei per ser-ne un creador i el pare. No cal ni recordar que Hans Kelsen fou un gran pensador.

El procés constitucional d'unificació d'Àustria amb Alemanya

Hans Kelsen, Viena

Notes preliminars

Les reflexions següents de cap manera pretenen abordar la qüestió de la unificació d'Àustria amb Alemanya des d'una perspectiva política, sinó exclusivament des d'un punt de vista jurídic. En conseqüència, totes les possibles situacions que s'esmenten estan sota els requisits legals que regulen ara mateix qualsevol forma d'unificació d'Àustria amb Alemanya: d'una banda, les disposicions de l'article 88 del Tractat de St. Germain, que estableix que «la independència d'Àustria és irreversible, a menys que el Consell de la Societat de Nacions acordi el contrari. Per tant, sense el consentiment del Consell, Àustria s'ha d'abstenir de realitzar qualsevol acte que tingui com a conseqüència posar en perill la seva independència» i, d'altra banda, l'article 80 del Tractat de Versalles, que estableix que «Alemanya reconeix la independència d'Àustria en les fronteres fixades entre aquest estat i les potències aliades i es compromet a respectar-les sense condicions; Alemanya reconeix que aquesta independència és definitiva, llevat que el Consell de la Societat de Nacions n'aprovi una modificació».

En conseqüència, la unificació d'Àustria amb Alemanya no queda exclosa pels Tractats de St. Germain i de Versalles. Al contrari, ambdós documents regulen el procediment dins el marc del dret internacional públic en fixar la condició amb la qual Àustria podria integrar-se sota la sobirania d'Alemanya: l'aprovació del Consell de la Societat de Nacions.

Ambdós tractats només prohibeixen que Àustria perdi la seva independència sense el consentiment del Consell de la Societat de Nacions. Tanmateix, no ens prohibeixen reflexionar sobre quina manera, un cop obtingut el consentiment del Consell de la Societat de Nacions, podem desprendre'ns d'aquesta «independència» tan inútil com indesitjada que ara tenim. De fet, el consentiment del Consell de la Societat de Nacions, recollit tant a l'article 88 del Tractat de St. Germain com a l'article 80 del Tractat de Versalles, que constitueix una condició *sine qua non* per a la unificació, només afecta el "què" però no el "com" de la qüestió, és a dir, la forma que ha de tenir l'acte pel qual Àustria podrà desfer-se d'aquesta «independència» que li ha

imposat el Tractat. La competència del Consell de la Societat de Nacions es limita a donar-ne el consentiment, a petició d'Àustria, per alliberar-la de la seva obligació de mantenir la independència. Un cop el Consell de la Societat de Nacions hagi donat l'autorització –i esperem que així ho faci en breu– el camí que condueix a la nostra unificació amb Alemanya quedarà lliure; només quan arribi aquest moment, i no abans, caldrà buscar una solució del problema jurídic que comporta el procés d'integració. Tanmateix, aquest moment tan anhelat per nosaltres no ens ha d'agafar desprevinguts. Hem d'estar preparats en qualsevol moment per dur a terme aquesta feina. Estar preparat és sempre important, però més encara en aquesta qüestió.

I

El problema de la integració jurídica d'Àustria dins d'Alemanya és més complex que altres mesures ja preses o que es puguin adoptar en el futur, per preparar la unificació. Aquesta integració jurídica suposa l'adaptació del dret austríac al dret alemany. Des d'un punt de vista polític, aquest procés pot trobar-se amb obstacles difícils de superar. Aquí, no hi ha dubte que el particularisme alemany hi deixa una empremta negativa. No obstant, des d'un punt de vista jurídic, la qüestió no és tan complicada. Per exemple, el dret penal austríac s'adaptarà a l'alemany, en el cas que Àustria adopti un codi penal que concordi amb l'alemany; el mateix pot succeir al revés. Tot al contrari passa amb la Constitució: la unificació d'ambdós països suposa, bàsicament, la introducció de canvis constitucionals. Una Carta magna representa l'expressió del caràcter i de la particularitat d'una societat, és a dir, de la seva estructura social i política determinada, en una mesura molt més extensa i profunda que una llei que regula una matèria jurídica especial, com és el cas de la Llei d'enjudiciament civil o del Codi civil. La integració no només significa la necessitat d'adaptar la Constitució austríaca a la Constitució alemanya, sinó que també implica el contrari: la modificació de la Carta magna alemanya. Aquesta modificació no només suposa que s'han d'incorporar determinades decisions tècniques per poder ampliar la vigència de la Constitució alemanya al territori d'Àustria, o que les peculiaritats del sistema jurídic austríac s'han de tenir en compte en aquelles disposicions de la Constitució alemanya que afecten la posició dels *Länder*, sinó que alhora significa també que Àustria, amb la unificació, tampoc vol renunciar a determinades consecucions que li atorga la seva actual Carta magna, i que es perdrien si la Constitució alemanya no les incorporés. Es tracta, tal com es mostrarà posteriorment de forma més detallada, d'una configuració específica de les normes que regulen les relacions entre l'Estat central i els estats federats, els *Länder*. Per descomptat que, en aquest cas, no es pot tractar de condicions que Àustria

imposa a Alemanya, sinó més aviat de desitjos o propostes, l'acceptació de les quals, no només afavoririen a Àustria com a futur *Land* alemany, sinó que a més beneficiarien tots els *Länder* que integren Alemanya. La incorporació d'Àustria suposaria per a Alemanya, no només una ampliació, desitjada, del seu territori i de la seva població. Atès que Àustria ja posseeix una estructura federal i compta amb un cert bagatge amb aquest model constitucional, el més complicat de tots, podria aportar aquesta experiència a Alemanya. Pel fet que sacrifiquem la nostra pròpia Constitució per la creació d'un estat que aplegui tota la nació alemanya, esperem que en el nou Estat federal, en la comunitat amb tots els altres *Länder* alemanys, podem continuar gaudint del que fins ara ens ha funcionat bé, donat que ja teniem una estructura federal.

Aquest és l'aspecte favorable de la qüestió, el fet de posseir ja una estructura federal en un moment en què la unificació sembla imminent. Tanmateix, l'aspecte conflictiu és més preocupant, ja que, inicialment, sembla que la unificació sigui impossible sense que l'estructura federal d'Àustria desaparegui o pateixi una considerable modificació. La integració d'un estat federal dins un altre estat federal suposa, des d'una perspectiva organitzativa, una complicació terrible, no només pel fet que en lloc de dos nivells de lleis n'hi hagin tres: les lleis del *Reich*, és a dir, de l'Estat alemany; les lleis emeses per l'antic estat austríac, convertit en nou *Land* alemany; i les lleis promulgades pels *Länder* que integren Àustria, convertits en províncies; i que en lloc de dues administracions, ens trobem, al futur, amb tres: la del *Reich*, la de l'antic estat austríac i la dels *Länder*, sinó també perquè la competència legislativa del nostre estat actual, el *Bund*, integrat dins Alemanya, es veuria reduïda a la mínima expressió tot i que se'n conservaria l'aparell administratiu, quan, segons la Constitució austríaca, el pes principal del *Bund* rau en la seva capacitat normativa. El *Bund* austríac només retindria la capacitat legislativa que no correspongués a l'estat alemany o als *Länder* austríacs, que després de la unificació esdevindran províncies. Donat que la majoria de les competències que actualment corresponen al *Bund* austríac són matèries regulades a Alemanya per l'Estat central, el *Reich*, la seva capacitat per legislar amb prou feina tindria marge d'acció. Aquí s'ha de tenir en compte que la relació entre el poder legislatiu i el poder executiu a Alemanya és diferent a la que tenim a Àustria, on hi ha una esfera de competències a l'abast del *Bund* relativament més extensa. No obstant, dins aquest àmbit, només unes poques matèries són aplicades directament per l'Estat. Moltes competències, en les quals el *Bund* hi té la capacitat per legislar, són executades i administrades de forma autònoma pels *Länder*. En canvi, a Alemanya, l'esfera de la competència legislativa de l'Estat, el *Reich*, coincideix amb la seva capacitat executiva. Allà on el *Reich*

