

C
A

COLECCIÓN
ACADÉMICA

EAFIT

Hans Kelsen

El reto contemporáneo de sus ideas políticas

Mario Montoya Brand
Nataly Montoya Restrepo

–Editores y compiladores–



ESCUELA DE
DERECHO

FONDO
EDITORIAL
UNIVERSIDAD
EAFIT

Se puede ser más explícito y a la vez más pragmático con el contenido y significado de la obra de Kelsen, vista al trasluz de estas contribuciones, por ejemplo: una cátedra comprometida no es una cátedra sino un panfleto; un juez que actúe como cuota de un partido no es un juez sino un militante; un tribunal internacional configurado en la posguerra que no se encuentre integrado por miembros de los países vencedores y vencidos no es un tribunal sino una justicia de vengadores; una ciencia que tenga una determinada misión social no es una ciencia sino una empresa; un sistema económico que someta al grueso de la población a condiciones de precariedad es un sistema injusto, así se encuentre respaldado jurídicamente; pero, igualmente, el ordenamiento que lo respalda es Derecho, independientemente de que se lo califique como injusto; Estado y Dios son sólo construcciones que se deshacen cuando el hombre deja de creer en ellas; el Derecho es uno solo, no hay ninguna diferencia entre el Derecho público y el Derecho privado, eso es parte de una ideología; la esencia del Derecho es la organización de la fuerza, y no un determinado contenido (ni la justicia, ni la verdad, ni la igualdad, ni la libertad, ni los valores). Por todo esto y más, la lectura juiciosa de la obra política de Kelsen es un reto contemporáneo.

ISBN 978-958-720-083-6



Hans Kelsen
El reto contemporáneo de sus ideas políticas

Mario Montoya Brand
Nataly Montoya Restrepo
-Editores y compiladores-



FONDO
EDITORIAL
UNIVERSIDAD
EAFIT

Hans Kelsen : el reto contemporáneo de sus ideas políticas / Mario Montoya Brand, Nataly Montoya Restrepo ... [et al.]. -- Editores Mario Montoya Brand, Nataly Montoya Restrepo. -- Medellín : Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2011.

244 p. : il. ; 24 cm. -- (Colección académica)

ISBN 978-958-720-083-6

1. Kelsen, Hans, 1881-1973 - Crítica e interpretación 2. Estado 3. Ciencia política 4. Filosofía política 5. Filosofía del derecho 6. Libertad 7. Democracia 8. Carl Schmitt 9. Eric Voegelin 10. Carlos Gaviria Díaz. I. Mario Montoya Brand, Nataly Montoya Restrepo II. Montoya Brand, Mario, ed. III. Montoya Restrepo, Nataly, ed. III. Serie. 320.1 cd 21 ed.

A1279919

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

Hans Kelsen

El reto contemporáneo de sus ideas políticas

Primera edición: marzo de 2011

© Mario Montoya Brand, Nataly Montoya Restrepo --Editores y compiladores--

© Fondo Editorial Universidad EAFIT

Cra. 49 No. 7 sur - 50. Tel. 261 95 23

www.eafit.edu.co/fondoeditorial

Correo electrónico: fonedit@eafit.edu.co

ISBN: 978-958-720-083-6

Diseño de colección: Miguel Suárez

Ilustración de carátula: Elsy Johanna López Mendoza

Editado en Medellín, Colombia

Contenido

Presentación y agradecimientos	9
--------------------------------------	---

Parte uno

Estudios panorámicos

¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen? <i>Juan Antonio García Amado</i>	19
---	----

El concepto de libertad en la obra de Hans Kelsen <i>Mario Alberto Montoya Brand</i>	95
---	----

Usos y abusos del concepto “Estado” según Hans Kelsen <i>Nataly Montoya Restrepo</i>	135
---	-----

Parte dos

Contrastes

Hans Kelsen: pensador político. Las dos ediciones de <i>Sobre la esencia y el valor de la democracia</i> (1920-1929) <i>Sara Lagi</i>	165
---	-----

Kelsen y Schmitt: dos actores políticos, dos visiones de mundo <i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	195
--	-----

“Ciencia” contra “teología” de la política. El concepto de “ciencia de la política” en la reseña de Kelsen a Voegelin <i>Roberth Uribe Álvarez</i>	207
---	-----