legisla, també té capacitat per executar, encara que aquesta competència executiva sigui molt diferent a la que té el *Bund* austríac, tot i que a ambdós països l'estat du a terme l'execució directa de les lleis mitjançant els seus organismes propis, l'anomenada *administració directa* del *Bund* a Àustria i *administració directa* o *administració pròpia del Reich* a Alemanya. A la vegada, les matèries administrades directament per l'Estat central en tots dos països són pràcticament les mateixes: afers exteriors, exèrcit, finances, transports i comunicacions. En canvi, mentre que a Àustria l'administració de la justícia correspon a tribunals que depenen del *Bund*, a Alemanya –llevat d'algunes excepcions– els tribunals són òrgans sota l'administració dels *Länder*. On sí que hi ha diferències substancials entre ambdós països és en aquelles matèries sota competència legislativa de l'Estat, però que executen els organismes territorials, en virtut de l'anomenada *administració indirecta*. Als dos països, els *Länder* executen moltes de les competències estatals. Tanmateix, la posició de l'administració sota el control del *Land* enfront de l'estat és molt diferent en cada cas. A Àustria, el màxim responsable de l'administració indirecta per executar les lleis de l'Estat és el governador del *Land* i, si s'escau, els altres membres del seu gabinet, que estan obligats a obeir les normes, particulars o generals (en forma d'ordenances o reglaments) emeses pel govern central, que pot, a la vegada, anul·lar i reformar els actes del Govern del *Land* en aquests àmbits mitjançant un procediment d'impugnació, donat que, en les matèries de l'administració indirecta, els recursos d'apel·lació per impugnar els actes administratius es poden presentar davant els ministeris centrals del *Bund*. En canvi, a Alemanya, per a aquells assumptes on el *Reich* hi té la competència executiva –que com s'ha dit abans, coincideix amb la seva competència legislativa–, sempre que no hi hagin organismes executius propis de l'estat que ho facin, són els *Länder* els que executen les normes. En aquests casos, el *Reich* només hi té un dret de control sobre els *Länder*, però no sobre els organismes administratius locals. Segons l'article 14 de la Constitució alemanya, «les lleis de l'estat són executades pels *Länder* en cas que les pròpies lleis no disposin el contrari». I l'article 15 disposa que «el Govern del *Reich* exerceix el control per a tots els assumptes on li correspon el dret de legislar. Sempre que les lleis hagin de ser executades per les autoritats dels *Länder*, el Govern central pot emetre instruccions de caràcter general. Per controlar l'execució de les seves pròpies normes, el Govern del *Reich* està autoritzat a enviar delegats tant a les autoritats dels *Länder* com, amb el consentiment d'aquests últims, a les autoritats administratives inferiors. A petició de l'estat, el Govern del *Land* està obligat a esmenar els defectes que hagin sorgit en aplicar les lleis estatals. En cas de diferències d'opinió, tant el Govern del *Reich* com el del *Land* poden recórrer al Tribunal Suprem, sempre que la llei no designi competent un altre tribunal». El dret

de control del *Reich* es manifesta d'aquesta manera només en la possibilitat de dictar instruccions generals adreçades a les autoritats del *Land* i de reclamar l'esmena dels defectes sorgits en l'aplicació d'una llei.¹ Tanmateix, aquesta reclamació només pot ser adreçada al Govern del *Land*, però no als òrgans administratius inferiors, com per exemple, les províncies. En conseqüència, a diferència d'Àustria, l'Estat alemany no té un poder de control efectiu per poder revocar els actes executius realitzats en el marc de l'administració indirecta, a càrrec dels òrgans d'administració local com les províncies, els districtes o els municipis.

Si Àustria s'unifiqués amb Alemanya sense modificar la seva constitució, s'originaria la conseqüència següent: el que actualment es troba sota administració directa del *Bund* –afers exteriors, exèrcit, finances, transports i comunicacions– s'integraria sota l'administració pròpia del *Reich*. El que ara mateix representa l'administració indirecta del *Bund* –en el sentit que disposa la Constitució alemanya–, sempre que no afecti l'execució de les lleis de l'Estat, es convertiria en administració indirecta del *Reich* a Àustria, és a dir, en una administració amb competències transferides al *Land*, però sota el control de l'Estat alemany. Entre aquestes matèries es troben aquelles que, segons la nostra Constitució actual, formen part de les competències autònomes dels *Länder*, sense que el Govern del *Bund* –que passarà a ser, després de la unificació, el Govern del *Land* d'Àustria– tingui cap influència en la seva gestió. En general, es tracta de matèries en les quals el *Bund* només té la capacitat de legislar però no d'executar, a diferència del que passa a Alemanya, on la Constitució disposa que el Govern del *Land* és responsable davant del *Reich* per l'aplicació de totes les lleis estatals que s'executen a través dels *Länder*. Per tant, el futur Govern del *Land* d'Àustria, integrat a Alemanya, seria responsable davant el *Reich* de l'execució de les lleis, l'aplicació de les quals fins ara, tal com disposa la nostra Constitució actual, és una competència autònoma dels nostres *Länder*, sense que el Govern central d'Àustria exerceixi cap tipus d'influència sobre aquesta administració local. Per descomptat, això és inviable. No pot ser que es creï una situació en la qual, per a determinades matèries, li correspongui al *Reich* tant la legislació com el control de l'execució, mentre que l'òrgan sotmès a aquest control, el futur Govern del *Land*, no tingui capacitat per aplicar les lleis, sinó que aquesta funció estigui en mans de l'administració local, fora de la capacitat de control del *Reich*. En aquest cas, almenys l'execució de totes aquestes matèries, això és, l'aplicació de totes les lleis

1. Vegeu el meu article: "Die Bundesexekution", a *Festschrift für Fritz Fleiner*, 1927, pàg. 138 i ss.

del *Reich*, haurien de ser col·locades sota la competència de l'administració central austríaca. És a dir, que el es coneix ara mateix com a *administració indirecta del Bund* hauria de ser competència del futur *Land* i no, com en l'actualitat, dels organismes administratius inferiors. Aquí sorgeix el dubte de si la forma de l'administració indirecta serà suficient per garantir la responsabilitat de les autoritats del *Land* davant l'Estat alemany. No obstant, d'aquesta qüestió se'n deriva una complicació immensa, perquè amb la unificació coexistirien: 1) les lleis del *Reich* executades pels òrgans propis del *Reich*; 2) les normes del *Reich* aplicades pels òrgans propis del *Bund* austríac; 3) les lleis del *Reich* que serien executades pels òrgans del *Bund* i dels actuals *Länder* austríacs i que aquests darrers aplicarien com a competències transferides sota el control del *Reich*; 4) les normes austríaques executades pels òrgans propis del *Bund*; 5) les lleis austríaques del *Bund*, que aquest mateix i, com a competència transferida, els *Länder* aplicarien; 6) les normes del *Bund* austríac executades pels *Länder* dins l'esfera competencial independent; 7) les lleis dels *Länder* austríacs, que serien executades pels mateixos *Länder* en el marc de la seva esfera competencial independent.

S'ha de descartar una unificació d'Àustria amb Alemanya que suposés la simple transferència d'aquelles competències actualment assignades al *Bund* austríac, que la Constitució alemanya designa com a pròpies de l'Estat central. *En conseqüència, hi ha, en principi, dues possibilitats per dur a terme la unificació.* La primera és la transformació d'Àustria en un estat unitari que s'equipari als altres *Länder* alemanys; això suposaria la desaparició dels estats federats austríacs actuals, incloent el seu govern i els seus òrgans legislatius independents. La segona possibilitat és la desaparició del *Bund* austríac amb el seu Govern central i el seu parlament. En aquest cas, la integració tindria lloc a través dels *Länder*, de tal manera que tots els estats federats que integren actualment Àustria passarien a ser nous *Länder* d'Alemanya. Aquest darrer model d'unificació podria tenir unes variants: l'agrupació de determinats estats federats austríacs o la integració d'alguns d'ells en *Länder* alemanys, per exemple que Tirol i Salzburg s'unifiquessin amb Baviera. *Considero que la unificació a través dels Länder no és desitjable, ni tan sols crec que sigui possible.* No és desitjable pels interessos d'Alemanya, atès que el ja de per si elevat nombre d'estats federats que actualment té el *Reich* es veuria incrementat en nou *Länder* més, la majoria dels quals són minúsculs i no tenen cap possibilitat d'existir de forma independent. L'article 18 de la Constitució alemanya disposa que «la divisió del *Reich* en *Länder* [...] ha de contribuir al màxim benefici cultural i econòmic del poble». A Alemanya, actualment, hi ha la tendència d'agrupar els *Länder* més petits per tal d'aconseguir unitats polítiques amb capacitat d'existència. A més, els nostres

estats federats –amb l'excepció del Tirol– no tenen una singularitat històrica o nacional suficient que els atorgui el dret a gaudir d'un alt grau d'independència, tal com tenen els *Länder* en el marc de l'Estat alemany. Tanmateix, el Tirol actual només és part del seu territori històric. La regió de la Vall del riu Inn, que avui en dia porta el nom de Tirol, rep aquesta denominació només com a protesta per haver-nos arrencat a la força la major part del Tirol, una regió genuïnament alemanya, avui sota sobirania italiana. És cert que Àustria posseeix una identitat pròpia, però no podem dir que les terres altes del nostre país tinguin una identitat diferent de les terres baixes. Si hom ho mira bé, les regions d'Estíria o de Salzburg tampoc no la tenen. Tanmateix, si Àustria desaparegués com a estat, encara que això no suposés una pèrdua des d'un punt de vista econòmic, potser sí que ho seria des d'una perspectiva històrica i política. Si volguéssim convertir-nos en ciutadans d'Alemanya renunciant a seguir essent allò que hem estat durant segles, tant en bons com en mals temps, és a dir, austríacs, estaríem cometent un acte de deslleialtat i ingritud envers el nostre passat. Tots els ciutadans d'Alemanya tenen una doble condició: són alemanys i prussians, són alemanys i bavaresos, etc. Seria possible que en el futur ens sentíssim alemanys i alhora vienesos, alemanys i tirolesos, però, en cap cas, alemanys i austríacs a la vegada? Això només tindria com a conseqüència que la pertinença a un *Land*, que per als alemanys té una gran importància, per als antics habitants d'Àustria tindria un significat completament secundari, perquè, un cop integrats a Alemanya, ningú ens podria imposar sentiments que fins ara no hem tingut: sentir-nos ciutadans de la Baixa Àustria (amb l'excepció de Viena!), de Salzburg, etc. A la vegada, això provocaria que la influència en la política alemanya dels *Länder* austríacs, sense legitimació interna i d'una dimensió massa petita, seria insignificant, mentre que Àustria, com a tot un estat federat sencer integrat dins Alemanya, hi tindria un pes important. Aquí cal afegir també que, amb la incorporació d'Àustria com un tot unitari, es recuperaria una tradició poderosa que, no només proporcionaria a la unificació un gran rerefons històric, sinó que, a més, la justificaria des del seu sentit històric i polític més elevat. A Àustria, hi perviu encara l'antiga *Ostmark*, les terres de la marca oriental que antigament protegia l'Imperi germànic, i ara amb Àustria, amb l'Àustria integrada per gent de cultura alemanya, i no amb altres pobles integrats forçadament dins l'Imperi, tornaria l'antiga *Ostmark* a Alemanya, després d'haver complert amb la seva missió històrica. Per contra, la unificació duta a terme a través dels *Länder*, i no d'Àustria com un tot unificat, suposaria greus dificultats a l'hora de resoldre la qüestió, que plantejaré més endavant, de la forma jurídica que ha de tenir la integració: o bé mitjançant un tractat bilateral o bé per mitjà d'unes lleis paral·leles o pactades. No es pot oblidar que els *Länder* no tenen competència per concloure tractats internacionals ni per introduir

carvis substancials a la Constitució. En cas que la unificació no es duqués a terme mitjançant una ruptura jurídica, caldria que es garantís la continuïtat tant del dret austríac com del dret alemany, cosa que és desitjable per raons polítiques i legals. Així, la República d'Àustria, és a dir, el *Bund*, mitjançant un tractat de dret internacional públic o una llei orgànica hauria de dissoldre's en els seus *Länder*. Dit d'una altra manera, l'Estat hauria d'apartar-se del camí i convertir els *Länder* en estats independents per tal que siguin els mateixos estats federats els que puguin dur a terme, cadascú pel seu camí, i potser a la seva manera, la integració amb Alemanya. Els perills que comporta un procés d'aquest tipus són evidents. A més, no crec que per realitzar un procediment d'aquesta mena es pogués reunir la majoria necessària, una majoria qualificada, per aprovar una llei orgànica o un pacte que dissolgués l'Estat federal.

Sembla, doncs, que només l'altra via és accessible: la transformació d'Àustria en un estat unitari per tal de poder dur a terme la unificació. No cal insistir en la raó per la qual també aquesta solució s'enfronta amb les majors dificultats possibles. Són problemes relacionats més aviat amb la política interior. A través de l'evolució política i constitucional que hi ha hagut des de la caiguda de la monarquia, la posició dels *Länder* s'ha enfortit de tal manera, i els centres de poder en les terres de l'antic imperi representats pels governs dels *Länder* s'han consolidat tant, que la transformació d'Àustria en un estat unitari ja no és més concebible. La situació és tan desesperant que, en cas que la transformació d'Àustria en un estat unitari, amb la supressió dels seus estats federats, fos una condició *sine qua non* per a la unificació, el procés estaria condemnat d'entrada al fracàs. Entre aquests dos models contradictoris, mútuament excloents: la dissolució d'Àustria en els seus *Länder* o la dissolució dels *Länder* en un estat unitari, cal buscar una solució intermèdia. La unificació ha de suposar la integració d'Àustria com a unitat, com un sol estat federat i, com a tal, ha de rebre, amb la seva dimensió actual, la condició d'estat federat dins Alemanya. A la vegada, els *Länder* austríacs han de conservar les seves peculiaritats, sense que, d'aquesta forma, es perjudiqui la Constitució alemanya pel fet d'incorporar un nou estat federat que alhora és un Estat federal. De la mateixa manera que el *Bund* austríac patirà una pèrdua considerable de competències amb la unificació, també als *Länder* se'ls ha d'exigir que acceptin limitar la plenitud de poders actual, i encara més quan aquesta limitació, com es mostrarà aviat, serà molt menor a la que patirà el *Bund*. En general, per a l'execució jurídica de la unificació, s'ha d'establir, com a principi essencial, que l'actual Constitució austríaca romangui vigent en la mesura que sigui possible; això respon al *principi de l'economia constitucional*: aconseguir l'efecte polític més gran possible amb la mínima reforma

constitucional. Als ulls dels teòrics tradicionals, sembla que el problema que s'ha de resoldre aquí és més complicat del que ho és en realitat, perquè la teoria veu una diferència substancial, tant entre un estat federal i un estat unitari, com entre un estat federal i una confederació. En canvi, si s'analitza l'essència de l'estat federal (igual com la de la confederació i totes les altres formes d'associació estatal) des de la perspectiva d'una teoria pura del dret, prenent en consideració només els determinats graus de centralització i els tipus de descentralització possibles, és a dir, la combinació entre elements centralitzadors i descentralitzadors, s'arriba a la conclusió que la confederació, l'estat federal i l'estat unitari només descriuen diferents graus de descentralització¹ i, en conseqüència, en el nostre cas concret, no es tractaria de transformar l'estat federal austríac en un estat unitari i alterar-ne d'aquesta manera l'essència, sinó només de canviar el seu mecanisme de descentralització per tal d'adaptar la seva posició en el marc de la Constitució alemanya.

II

Per tal de començar amb un aspecte menys complicat, amb una qüestió purament superficial, iniciaré aquest apartat recomanant que es modifiqui la terminologia de la nostra constitució: l'actual Estat austríac, després de la unificació, no s'hauria d'anomenar més «*Bund*»; almenys no hauria d'usar aquesta denominació en contraposició a «*Länder*», ja que el terme «*Land*», i els mots compostos usant aquest prefix, és com la Constitució alemanya designa els estats federats; per exemple, així ho expressa a l'article 2. Les autoritats dels estats federats es diuen «*Landesbehörden*» (article 14), els seus governs es diuen «*Landesregierungen*» (Article 15). És cert que «*Land*», en el sentit de la Constitució alemanya, no és un terme incompatible amb altres denominacions que els mateixos estats federats s'atorguen a les seves pròpies constitucions. Així, els *Länder* es denominen a si mateixos «Estat», «Estat lliure», «República», a la vegada que parlen dels seus governs com a governs de l'estat. Tanmateix, si el terme «*Land*» no només s'usés per designar un estat federat, sinó que també s'utilitzés per a una estructura organitzativa ordenada a la vegada sota un altre estat federat, tal com passaria amb els nostres actuals *Länder* (la Baixa Àustria, Estíria, Tirol, etc.) després de la unificació, provocaria greus malentesos i ambigüitats. Si Àustria entra a formar part d'Alemanya com a estat federat al costat del *Land* de Baviera i del *Land* de Prússia,