Parte tres

Contenido

Una anécdota global

Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia

Julio González Zapata..... 227

Los autores 239

Parte dos Contrastes

Hans Kelsen: pensador político
Las dos ediciones de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*
(1920-1929)*

Sara Lagi

*Las ideas no caen del cielo,
y nada llega a nosotros en los sueños*

Antonio Labriola

*Es necesario permanecer leal a la propia bandera
incluso cuando el barco se está hundiendo;
en el abismo esto solamente hará surgir la esperanza
de que el ideal de la libertad es indestructible
y que, sin importar cuán oscuras sean las profundidades,
con la pasión más grande, vivirá de nuevo*

Hans Kelsen

* Traducción de Leonardo García Jaramillo. Universidad EAFIT- Departamento de Humanidades.

1. Introducción: Hans Kelsen en la literatura europea

Académicos europeos, en particular filósofos del derecho, siempre han demostrado un interés entusiasta en la obra del jurista austriaco, Hans Kelsen (1881-1973). La *Reine Rechtslehre* [Teoría Pura del Derecho] de Kelsen, publicada en 1934 con una 2.^a ed. en 1960, ha sido objeto de análisis comprensivos y detallados que en años recientes han experimentado un resurgimiento del interés. Entre los estudiosos europeos internacionalmente reconocidos que se han distinguido por el estudio de la obra de Kelsen, recuerdo a Robert Walter, Horst Dreier, Mario C. Herrera, Ernst Topitsch, Simone Goyard Fabre, Mario G. Losano, Agostino Carrino, Renato Treves y Norberto Bobbio. De hecho fue Bobbio quien en la década de 1960 promovió en Italia la doctrina jurídica de Kelsen y cuyo trabajo académico acerca de la *Teoría Pura del Derecho* se ha convertido en una fuente esencial en la comprensión del pensamiento kelseniano.¹

Se han publicado recientemente trabajos monográficos muy interesantes acerca de la teoría jurídica kelseniana: desde un estudio autoría de Lars Vinx acerca de la relación entre legalidad y legitimidad en la *Teoría Pura del Derecho*, hasta una investigación de Antonino Scalone de las dimensiones políticas, teóricas y jurídicas de la primera fase del pensamiento de Kelsen.² También sobresale la reciente traducción al italiano de dos autobiografías de Kelsen editadas por Mario G. Losano.³

¹ Norberto Bobbio, *Studi generali sulla teoria del diritto*, Milán, Giuffrè, 1952; "Max Weber e Hans Kelsen", en: *Sociologia del diritto*, vol. VIII, 1981, pp. 136-182; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, ESI, 1992; *Teoria generale della politica*, M. Bovero ed., Turín, Einaudi, 1994. Permítanme recordar también el nombre y la obra de otro intelectual prominente, el liberal Nicola Matteucci, cuya introducción a la versión italiana de la segunda edición de *Sobre la esencia y valor de la democracia*, fechada en 1955, todavía es una de las contribuciones más agudas al análisis del pensamiento político y democrático de Kelsen. Nicola Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, introducción a Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, en: *Democrazia e cultura*, Bolonia, Il Mulino, 1955.

² Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford, University Press, 2007; A. Scalone, *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Turín, Giappichelli, 2008. Entre las contribuciones más interesantes al pensamiento político y jurídico de Kelsen citarí a Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Tecnos, 1996; y por el mismo autor, el "Estudio preliminar" en: Hans Kelsen, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997.

³ Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, trad. Mario G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008. El libro contiene la traducción al italiano de dos escritos autobiográficos de Kelsen: la

Adicionalmente se han dedicado contribuciones significativas a la teoría política de Kelsen, la cual se considera una parte integral de su obra más célebre, la *Teoría Pura del Derecho*. Contamos, por ejemplo, con la monografía de Christian van Ooyen que reconstruye el pensamiento político de Kelsen hasta su doctrina central, la *Teoría Pura del Derecho*, y argumenta que la separación estricta del derecho y la política, la crítica a la doctrina del derecho natural y la concepción del Estado como un orden jurídico, le habrían permitido a Kelsen reconsiderar la importancia del pueblo, de los partidos políticos y percibir de manera precisa la dinámica democrática electoral, en contraste con el positivismo jurídico del siglo XIX, el cual consideraba al Estado como una “persona” que exclusivamente portaba los derechos y era el “creador de las leyes”.⁴ En este sentido, el *liberalismo* de Kelsen sería totalmente comprensible si se estudia atendiendo el proceso de *des-sustanciación* del Estado y la soberanía; aspectos sobre los cuales empezó a presentar sus trabajos al inicio de la primera década del siglo XX.⁵

Kelsen fue, indiscutiblemente, primero y de forma más significativa, un teórico del derecho y del Estado, y el intento de algunos de sus contemporáneos por definirlo como un filósofo político es, hasta cierto punto, inapropiado. Es igualmente indiscutible que la influencia de Kelsen en la historia cultural europea del siglo XX se debió primordialmente a su obra de 1934; pero debemos recordar también que en las dramáticas repercusiones de la Primera Guerra Mundial, Kelsen fue uno de los pocos grandes intelectuales que defendió la democracia y la importancia de la libertad, la lógica de la co-existencia democrática y el principio (liberal) de la libertad de expresión.⁶

Autopresentazione de 1927 y la *Autobiografía* de 1947. Entre las principales fuentes de la biografía oficial del jurista, figura R. A. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Viena, 1969.

⁴ Sobre el positivismo jurídico europeo, véase M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweite Band, 1800-1914*, Munich, V. C. H. Beck, 1992.

⁵ R. Ch. Van Ooyen, *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003.

⁶ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* [1920], Tubinga, J. B. C. Mohr, 1929; *Demokratie. Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien*, Tubinga, J. B. C. Mohr, 1926; Hans Kelsen, “Verteidigung der Demokratie”, *Blätter der Staatspartei*, núm. 2, 1932, pp. 576-628.

La interpretación predominante, antes sintetizada, de hecho analiza la teoría de la democracia de Kelsen en términos filosóficos, clarificando sus conceptos centrales.⁷ Desde mi punto de vista, la cuestión fundamental que se está tratando no implica desligarse de los numerosos estudios –también fundamentales– que se desarrollaron alrededor de la obra de Kelsen o negar la relación en su obra entre el derecho y la política –lo cual en sí mismo sería absurdo–, tanto como reexaminar el papel de Kelsen como teórico político y defensor de principios liberales y democráticos.

En años recientes he emprendido un estudio acerca del papel desempeñado por Kelsen en el pensamiento político, desde el punto de vista de una *historiadora*, incorporando por tanto un enfoque *histórico*, es decir, una metodología que incluye la lectura directa de las obras kelsenianas acerca de: democracia, el análisis de los textos originales en relación con sus contextos histórico-políticos, la evaluación de las influencias teórico-políticas e histórico-políticas a las cuales Kelsen estuvo expuesto, la demarcación y estudio de aquellos autores y sucesos que afrontó, y una revisión adecuada a las *motivaciones políticas* de sus textos.

Hasta ahora me he concentrado en los ensayos de Kelsen acerca de su pensamiento político, escritos durante la década de 1920 y 1930, prestándole particular atención a las dos ediciones de *Sobre la esencia y el valor de la democracia* [*Vom Wesen und Wert der Demokratie*]: 1920 y 1929. Propongo un análisis comparado de estas dos ediciones, el cual incorpora tanto resultados de investigaciones previamente finalizadas, como estudios más recientes.⁸

Analizaré las dos ediciones, primero, con el propósito de adquirir un entendimiento acerca de *por qué* un teórico que rigurosamente defendió la separación de la esfera jurídica respecto a la historia, la filosofía y la política, decidió dedicarse a la teoría de la democracia, específicamente

⁷ Aún hoy considerada una obra fundamental, W. Krawietz, *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, E. Topitsch y P. Koller eds., Berlín, Duncker & Humblot, 1982.

⁸ Para la primera edición del ensayo, utilicé la traducción italiana que se encuentra en Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1920], trad. A. Carrino, Turín, Giappichelli, 2004. Para la segunda edición, la excelente versión italiana que aparece en Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bolonia, Il Mulino, 1998. De aquí en adelante, en las notas, la primera edición será indicada como *Essenza e valore della democrazia* [1920] y la segunda edición, como *Essenza e valore della democrazia* [1929].

desde 1920 en adelante; *por qué* no se limitó a explicar la esencia [*Wesen*] de la democracia –tal como sería razonable esperar del padre de la *Teoría Pura del Derecho*– sino que decidió concentrarse en clarificar qué se entiende por valor [*Wert*] de la democracia. Esta reconstrucción también tendrá en cuenta aquellos teóricos políticos que constituyeron puntos de referencia para Kelsen y explicará si, y hasta qué punto, esos dos textos, además de ser una aplicación teórico-política de las ideas e instituciones que Kelsen estuvo desarrollando en sus estudios acerca del Derecho, constituyen un intento personal por hacer frente a la realidad de su tiempo. Las siguientes páginas son un esfuerzo por formular algunas respuestas a estas cuestiones con el objetivo, no tanto de presentar un retrato intelectual de Kelsen, sino más bien de analizar y revelar su contribución al pensamiento democrático europeo en la caótica época posterior a la Primera Guerra Mundial.