1. Vegeu *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pàg. 163 i ss.

les seves regions no poden continuar denominant-se «*Länder*». Més tard exposaré quina denominació haurien de rebre els *Länder* austríacs després de la unificació. Res impedeix que Àustria, un cop integrada, prengui a la seva constitució denominacions com «república», «estat» o «estat lliure». En canvi, de ben segur que no es podrà evitar que l'òrgan legislatiu central de la república deixi d'anomenar-se «*Nationalrat*», Parlament nacional. No només perquè aquesta denominació ja no tindrà sentit per al parlament d'un territori integrat dins Alemanya, sinó perquè la Constitució alemanya, tal com disposa a l'article 36, designa l'assemblea legislativa dels estats federats amb el terme «*Landtag*». De fet, totes les constitucions dels estats federats anomenen les seves assemblees de representació popular com a *Landtag*. Hi ha un *Landtag* prussià, un de bavarès, etc. En conseqüència, el nostre actual Parlament nacional s'anomenarà també «*Landtag*», mentre que les assemblees dels nostres estats federats, que fins ara també usen el mateix terme «*Landtag*», hauran de perdre aquesta denominació. En l'organització i el mètode d'elecció (reglament electoral) del nostre actual Parlament nacional, no cal introduir-hi canvis importants. Potser caldria considerar només la utilitat que la nostra Constitució conservés la institució jurídica de la immunitat parlamentària, ja que la mateixa Carta magna alemanya estén la garantia de la immunitat als membres de les assemblees dels *Länder*. La Constitució alemanya no exclou que –per al sistema legislatiu de l'estat federat–, a més del *Landtag*, es pugui crear una segona cambra. El sistema bicameral dins un estat federat és absolutament compatible amb la Constitució alemanya. Per això, el nostre *Bundesrat*, la Cambra alta austríaca, podrà continuar existint amb la seva funció dins el procés legislatiu. Només caldria donar-li un altre nom. I aquí la Constitució prussiana ens dóna un exemple excel·lent, ja que a més del *Landtag*, la Cambra baixa, hi ha un *Staatsrat* molt similar a la nostra cambra alta, tant pel que fa a les seves competències com per la seva forma de constituir-se. Les disposicions de la Constitució de l'Estat lliure de Prússia del 30 de novembre de 1920, repertori legislatiu núm. 543, exposen a l'article 31: «Per a la representació de les províncies al poder legislatiu i a l'administració de l'estat, es constituirà un *Staatsrat*». A l'article 32: «El *Staatsrat* es compon de representants de les províncies. Les províncies són Prússia oriental, Brandenburg, la ciutat de Berlín, Pomerània, Grenzmark Posen-Prússia occidental, Baixa Silèsia, Alta Silèsia, Saxònia, Schleswig-Holstein, Hannover, Westfàlia, la província de Renània i Hessen-Nassau. A cadascuna de les províncies li correspon un representant per cada 500.000 habitants i com a mínim tindrà tres representants al *Staatsrat*. Un romanent de més de 250.000 vots es comptabilitza com a 500.000...». A l'article 33: «Els membres del *Staatsrat* i els seus suplents són escollits per les assemblees provincials (a Berlín per l'assemblea de diputats de la ciutat). A les províncies prussianes es vota amb el

sistema majoritari, mentre que a la resta el sistema electoral és el proporcional. Elegible és qualsevol persona amb dret a votar, més gran de 25 anys i que des de fa més d'un any tingui la seva residència habitual a la província. Ningú pot ser a la vegada membre del *Landtag* i del *Staatsrat*...». A l'article 34: «Els membres del *Staatsrat* voten d'acord amb la seva lliure convicció, respectant l'interès comú del poble; no estan sotmesos a mandat imperatiu». A l'article 35: «Cap membre del *Staatsrat* pot ser perseguit per la pròpia cambra o per via judicial per manifestacions realitzades en l'exercici de les seves funcions, o ser fet responsable fora de l'assemblea». A l'article 39, «Les sessions plenàries del *Staatsrat* són públiques...». A l'article 40: «El *Staatsrat* ha de ser informat constantment pel Consell de Ministres de les accions del govern. Abans de presentar un projecte de llei, el Consell de Ministres ha de donar l'oportunitat al *Staatsrat* d'emetre un dictamen, mitjançant el qual pot exposar la seva opinió divergent al *Landtag*.- El *Staatsrat* està autoritzat a presentar projectes de llei al *Landtag* a través del Consell de Ministres. Abans d'emetre reglaments, ja sigui per desenvolupar lleis com per regular aspectes organitzatius del Consell de Ministres, s'ha de consultar l'opinió del *Staatsrat* o de la seva comissió competent». A l'article 42: «contra les lleis aprovades pel *Landtag*, el *Staatsrat* hi pot presentar un recurs. El recurs s'ha de presentar davant del Consell de Ministres en el termini de les dues setmanes posteriors a l'aprovació al *Landtag*, i quedaran dues setmanes més per dotar el recurs amb les motivacions pertinents. En cas que el recurs sigui admès, la llei s'ha de tornar a presentar al *Landtag* per una nova aprovació. Si la Cambra baixa torna a aprovar el projecte de llei inicial amb dues terceres parts dels vots, s'aprova la llei. En cas que el projecte inicial s'aprovi només per majoria simple, queda revocada la llei, sempre que no sigui aprovada mitjançant consulta popular convocada pel *Landtag*. El consentiment del *Staatsrat* és necessari quan el *Landtag* vulgui aprovar despeses que superin l'import proposat o aprovat pel Consell de Ministres. En cas que el *Staatsrat* no n'atorgui el consentiment, l'acord del *Landtag* només tindrà efectes sempre que concordi amb la proposta o l'aprovació del Consell de Ministres. En aquest cas no es permet la consulta popular».

D'aquestes disposicions de la Constitució prussiana es desprèn clarament que el *Staatsrat*, la Cambra alta prussiana, fins i tot té competències més àmplies que el *Bundesrat* austríac. Primerament, en l'àmbit de la legislació, té un dret de veto suspensiu contra totes les lleis aprovades pel *Landtag*, mentre que, segons la Constitució austríaca, el dret del *Bundesrat* per presentar un recurs contra lleis queda limitat en el cas d'acords sobre determinades matèries. Alhora, la Cambra baixa prussiana necessita una majoria qualificada, és a dir, el consens de dues terceres parts

dels seus membres, per poder aprovar finalment un acord vetat pel *Staatsrat*, mentre que la Constitució austríaca només estableix la necessitat de la majoria simple. A més, la forma amb què Prússia regula un conflicte entre el *Staatsrat* i el *Landtag*, mitjançant consulta popular significa un enfortiment de la posició de la Cambra alta. El *Staatsrat* prussià té una influència significativa sobre l'administració de l'estat, capacitat que no té el nostre *Bundesrat*. D'aquesta manera, després de la integració d'Àustria a Alemanya, el *Bundesrat* austríac, no només podria continuar existint –i d'aquesta manera es conservaria un factor molt característic de l'organització federal de l'Estat austríac–, sinó que fins i tot caldria considerar si el *Bundesrat* hauria de seguir el model organitzatiu de la Cambra alta prussiana. En aquest enfortiment de l'element federalista s'hauria de veure, també, un contrapès molt útil per compensar la pèrdua de poder que patiran els *Landtage* austríacs, que després de la unificació esdevindran assemblees provincials. D'aquesta manera s'ha exposat, també, quin és el paper que podrien esperar els actuals *Länder* austríacs, pertanyents a un estat federal, quan s'integrin a Alemanya: una posició semblant a la que tenen les províncies prussianes. El paper de què gaudeixen a l'actualitat les províncies prussianes, amb un passat històric gloriós com Prússia oriental, Brandemburg, Silèsia superior, etc., també ha de ser concedit als *Länder* austríacs, sobretot perquè el seu paper actual –deixant a banda qualsevol ideologia o fraseologia federalista– no és molt diferent del que tenen les províncies prussianes, que, no obstant, són, en general, grans ens autònoms. Amb això no s'està dient que les futures assemblees provincials austríaques hagin de renunciar a qualsevol capacitat per legislar, encara que, finalment, serà necessari que, després de la unificació, el *Landtag* austríac (juntament amb la Cambra alta) rebi almenys la competència legislativa que el *Reich* atorga als estats federats, i que, per tant, amb la unificació, els actuals *Länder* austríacs transfereixin les seves competències legislatives, que de tota manera no són molt àmplies, al parlament austríac, el futur *Landtag*. Sigui com vulgui, no s'exclouria la possibilitat que les assemblees provincials, a més de gaudir de competències administratives, és a dir, a més de poder dictar actes administratius, puguin també emetre normes de caràcter general. Això suposaria exercir un dret per emetre reglaments. No hi ha cap impediment per designar, igual com ho fa la Constitució prussiana a l'article 73, com a «lleis provincials» aquestes normes de caràcter general dictades pel Parlament provincial en virtut d'una norma emanada del *Land*. No es descarta que la futura Constitució del *Land* d'Àustria, d'una manera més o menys directa, permeti als parlaments provincials dictar normes, les lleis provincials, igual com disposa l'article 73 de la Constitució de Prússia. Tanmateix, l'autonomia que tenen actualment els nostres *Länder* per atorgar-se constitucions, fet que representa un dels trets més distintius de la nostra organització federal, hauria de desaparèixer. Les províncies prussianes tampoc no