2. La primera edición de *Sobre la esencia y valor de la democracia*: desde la caída del imperio Habsburgo hasta el nacimiento de la Rusia Soviética

En 1920, cuando apareció la primera edición de *Sobre la esencia y valor de la democracia* en la prestigiosa revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Kelsen ya era un teórico jurídico internacionalmente estimado en los campos académico y científico. Su participación en la redacción de la primera constitución democrática de Austria (1920) y su papel como consejero para asuntos constitucionales (un cargo de gran responsabilidad que le fue ofrecido por su amigo Karl Renner, líder del Partido Social-Demócrata Austriaco), convirtieron a Kelsen en una figura pública destacada en Austria. Kelsen había sido testigo de primera mano de la caída del Imperio y del posterior nacimiento de la nueva República Austriaca. En 1918 los conservadores y los socialistas conformaron una alianza (no sin atravesar por muchos problemas) para formar dentro de Austria nuevas instituciones y un derecho electoral, una nueva constitución y una renovada estabilidad social y política.⁹

⁹ Me refiero a Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen. Los orígenes de "De la Esencia y valor de la democracia"*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007, pp. 126-157. Ver también, R. Owerdieck, *Parteien und Verfassungsfrage in Österreich. Die Entstehung des Verfassungsprovisoriums der Ersten Republik 1918-1920*, Munich, R. Oldenbourg, 1987, pp. 19ss.

Entre 1918 y 1920 la democracia, los derechos y la representación, tenían para Kelsen una importancia y una “corporeidad” que se extendían mucho más allá del mundo teórico y académico del cual provenían. *Sobre la esencia y valor de la democracia* fue publicado el año en que se promulgó la Constitución Democrática Austriaca, a la cual Kelsen realizó una contribución esencial con la introducción de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.¹⁰ Siguiendo los pasos de los importantes cambios políticos e institucionales por los que Austria estaba atravesando, el ensayo puede considerarse un intento por pensar la democracia en términos teóricos, con la confianza de que fue alguien como Kelsen quien había visto establecer, desde el interior del proceso constituyente, instituciones democráticas y republicanas que al parecer podían resistir la prueba del tiempo.¹¹

Como en sus tratados jurídicos, en *Sobre la esencia y valor de la democracia* Kelsen demarca su línea de razonamiento con claridad y precisión en la exposición: la democracia como sistema político estaba caracterizada por la participación indirecta de los ciudadanos en las decisiones políticas, un sistema de representación, en donde se daba la inevitable separación entre el gobernante y los gobernados, así como la garantía de los derechos fundamentales.¹² Kelsen deduce estos elementos de la democracia mediante una clara distinción entre *democracia ideal* y *democracia real*. La primera se refiere a la perfecta “síntesis entre libertad e igualdad”, la total “auto-determinación” de sus sujetos. Pero la “autonomía” absoluta postulada por la democracia ideal entra en conflicto con la existencia de un “orden social” que era, por el contrario, heterónomo.¹³ De acuerdo con Kelsen, el teórico clave para dirigirle esta cuestión era Jean-Jacques Rousseau. En *El contrato social* el filósofo ginebrino había identificado dentro de la democracia directa la única forma política capaz de conciliar la aspiración por total autonomía —característica de la democracia *ideal*— con la heteronomía del orden social. En su opinión, sólo la

¹⁰ Jurisdicción constitucional [N. del T.].

¹¹ Kelsen hizo parte del Subcomité para Cuestiones Constitucionales para redactar el texto definitivo de la Constitución.

¹² Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1920], trad. A. Carrino, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 3-32.

¹³ *Ibid.*, pp. 5-6.

democracia directa podría realizar la identidad existente entre la voluntad de los gobernados y la voluntad de los gobernantes.¹⁴

Kelsen reconoce que la democracia concebida por Rousseau está fundada en la voluntad soberana del pueblo, entendida como la voluntad general, “homogénea”, la cual no permitía fracturas entre la mayoría y la minoría.¹⁵ En relación a este aspecto puntual de la teoría de Rousseau, fue que Kelsen enfocó sus críticas sosteniendo que en el momento en el cual la democracia deja de ser un ideal y se convierte en un “sistema”, la dicotomía (dentro de la comunidad política) entre la mayoría y la minoría probaría ser inevitable en sí misma debido a la imposibilidad de alcanzar decisiones *unánimes*.¹⁶

Para Kelsen, la regla de la mayoría, como una parte integral de la democracia real, tiene una importante implicación teórica: si la libertad consiste sólo en “auto-determinación política”—es decir, en la concurrencia de voluntades entre quienes mandan y quienes obedecen— entonces, sólo quien perteneciera a la mayoría sería libre. En este sentido, la democracia real significaría la ventaja de los más fuertes en detrimento de los más débiles.¹⁷ De acuerdo con Kelsen, sólo es posible salir de esta (aparente) paradoja al evolucionar de una idea “individualista” de libertad (es decir, libertad entendida como auto-determinación de sujetos individuales) hacia una idea de libertad que es “colectiva o política”. En la democracia real, concluye Kelsen, es inalcanzable una correspondencia perfecta entre la voluntad de los gobernantes y la voluntad de los gobernados, pero el margen entre los dos sí puede ser reducido (garantizando entonces una mayor aproximación a la idea original de democracia) por medio de la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado o por un sistema de representación *proporcional*.¹⁸

De forma distinta al principio mayoritario, el cual conforme a Kelsen está basado en la subordinación de la minoría a las ventajas de la mayoría, el sistema proporcional garantiza una compleja representación de ideas,

¹⁴ *Ibid.*, pp. 4-8.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 7-9.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 12-14.

intereses y opiniones. En otras palabras, para Kelsen, tiene cierto mérito la regla de la mayoría como un principio de toma de decisiones, pero a nivel de la representación, la minoría también tiene el derecho a expresar sus propias opiniones así como a ejercer influencia en la vida política del país. La premisa del sistema proporcional consistía en la presencia de un amplio rango de derechos fundamentales que se les reconocen a todos los ciudadanos y poderes políticos. Kelsen subrayó el punto en virtud del cual el sistema proporcional refuerza la visibilidad de la minoría y, por lo tanto, contribuye indirectamente con la salvaguarda de los derechos y la difusión de un clima liberal.¹⁹

En términos prácticos, el mecanismo de la representación proporcional comporta una constante búsqueda por *acuerdos y compromisos* entre la mayoría y la minoría en la administración de los asuntos públicos, lo cual, en el cometido de prevenir que el derecho se vuelva *sic et simpliciter*²⁰ el “dictado” [*diktat*] de la mayoría, reduce la disparidad entre la voluntad del Estado y la voluntad de los ciudadanos o, mejor dicho, entre la voluntad de los ciudadanos pertenecientes a la mayoría y aquellos de la minoría.

Desde el punto de vista de la auto-determinación política, no puede permitirse que parezca admisible que sólo la mayoría puede enviar sus representantes al Congreso, que los intereses de la minoría, o de las minorías, sean representados por los delegados del partido de la mayoría. Para no ser dominada por la voluntad de otro, la minoría sólo puede ser representada por delegados de su propio partido. [...] Si no desde un punto de vista jurídico, es de la mayor importancia desde lo psicológico que la minoría sea representada al lado de la mayoría, y con una presencia tan considerable como sea posible.²¹

El énfasis de Kelsen en el compromiso entre la mayoría y la minoría como un factor esencial de la representativa y moderna democracia real, no era solamente la consecuencia de la lógica interna del texto, sino que es mejor entendido en el contexto histórico y político en el cual fue de-

¹⁹ *Ibid.*, pp. 18-19.

²⁰ Expresión del latín que puede significar en este contexto “Simplemente así” [*N. del T.*].