tenen autonomia per aprovar-ne una, ja que la Constitució d'aquestes províncies, és a dir, la seva organització, es regula mitjançant una llei aprovada per l'Estat central, que també pot ser aprovada pel *Staatsrat*. També es podria pensar en una reducció del nombre de membres dels futurs parlaments provincials respecte dels actuals *Landtage*. El privilegi de la immunitat atorgada als membres d'aquests parlaments provincials es podria mantenir seguint el model prussià. Tanmateix, la capacitat de les assemblees provincials per emetre normes que limitin altres disposicions que corresponen clarament a competències del *Reich* (sobretot normes que regulen el procediment penal) sembla d'una legalitat dubtosa.

Pel que fa a les modificacions constitucionals necessàries en l'àmbit del poder executiu, cal respondre primerament una qüestió que afecta més l'aparença externa que no pas el veritable contingut objectiu de l'assumpte. És la qüestió de si Àustria, com a estat federat dins Alemanya, pot i hauria de tenir un cap d'estat independent. La Constitució alemanya ho permet clarament. Alguns *Länder* alemanys tenen, a més del seu govern, un president independent, com ara tenen Württemberg i Baden. Per tant, seria possible continuar conservant el nostre President de la República com a President de l'estat federat. Tanmateix, no seria necessari ni adequat, ja que de totes les competències que té el president segons l'actual Constitució austríaca, amb la unificació hauria de renunciar a una de les més importants: a la seva funció en l'àmbit dels afers exteriors on, segons la nostra Constitució, té la possibilitat per exercir una gran influència. A més, amb la unificació, la figura del President perdria altres competències, com ara el comandament de l'Exèrcit, perquè aquesta funció passaria a l'Estat alemany. També el seu dret per designar funcionaris es reduiria considerablement, en tant que una part de les funcions del poder executiu es duria a terme per òrgans propis de l'Estat, és a dir, per funcionaris designats pel *Reich* i no pel *Land*.

Si es renunciés a la figura del President de l'Estat, també podríem dir que la funció de l'actual *Bundesversammlung* o Assemblea Federal és supèrflua, atès que no té cap altra missió que la d'escollir el President de la República austríaca, reclamar la seva responsabilitat i decidir-ne el processament, en cas que cometi un delictes exercint el càrrec. L'altra prerrogativa de l'Assemblea federal, el dret de declarar la guerra, desapareixeria, ja que Àustria seria un estat federat d'Alemanya.

L'organització del govern del futur *Land* austríac podria quedar sense variacions, tant pel que fa l'estatut jurídic com la designació dels seus membres, que en lloc de dur el prefix «*Bundes-*», *Bundeskanzler* (Canceller federal), quedarien designats amb el

prefix «*Staats-*»: *Staatskanzler*, *Staatsminister*, etc. Totes les competències d'execució que, després de la integració a Alemanya, es conservessin dins l'esfera de competències del President, s'haurien de traspasar al govern de l'estat federat; així, la sanció de les lleis de l'estat federat hauria de ser competència del canceller com a cap de govern.

La resta de l'organització de l'administració es podria, també, mantenir. A la instància mitjana se situarien els governs provincials, escollits pels parlaments provincials, que també escollirien un governador de la província, que, seguint el model prussià, probablement es designaria «President del govern», assistit per un gabinet de ministres. Per sota d'aquest nivell, se situarien els districtes, dirigits per càrrecs escollits o designats, segons les disposicions sobre l'organització dels *Länder* (les futures províncies) que encara es conservin. La qüestió de qui ha de designar el cap de la representació del districte, o bé el Govern del *Land* o bé el govern de la província –en cas que no ho faci el mateix districte–, només pot ser solucionada en el context de la regulació de les relacions bàsiques entre l'administració del *Land* i l'administració de la província. Aquest és, sens dubte, el problema més complicat que es pot originar amb la integració d'Àustria a Alemanya.

A l'hora de tractar aquesta qüestió que s'acaba d'exposar, s'ha de partir del fet que la Constitució alemanya estableix que l'execució de les lleis del *Reich* –sempre que no intervinguin òrgans administratius propis de l'Estat central– ha de ser duta a terme pels *Länder*, «els organismes administratius dels *Länder*», tal com s'expressa l'article 14 de la Constitució alemanya, mitjançant una transferència de competències. Com ja s'ha indicat abans, l'anomenada *administració directa* de l'Estat austríac sobre àmbits com els afers exteriors, l'Exèrcit, els transports i comunicacions, les finances, serà absorbida per l'administració pròpia de l'Estat alemany. Aquí caldria destacar, simplement, l'estalvi que significarà per a les finances austríaques el fet de quedar eximits de les despeses destinades als afers exteriors, a l'Exèrcit o dels, fins ara inevitables, dèficit generats pels ferrocarrils públics.

Tanmateix, pel que afecta aquella part de l'administració que suposa l'execució de les lleis del *Reich* mitjançant òrgans administratius dels *Länder*, *l'administració indirecta*, en virtut de l'article 15 de la Constitució alemanya, caldria estudiar, primerament, les conseqüències que es deriven del fet exposat ja abans: donat que el Govern del *Land*, en virtut de l'article 15, està obligat a complir les indicacions del Govern central que afecten les competències d'administració indirecta, és a dir, l'execució de lleis de l'Estat central mitjançant organismes administratius dels

Länder, i ha d'eliminar els defectes que eventualment s'originen als òrgans administratius inferiors, els provincials, el conjunt de l'administració del *Land*, en tant que dugui a terme l'execució de les lleis del *Reich*, haurà de sotmetre's al govern de l'estat federat. Per això, en aquests assumptes, l'incompliment en l'aplicació de les normes per part dels organismes locals s'hauria de poder denunciar davant el Govern del *Land*, que, alhora, tindria un dret de control sobre els organismes administratius inferiors, que li permeti, no només donar instruccions generals o concretes sobre els actes administratius que s'han de realitzar, sinó, a més, poder prendre mesures en cas que l'òrgan administratiu competent per executar la llei hagués obrat de manera il·legal. Tot això, sens perjudici que aquests òrgans administratius situats per sota del *Land* –per exemple, els governs de les futures províncies, és a dir, els governs dels actuals *Länder* austríacs– siguin escollits democràticament pels parlaments provincials de la Baixa Àustria, Tirol, Estíria, etc. Això suposaria que els antics *Länder* austríacs, que passarien a denominar-se «províncies», amb relació a aquesta capacitat per poder executar les lleis del *Reich*, tindrien en principi el caràcter d'organismes administratius autònoms. Tanmateix, el grau de descentralització de què gaudirien aquests organismes no seria complet, en tant que l'aplicació de les normes –quan es tracti de les lleis del *Reich*– no tindrà caràcter definitiu. La relació que hi ha d'haver entre l'administració local o provincial i el futur govern de l'estat federat d'Àustria és la normal dins un model d'estat unitari, sotmès a una organització burocràtica i autocràtica. L'organització administrativa dels estats federats alemanys es correspon en general amb la d'un estat unitari, i no precisament pel que fa a l'àmbit de l'administració indirecta de l'Estat, sinó en realitat, en tot allò que afecta l'administració dels *Länder*. Això passa concretament a Prússia, on hi ha la peculiaritat que l'administració del *Land* en la instància mitjana respon encara a un model autocràtic. Al costat de l'administració autocràtica del *Land*, hi ha l'administració per part d'organismes autònoms, amb les quals s'organitzen les províncies i els districtes. No obstant, aquesta administració autònoma només aplega una part petita de l'administració de l'Estat. Les disposicions referents a això dins de la Constitució prussiana diuen, article 71: «L'Estat de Prússia es divideix en províncies. L'organització de la província en districtes, ciutats, pobles i altres mancomunitats així com la constitució, els drets i els deures de les mancomunitats s'han de regular mitjançant llei». Article 72: «Les províncies administren, d'acord amb la llei, mitjançant els seus propis òrgans: a) aquelles matèries que els correspongui per llei o que voluntàriament hagin assumit (competències delegades). La llei ampliarà l'esfera de competències autònomes transferides a les províncies, i els cedirà competències delegades». L'absorció de l'administració de l'Estat per part de l'administració autònoma o, dit d'una altra