²¹ *Ibid.*, p. 18.

sarrollada la versión de 1920, y en particular en relación con la posición de Kelsen respecto a la reforma electoral introducida en Austria después de la caída de los Habsburgo. Abogar en favor de la representación proporcional en 1920, era todo menos una conclusión previsible: la historia del Imperio Austriaco estaba caracterizada hasta 1907 —año en el cual el sufragio universal fue introducido— por un mecanismo electoral altamente discriminatorio, el así llamado *Kuriensystem*: un sistema bajo el cual la población estaba subdividida en cinco “curias”, o clases electorales, que enviaban al parlamento un número establecido de delegados “proporcionales” a los impuestos pagados por el respectivo Estado.

Como resultado, las clases más ricas, aunque menores en número, tenían derecho a un mayor número de delegados en comparación con las clases más pobres.²² No obstante la adopción del sistema de sufragio universal, el *Kuriensystem* permaneció siendo efectivo en las Asambleas regionales del Imperio. Se mantuvo además el principio de mayoría absoluta en virtud del cual quienes obtuvieran un voto mayoritario que fuera igual al 51%, podrían ser elegidos al parlamento. De esta forma, el restante 49% de la población no contaba con la representación adecuada.²³

En la época siguiente al final de la Primera Guerra Mundial, fueron los Social-demócratas de Karl Renner y los Nacionalistas Alemanes quienes demandaron (hasta que fue finalmente introducido) un sistema electoral coherente y democrático que comportara un mecanismo de representación proporcional.²⁴ Kelsen mismo participó en el debate acerca del sistema electoral a través de una serie de artículos publicados en distinguidos periódicos vieneses, en los cuales anticipó ciertas consideraciones respecto a la democracia representativa y al sistema proporcional, que posteriormente aparecieron en *Sobre la esencia y el valor de la democracia*.

Debido a la discriminación electoral y al “clima de guerra” que había caracterizado las relaciones entre las fuerzas políticas de los Habsburgo,

²² O. Lehner, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte. Mit Grundzügen der Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Viena, Universität Verlag, 2002, pp. 246-248; R. Liertzer-Loebenstein, *Wahlreformversuch in den österreichischen und böhmischen Ländern Cisleithaniens 1895-1910*, Dokt. Dissertation, Viena, Biblioteca Nacional, 1980, pp. 28-38 y pp. 54-56.

²³ *Idem.*; W. Brauner, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte. Einführung in Entwicklung und Struktur*, Viena, Manzsche Verlag, 1992, p. 159.

²⁴ *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung*, s.d., p. 312.

Kelsen vio en la representación proporcional el próximo paso que debería darse en la creación de una comunidad política renovada y más civil.²⁵ En tales artículos, así como en la versión de 1920 de la estudiada obra, Kelsen correlacionó la representación proporcional con la cuestión (filosófica) de acortar las distancias entre la voluntad del Estado y la voluntad de los ciudadanos para alcanzar el ideal democrático tanto como fuera posible; pero es interesante observar que la cuestión relativa al sistema proporcional en la Austria de postguerra tenía una particular urgencia y necesidad de concreción, tanto que condujo al gran jurista a intervenir directamente.²⁶

En el párrafo de *Sobre la esencia y el valor de la democracia* dedicado a los “beneficios” de la representación proporcional, hay una extensa nota en la cual Kelsen se ocupa de uno de los problemas cruciales de la teoría democrática, a saber, la representación. Kelsen sostuvo que la definición de parlamento como “órgano del pueblo” en el cual existiría una perfecta coherencia entre la voluntad del parlamento y la voluntad del pueblo, era una simple “ficción”, considerando que la representación parlamentaria, como opuesta a la “consensual”, estaba basada en un “mandato libre que no era vinculante”.²⁷ Tal ficción resultó útil para salvaguardar el “dogma de la soberanía popular”, es decir, la idea de que el pueblo soberano continuaba detentando directamente el poder legislativo, cuando de hecho, en la democracia real, tal poder se encontraba en las manos del parlamento.²⁸

El parlamento representaba al Estado, no al pueblo, por lo tanto tenía que ser considerado un “órgano del Estado” y no del pueblo. Kelsen

²⁵ Hans Kelsen, “Das Proportionalssystem”, *Der österreichische Volkswirt*, 23 de noviembre de 1918, pp. 115-118; Hans Kelsen, “Ein einfaches Proportionalwahlsystem”, *Arbeiter Zeitung*, 24 de noviembre de 1914, pp. 2-3; Hans Kelsen, “Der Proporz im Wahlordnungsentwurf”, *Neue Freie Presse*, 1º de diciembre de 1918; Hans Kelsen, “Das Proportionalwahlsystem”, en: *Der österreichische Volkswirt*, 7 de diciembre de 1918, pp. 147-151.

²⁶ Véase, puntualmente, H. Kelsen, “Das Proportionalssystem”, *Der österreichische Volkswirt*, 23 de noviembre de 1918, p. 115.

²⁷ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1920], trad. A. Carrino, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 20-21.

²⁸ *Idem.*

llegó a esta conclusión mediante reflexiones puramente jurídicas que parecen referir a la obra de Max Weber, *Economía y sociedad* [*Wirtschaft und Gesellschaft*] en la cual el sociólogo alemán identificó la piedra angular para distinguir entre la representación parlamentaria y la representación política, y es que la segunda es consensual.²⁹ La concepción del parlamento como un “órgano del Estado” es bastante interesante porque contradice lo que Kelsen había afirmado en su obra de 1911, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* [*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*], la cual sería posteriormente incorporada en la *Reine Rechtslehre*, donde la “purificación” del derecho por elementos extra-jurídicos estaba acompañada por una reflexión global acerca del significado del Estado y del parlamento, definido éste como un “órgano de la sociedad”.³⁰

Posteriormente en los artículos de 1918 acerca de la representación proporcional, Kelsen debatió respecto al parlamento entendido como el “órgano del pueblo”.³¹ Se vuelve, por lo tanto, pertinente investigar en perspectiva el razonamiento tras tal cambio. La definición del parlamento como un “órgano del Estado” puede rastrearse hasta el proceso de *juridificación* de los conceptos de “Estado”, “soberanía” y “pueblo”, el cual Kelsen inició en los *Problemas fundamentales de la teoría del derecho público* [*Main Problems in the Theory of Public Law*], en los cuales hay ya referencia a la naturaleza ficcional de la representación,³² y que fue también investigado en años siguientes.³³

²⁹ Max Weber, *Economia e società*, Milán, Comunità, vol. I, 1961, p. 172.

³⁰ Para la conexión entre “purificación” del concepto de Estado, de un lado, y la definición del cuerpo legislativo, de otro, como “órgano de la sociedad”, véase el trabajo fundamental de Maurizio Fioravanti, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”, en: G. Gozzi y P. Schiera eds., *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bolonia, Il Mulino, 1986; H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986.

³¹ Hans Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del Diritto pubblico*, A. Carrino ed., Nápoles, ESI, 1997, pp. 457-458; Hans Kelsen, “Das Proportionalsystem”, en: *Der österreichische Volkswirt*, 23 de noviembre de 1918, p. 116.

³² Resulta importante, por tanto, señalar que la justificación del parlamento como un “órgano estatal” en los términos mencionados atrás, aparece por primera vez en el ensayo de 1920.

³³ Pensemos, por ejemplo, en H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübinga, J. B. C. Mohr, 1920.

En este sentido, la crítica a la naturaleza ficcional de la representación parlamentaria debe ser entendida como una especie de “extensión” del ensayo sobre la democracia, con una reflexión esencialmente teórico-jurídica, que había iniciado en 1911.³⁴ Esta explicación –bien establecida y fundada– no clarifica, sin embargo, una cuestión de gran interés para mí: por qué Kelsen había sentido la necesidad de usar el término y el concepto “parlamento” como un “órgano del Estado” específicamente iniciando con el ensayo de 1920, o en lugar de ello, por qué Kelsen había realizado esta elección terminológica puntual en una obra de teoría política y democrática.

Una respuesta posible podría encontrarse en las páginas iniciales de *Sobre la esencia y el valor de la democracia* cuando Kelsen afirma que su objetivo era comprender la verdadera naturaleza de la democracia, precisamente en un momento histórico en el cual demasiados movimientos políticos y líderes se llamaban a sí mismos “democráticos” no obstante sin contar, en su opinión, con los requisitos apropiados como para ser legítimamente considerados de esa forma. Entre tales movimientos y líderes los principales eran, para Kelsen, el Bolchevismo y Lenin, con su farsa de haber creado una “verdadera democracia”, una democracia directa, capaz de superar el “viejo” sistema parlamentario.³⁵

Por el contrario, Kelsen percibió en los soviéticos las nuevas estructuras de poder creadas por los bolcheviques a través de “micro-parlamentos” –y, por lo tanto, “órganos del Estado”– cuya proliferación había conducido paradójicamente a una forma “hipertrófica” de parlamentarismo.³⁶ Además, la profecía de Lenin acerca de la desaparición de la burocracia en la sociedad comunista del futuro le parecía a Kelsen infundada, no