manera, la transferència de competències de l'administració estatal als organismes administratius autònoms està prevista per al futur, però encara no s'ha produït. A Àustria, en canvi, aquest procés ja s'ha completat i, tret de la relativament petita esfera de matèries administrades directament per l'Estat central, la totalitat de les competències administratives del *Bund* s'ha transferit a l'administració dels *Länder*, organitzada de forma democràtica i descentralitzada respecte del Govern central. Cal prescindir de la idea errònia que hi ha un antagonisme intrínsec entre els conceptes d'*administració central* i *administració autònoma*. En el concepte de l'*administració autònoma*, no només hi figura la idea de la *democratització*, sinó també el concepte de *descentralització*. En conseqüència, dins una administració democratitzada, dirigida per institucions representatives o per òrgans escollits per aquestes, poden donar-se àmbits amb més i amb menys descentralització. Aquesta és essencialment la diferència que hi ha entre les matèries contingudes als apartats a) i b) de l'article 72 de la Constitució prussiana, és a dir, entre «competències pròpies» dels ens administratius autònoms i aquelles «competències estatals» que s'exerceixen per delegació per part de l'Estat, les anomenades «competències delegades». En el cas de les anomenades competències pròpies dels ens administratius autònoms, el grau més alt de descentralització es tradueix en la impossibilitat, amb alguna excepció, per interposar recursos contra els actes de l'administració local davant el Govern central, que, d'aquesta manera, no té pràcticament dret de control sobre els organismes autònoms. En canvi, a Àustria, en les competències delegades, o tal com ho diem aquí, en les competències transferides, hi ha un mecanisme d'apel·lació que arriba fins a l'òrgan central de l'administració, el Govern, que té, a més, un dret de control il·limitat sobre l'organisme autònom. Des d'aquest punt de vista, caldria considerar si dins la futura Constitució del *Land* d'Àustria, integrat a Alemanya, aquella part de l'administració que no estigués encarregada de l'execució de les lleis del *Reich*, sinó de l'aplicació de les lleis emanades del *Land*, és a dir, de l'execució de les lleis acordades pel Govern o pel Parlament d'Àustria, no seria susceptible d'un major grau de descentralització que aquells organismes que representen l'administració indirecta del *Reich*. En aquestes matèries executades per l'administració autònoma local, el mecanisme d'apel·lació no hauria d'arribar fins al Govern del *Land*, sinó que la darrera instància hauria de ser el govern provincial. D'aquesta manera, el *Land* no tindria dret de control sobre el Govern de la província, que actuaria com a organisme autònom en el millor sentit de la paraula. Tanmateix, una descentralització tan àmplia com aquesta no seria necessària. Cal ser conscients que tota aquesta idea de l'autonomia administrativa prové d'una època en què l'administració de l'estat, en general, estava organitzada de forma autocràtica, a les mans d'una classe social

privilegiada. D'aquí prové l'afirmació de l'existència d'un antagonisme intrínsec entre administració de l'estat i l'administració autònoma. És una idea pròpia del dret natural, que sosté l'existència d'una comunitat lliure, amb drets naturals, proveïda de competències pròpies i contraposada a l'Estat. D'aquí també prové la desconfiança contra els organismes centrals, autocràtics, ocupats per membres de la noblesa designats pel monarca. I per aquest motiu es refusa o es limita el dret de control d'aquests poders centrals envers els organismes administratius locals, organitzats de forma democràtica i dotats del major grau de descentralització possible. En canvi, quan l'organisme administratiu central, és a dir, el Govern, és democràtic, perquè està constituït per un òrgan col·legiat escollit per la representació popular, desapareix aquesta desconfiança. *Si l'Estat és en si mateix un gran ens autònom, tota l'administració de l'estat esdevé autònoma, gestionada pels mateixos administrats; l'antagonisme entre l'administració central i l'autònoma perd també el seu sentit polític, alhora que es comprèn el fet que els òrgans inferiors de l'administració autònoma puguin estar sota el control jurídic dels superiors.* Aquesta necessitat de control queda palesa d'una forma més evident, si es considera que la democràcia de la part pot posar seriosament en perill la democràcia del tot, en tant que no hi hagin garanties per les quals la voluntat del tot, és a dir, la voluntat del poble, que es manifesta en una llei emanada de l'Estat central, s'executi correctament per la voluntat de la part, és a dir, mitjançant els actes dels òrgans autònoms inferiors. L'ideal de la justícia en l'execució de les lleis es troba en perill quan es tracta d'aplicar lleis de l'Estat central per part d'òrgans amb estructura descentralitzada i democràtica¹. Dit això, després de la unificació no es podria justificar la demanda per descentralitzar aquella part de l'administració austríaca encarregada d'executar les lleis emanades del *Land*, és a dir, la que no actuaria com a administració indirecta de l'Estat central alemany. Si es permetés la descentralització absoluta de l'administració autònoma local, per sota del *Land*, els governs provincials es convertirien en instàncies últimes de control, sense cap altre tipus de fiscalització per part dels òrgans superiors. Tanmateix, després de la unificació, encara tindria cert sentit establir diferències dins l'administració autònoma d'Àustria i descentralitzar la gestió de determinades matèries fins a un cert punt, tal com sembla admissible per a altres casos. L'establiment o el manteniment d'una jurisdicció administrativa central possibilitaria, de ben segur, en molts àmbits una àmplia descentralització. Més endavant, es tornarà a tractar la qüestió de la jurisdicció administrativa.

1. Vegeu la meua obra *Allgemeine Staatslehre*, pàg. 364 i següents.

La qüestió de quin és el grau de descentralització necessari o justificable en cas d'una àmplia democratització de l'administració està estretament relacionada amb la qüestió de la condició jurídica dels funcionaris de l'administració. Els funcionaris que no han estat escollits, és a dir, que no han estat designats d'una forma democràtica, que presten el servei públic a canvi d'un sou per mitjà del que es podria anomenar un contracte de serveis, haurien d'estar designats i pagats pel Govern del *Land*, o, en cas que es tracti de funcionaris d'organismes administratius autònoms (els antics *Länder* austríacs) haurien de ser designats i pagats per aquests mateixos organismes, és a dir, pels parlaments, governs provincials o representacions del districte? Els funcionaris haurien de ser sempre responsables davant el Govern central de l'estat, o, quan es tracti de funcionaris de les províncies i del districte, haurien de respondre només davant aquests organismes autònoms? Aquesta pregunta ja està en part contestada pel fet, abans esmentat, que sempre que executi lleis del *Reich*, l'administració de l'Estat federat, en totes les seves instàncies, té caràcter d'administració indirecta del *Reich*, de forma que el Govern del *Land* respon davant l'Estat central de l'aplicació d'aquestes lleis. En conseqüència, el Govern del *Land* ha d'exercir la influència adequada sobre aquells funcionaris a qui s'encarreguin competències dins l'administració indirecta de l'Estat. I aquesta influència només queda garantida quan els funcionaris han estat designats pel Govern del *Land* i responen davant seu. Segurament que seria jurídicament possible admetre com a funcionaris de l'Estat federat, només aquells que han estat designats pel mateix Govern del *Land*, mentre que als treballadors públics de l'administració provincial, com també del districte, se'ls podria donar el caràcter, respectivament, de funcionaris de la província o del districte, pel fet que cada organisme autònom designa els seus propis funcionaris, que responen dels seus actes davant els primers. També seria possible aplicar una descentralització a l'àmbit del dret dels treballadors públics i considerar tots els funcionaris dels districtes com a funcionaris provincials, pel fet que tots estan designats pel govern de la província i, en últim terme, en són responsables davant aquest mateix govern. Tanmateix, en interès de la qualificació dels funcionaris i de la seva màxima independència possible de les influències polítiques, hi ha, sens dubte, la constitució d'un estatut jurídic unificat que aplegui en la mesura que pugui totes les categories de treballadors públics; i més, quan es tracta d'un estat tan petit com és Àustria avui en dia. No obstant, la solució d'aquesta qüestió també depèn del conjunt de l'organització. Caldria evitar, en tots els casos, que dins el mateix organisme administratiu hi treballessin, al mateix temps, persones amb qualificació distinta com, per exemple, funcionaris del *Land* o funcionaris de la província. En vista de la possible unificació, cal considerar positiva la solució provisional del problema adoptada per la Llei de la funció pública de 1925:

que, en cas de produir-se la integració dins Alemanya, els funcionaris del *Bund* no passin a ser funcionaris de la província. En cas que, gràcies a l'ampla democratització, se superi el dualisme a l'administració, és a dir, l'anomenada «doble via» propiciada per la coexistència d'un aparell estatal autocràtic junt amb un aparell autònom, desapareixeria també el dualisme de cossos de funcionaris.

La jurisdicció administrativa d'Àustria, sostinguda principalment pel Tribunal Superior Administratiu i pel Tribunal Constitucional, també podria continuar existint en la seva forma actual. Les seves competències quedarien limitades a l'administració autònoma del futur *Land* d'Àustria, encara que, mentre no es constitueixi a Alemanya un Tribunal Administratiu central, les seves competències es podrien estendre també a la gestió de les matèries transferides per l'Estat als *Länder*. Fins i tot, en cas que es constituís un Tribunal Administratiu central per a tota Alemanya, el nostre Tribunal Superior podria continuar existint, encara que amb la condició que les seves decisions estarien sotmeses al control del Tribunal Administratiu del *Reich*.

El mateix passa amb el Tribunal Constitucional quan intervé, com a tribunal administratiu especial, en demandes o recursos contra els actes executius de l'administració. Un comentari a part mereix la qüestió de les conseqüències que tindrà la unificació per a tots els drets i llibertats fonamentals garantits a la nostra constitució. Dit amb altres paraules, cal preguntar-se si la Constitució alemanya conservarà els nostres drets i llibertats actuals. Mentre no hi hagi un Tribunal Constitucional alemany, la vulneració dels drets recollits a la nostra Constitució sempre podrà ser reclamada davant del Tribunal Constitucional austríac. La resta de les competències del nostre Tribunal patirà notables limitacions, ja que, després de la unificació, només podrà conèixer conflictes de competències si els litigis es deriven de disputes entre els òrgans administratius i els tribunals del *Land*. La capacitat de control del Tribunal només s'aplicarà a les lleis i els reglaments emanats d'autoritats de l'Estat federal. Alhora, conservarà la facultat per impugnar processos electorals, però només aquells que serveixin per escollir òrgans representatius austríacs. No cal dir que el Tribunal només podrà exigir la responsabilitat d'organismes administratius austríacs. En aquest cas, seria recomanable que conservés el caràcter de tribunal disciplinar per a tots els càrrecs elegits, solucionant el problema de la responsabilitat de les autoritats de les instàncies mitjana i inferior de l'administració que estiguin organitzades de forma democràtica, és a dir, aquells funcionaris de la província, del districte, o fins i tot del municipi, que hagin estat elegits. En definitiva, als funcionaris dels organismes autònoms se'ls exigiria responsabilitats de la mateixa manera que ho fa l'actual Constitució austríaca respecte del governador i dels membres del

Govern del *Land*. Tanmateix, la facultat del Tribunal Constitucional, prevista a la nostra Carta magna actual, per controlar els tractats internacionals haurà de desaparèixer.

Les modificacions que, amb la unificació, haurà de patir l'organització de la nostra justícia ordinària necessiten un estudi a part. Principalment, els canvis s'han produït a causa de les disposicions de l'article 103 de la Constitució alemanya, en virtut de les quals, el Tribunal Suprem, *Reichsgericht*, el màxim òrgan judicial alemany, representa la instància superior de tots els tribunals ordinaris. Aquí podem prescindir de les excepcions, és a dir, d'aquells casos en què el *Reichsgericht* ha d'actuar en primera instància. En conseqüència, el Tribunal Suprem austríac hauria de desaparèixer com a tal. Potser podria convertir-se en un tribunal territorial superior, com a instància entre el Tribunal Suprem alemany i els tribunals inferiors, encara que caldria solucionar aquesta qüestió en el marc de la nova organització de l'estructura judicial.

III

Si fins ara s'ha parlat només dels canvis necessaris que s'han d'introduir a la Constitució austríaca, s'haurien de comprovar també els efectes retroactius que la unificació hauria de tenir sobre la Constitució alemanya.

Es tracta principalment de resoldre la qüestió de com s'ha d'organitzar la participació atorgada per la Constitució a Àustria com a estat federat en l'aparell legislatiu i administratiu del *Reich*. Aquí cal tenir present els articles 60 i 61 de la Constitució alemanya. L'article 60 diu: «per a la representació dels *Länder* alemanys al sistema legislatiu i a l'administració del *Reich* es constitueix una Cambra alta (*Reichsrat*)». L'article 61, «Al *Reichsrat* cada *Land* té com a mínim un vot. En el cas dels *Länder* més extensos, per cada 700.000 habitants els correspon un vot. Un excedent de més de 350.000 habitants equival a 700.000. Cap *Land* pot estar representat amb més de dues cinques parts dels vots». El segon apartat de l'article 61, que estableix que «l'Àustria alemanya ha de rebre, després de la seva unificació amb Alemanya, el dret a participar al *Reichsrat* amb un nombre de vots d'acord amb la seva població. Fins que arribi aquest moment, els representants d'Àustria tindran veu però no vot», ha estat suspès provisionalment amb remissió a l'article 80 del Tractat de St. Germain. La declaració del Govern alemany, imposada per les potències aliades i els seus socis, on es manifestava la invalidesa de l'apartat 2 de l'article 61, encara que

tingui importància política, no la té des d'una perspectiva jurídica.¹ Si el Consell de la Societat de Nacions en donés, el consentiment a Àustria perquè quedés eximida de l'obligació de mantenir la seva independència, és a dir, en cas que s'eliminassin les disposicions dels Tractats de St. Germain i de Versalles que afecten la independència d'Àustria, tornaria a entrar en vigor immediatament l'apartat 2 de l'article 61 de la Carta magna alemanya. Això coincideix amb el sentit de l'article 178 de la Constitució del *Reich*, on es diu que les disposicions del Tractat de Versalles «no es veuran afectades per la Constitució»; en conseqüència, una disposició constitucional que contradigui el Tractat de Versalles ha de ser considerada suspesa durant el temps que contradigui el Tractat, però no més enllà.²

D'acord amb l'apartat 2 de l'article 61, la unificació només pot tenir lloc de forma que Àustria s'integri com un tot i constitueixi un estat feredat representat a la Cambra alta alemanya, és a dir, al *Reichsrat*. Una integració a través dels *Länder* precisaria una modificació de la disposició constitucional que afecta la integració d'Àustria, la qual cosa, com ja s'ha dit, no seria desitjable per qüestions polítiques. A més, ja es desprenen de la Constitució alemanya els motius pels quals és inacceptable una unificació duta a terme a través dels *Länder*. Si es donés aquest cas, el nombre total de vots que correspondrien als antics estats federats austríacs estaria entre els 10 i els 14, mentre que Àustria, incorporada com un tot, només tindria dret a disposar de 9 fins a 10 vots al *Reichsrat*, la Cambra alta alemanya. D'acord amb l'article 63 de la Constitució alemanya, els representants d'Àustria haurien de ser designats pel Govern austríac. També en aquest punt podria servir d'exemple la situació de Prússia, només pel fet que tant Àustria com Prússia estarien dividides en grans unitats territorials autònomes, anomenades *províncies*. En virtut de l'article 63, les administracions de les províncies prussianes designen la meitat dels vots a la Cambra alta. Això per a Àustria no seria adequat, pel fet que tindriem pràcticament tants vots com províncies, de tal forma que la nostra representació com a estat federat seria insuficient, i el repartiment dels 4 o 5 vots entre les nostres nou províncies comportaria molts problemes. En canvi, caldria considerar la solució següent com a satisfactòria, afegint a l'article 63 una disposició addicional que digués: «a més, la meitat dels vots d'Àustria s'han de designar segons el que estableixi una llei emanada del *Staatsrat* austríac». El *Staatsrat* equivaldria, tal com s'ha exposat anteriorment, a l'actual *Bundesrat*. D'aquesta manera, es respectaria

1. Vegeu Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*. 3a. i 4a. edició, 1926, pàg. 202.

2. Vegeu Giese, *Die Reichsverfassung vom 11. August 1914*, 6a. edició, 1925, pàg. 192.

suficientment la necessitat política d'una relativa independència dels antics *Länder* austríacs –que es mantindrien com a províncies autònomes–, fins i tot dins l'esfera del sistema legislatiu del *Reich*, i s'evitaria l'acusació que assenyalés la unificació d'Àustria amb Alemanya com una victòria del centralisme.

Àustria desitja que amb la unificació es produeixin també certs canvis a Alemanya. D'aquests canvis esperats, en voldria destacar només un, que ja ha estat expressat també per part alemanya, independentment de la unificació amb Àustria. I és que un dels grans avantatges que ofereix la nostra Constitució, un dels trets distintius més importants que actualment es reconeix fins i tot a l'exterior, *rau en la manera en què ha sabut resoldre la relació entre l'Estat central, és a dir, el Bund, i els Länder dins un marc legal definit*. Contràriament a la nostra Constitució, l'alemanya preveu, a l'article 48, l'ús de la força per solucionar un possible conflicte entre l'Estat central i els estats federats, l'anomenada «execució federal», i que en realitat no és res més que el recurs de la guerra; per cert, la més terrible de totes, la guerra civil. Totes les obligacions que un estat federat té davant l'Estat central són regulades de forma exhaustiva per la Constitució austríaca com a deures dels òrgans designats per la mateixa Carta magna. D'aquesta manera, en lloc de les exigències de responsabilitat col·lectiva i responsabilitat quant als resultats que imposa una execució federal (tal com amenaça l'article 48 de la Constitució alemanya en el cas que un *Land* no compleixi les seves obligacions amb l'Estat), amb totes les conseqüències terribles que això comporta, la nostra Constitució imposa una responsabilitat particular i una responsabilitat penal a l'òrgan que infringeixi la llei. És una solució molt més sensible amb els corrents jurídics actuals. La qüestió primordial de dilucidar si ha existit una infracció de la llei, ja sigui per part d'un *Land* o per part de l'òrgan que actui en representació seva, no pot ser resolta per una de les parts interessades, com ara l'Estat central, i a més per l'òrgan encarregat de realitzar l'execució federal, el President de la República, sinó que, tal com disposa la Constitució austríaca, aquesta qüestió ha de ser resolta per un tribunal imparcial, que actui com a òrgan conjunt de l'Estat central i els *Länder*. La transformació de la Cort Suprema, *Staatsgerichtshof* (article 15 de la Constitució alemanya), seguint el model del nostre Tribunal Constitucional, seria, per aquesta raó, un progrés des d'un punt de vista jurídic, acollit positivament per tots els estats federats alemanys.¹ Però a més, tots els estats federats estan interessats en què no es lesionin les seves competències d'autogovern garantides per la Constitució per mitjà d'un intervencionisme excessiu

1. Vegeu la meua dissertació: *Die Bundesexekution*, pàg. 156 i ss.

de l'Estat central, sobretot en el sistema legislatiu. La possibilitat de poder denunciar davant la Cort Suprema alemanya, actuant com el nostre Tribunal Constitucional –és a dir, amb la mateixa naturalesa–, la inconstitucionalitat de les lleis i els reglaments del *Reich* constitueix una de les garanties més importants dels principis del federalisme. Tanmateix, igual com disposa el Govern federal davant el Tribunal Constitucional austríac, també al Govern del *Reich* se li ha d'oferir la possibilitat d'impugnar lleis i reglaments inconstitucionals emanats dels *Länder*. Si la Constitució alemanya preveïés un tribunal constitucional independent amb aquestes competències, s'evitaria molta amargor, molts conflictes polítics i, alhora, una imatge de debilitat d'Alemanya des de l'exterior. En el cas que Àustria, per aquests mateixos motius, exigís un tribunal amb aquestes competències en el moment d'integrar-se a Alemanya, no només quedarien garantits els seus propis interessos, sinó els de tota la nació alemanya.

IV

Finalment ens queda per discutir, encara, la qüestió de la forma legal que hauria de tenir l'acte jurídic de la unificació d'Àustria amb Alemanya: un tractat internacional, una llei o ambdues formes a la vegada.

Un tractat internacional entre Alemanya i Àustria, com a dues parts en igualtat de condicions, no significaria pròpiament una unificació d'ambdós països en el sentit d'una integració, sinó que suposaria la unificació de dos estats sobirans per crear-ne un de nou. Tanmateix, aquesta fórmula no s'ajusta a la idea que tenen tots els partidaris de la unificació com un acte nacional, ja que l'Imperi alemany, tal com es va constituir primer el 1871, i després, com a República el 1918, és la forma jurídica que pren el poble alemany, encara que no estigui completada sobirania pel que fa al territori i a la població. Aquest no és el cas d'Àustria, ni des d'un punt de vista històric ni polític, donat que és un fragment, amb fronteres arbitràries, de la desapareguda monarquia dels Habsburg. Políticament, és importantíssim mantenir la idea que no es tracta de crear un estat per a la nació alemanya, sinó de completar l'Estat nacional alemany, que ja és una realitat actualment.

Segons l'opinió d'Alemanya, que ha de ser políticament decisiva en aquesta qüestió, la solució del problema pateix inicialment certs prejudicis. L'article 2 de la Constitució alemanya diu: «El territori del *Reich* es compon dels territoris dels *Länder* alemanys». Alhora, clarament amb referència a la futura incorporació d'Àustria, afegeix que «mitjançant una llei es podran admetre nous territoris a Alemanya, si així ho desitja la

seva població a través de l'exercici del dret a l'autodeterminació». Donat que Àustria no vol cap altra cosa que "ser admesa" a Alemanya, només cal, segons la Constitució alemanya, una simple llei per estendre la validesa de la Constitució sobre Àustria, com a nou *Land*. Tanmateix, les modificacions de la Constitució alemanya, exposades anteriorment, només serien possibles amb una llei orgànica que s'aprovés amb majoria qualificada. Una llei d'aquest tipus seria també necessària per integrar Àustria dins Alemanya, si la unificació es fes mitjançant un tractat, cosa que seria discutible. És raonable pensar que un tractat d'aquest tipus, des de la perspectiva del dret internacional públic, no seria necessari, ja que es tractaria de l'ampliació de la sobirania Alemanya sobre el territori austríac, amb la consegüent desaparició d'Àustria com a estat independent, és a dir, com a subjecte de dret internacional públic. Mitjançant una llei federal, que es correspongués amb la llei alemanya que promulgui la unificació, Àustria hauria de manifestar la seva decisió de convertir-se en un estat federat alemany, és a dir, en un *Land* en el sentit de la Constitució del *Reich*. Els primers articles de les constitucions de Baviera i de Prússia contenen les mateixes disposicions. A més, el Tribunal Constitucional austríac hauria de dur a terme totes aquelles modificacions originades per la unificació que afectarien l'organització interna d'Àustria. Donat que es tractaria d'una modificació completa de la Constitució austríaca, en el sentit a l'article 44, apartat 2, seria necessària, per a l'aplicació una consulta popular abans que fos promulgada per part del President de la República –fet que representaria el seu últim acte oficial-. Una consulta popular d'aquesta mena és una exigència que també estableix la Constitució alemanya, a l'article 2 per a la integració d'Àustria, ja que vincula la unificació amb la necessitat que el poble expressi la seva voluntat d'integrar-se exercint el dret de l'autodeterminació. Un tractat que modifiqués la Constitució i que tingués per objecte la unificació, segons l'apartat 2 de l'article 50 de la Carta magna austríaca, no podria ser sotmès a un referèndum, per la qual cosa, la forma jurídica d'un tractat –com a mínim– seria insuficient. A més, tal com ja s'ha dit abans, des del punt de vista del dret internacional públic, el tractat seria superflu, ja que la transferència de les obligacions internacionals d'Àustria a Alemanya, en concret, de les derivades del Tractat de St. Germain, i aquest és l'aspecte decisiu des de la perspectiva internacional, es produiria igualment si la unificació es realitzés mitjançant lleis paral·leles o «pactades».

* *
*

El que hem exposat aquí és una simple conjectura. Tanmateix, m'uneixo a tots els alemanys, a qui s'adrecen aquestes reflexions, amb l'esperança que les notes

d'aquesta sintonia, que ara mateix sonen des de la llunyania més remota, esdevinguin una harmonia de les veus de tots els pobles que formen la Nació alemanya, que sonin amb força arreu del món, que honren i glorifiquen una comunitat de nacions, que alhora que garanteix els drets del poble alemany, en garanteix també l'Estat.