³⁴ En la Introducción a la segunda edición de los *Problemas fundamentales*, Kelsen habría podido mencionar que tuvo éxito en reconocer en el parlamento un “órgano estatal”, también gracias a su colaboración con Adolf Merkl, quien, de acuerdo con Kelsen, explicó el “orden jurídico como un sistema genético de normas jurídicas”. Hans Kelsen, “Prefazione alla seconda edizione” [1923], en: *Problemi fondamentali della dottrina del Diritto pubblico*, A. Carrino ed., Nápoles, ESI, 1997, p. 11-21. Véase sobre este punto, A. Scalone, *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 112ss.

³⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1920], trad. A. Carrino, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 3-4.

³⁶ *Ibid.*, pp. 22-23.

sólo debido a la tendencia bolchevique a “nacionalizar” la vida cultural y económica, sino también debido a su falta de viabilidad.³⁷

Aunque el poder sustancialmente autocrático de los burócratas planteaba una considerable limitación al ideal democrático, Kelsen sostenía que la organización burocrática era un aspecto esencial, y por tanto necesario, para cualquier civilización que hubiere alcanzado un nivel elevado de complejidad y especialización.³⁸ En este punto, Kelsen estaba haciendo referencia explícitamente a la obra de Max Weber acerca de la necesidad de la burocracia, interpretando la aspiración de Lenin de superar la burocracia como una fuerte tendencia hacia la anarquía, lo cual en su opinión era algo típico del pensamiento marxista.³⁹

Kelsen había tratado esta cuestión en una detallada monografía que publicó en 1920, *Socialismo y Estado [Sozialismus und Staat]*, donde describe su perspectiva del Estado como un “orden coercitivo” en contraste con la definición marxista del “cripto-anarquismo”.⁴⁰ Deseo llamar la atención no tanto con respecto a la validez o la carencia de la interpretación de Kelsen en lo que respecta a las palabras de Lenin y los soviéticos a propósito de la cuestión de la burocracia, sino particularmente al uso que Kelsen hizo de esta interpretación para completar sus reflexiones en *Sobre la esencia y el valor de la democracia*.

En la primera parte de ensayo, Kelsen utilizó el contraste entre democracia ideal (directa) y la democracia real (indirecta) para identificar los componentes fundamentales de este tipo de democracia. En la segunda parte, aplicó el mismo esquema añadiendo un pormenorizado análisis jurídico de la representación parlamentaria para entender cuál era su *valor*: Kelsen aplicó su definición de parlamento como “órgano del Estado” para atacar la afirmación bolchevique en virtud de la cual se sostenía que habían creado una democracia directa. Los bolcheviques no tuvieron éxito en su-

³⁷ *Ibid.*, p. 36. Kelsen recuerda como en *Staat und Revolution* [1918], Lenin identificó en la abolición de la maquinaria burocrática parlamentaria, una de las principales funciones de la revolución comunista. *Ibid.*, p. 22 y pp. 36-37.

³⁸ *Ibid.*, pp. 34-35.

³⁹ *Ibid.*, p. 35ss. En las notas de la obra, Kelsen cita varias veces a Max Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, s. l., s.e., 1918.

⁴⁰ Hans Kelsen, *Socialismo e Stato*, R. Racinaro ed., Bari, De Donato, 1978.

perar el parlamentarismo ni en superar la formación *mediada* de la voluntad del Estado que es inherente a una democracia real. Para Kelsen, existía una profunda diferencia entre una democracia real y el sistema político soviético, una diferencia que se manifestaba a nivel de los *valores*: los bolcheviques habían proclamado una constitución que negaba *de jure e de facto* la universalidad de los derechos, lo cual era un prerrequisito fundamental de cualquier democracia robusta y real.⁴¹ Estas palabras evocaron aquellas que fueron pronunciadas por uno de los más feroces críticos de la dirigencia del Bolchevismo, el Social Demócrata Karl Kautsky.⁴²

Las severas restricciones a los derechos civiles y políticos impuestas por la Constitución Rusa eran una parte integral de ese sistema, el cual se proclamaba a sí mismo como democrático, pero que en realidad era *dictatorial*.⁴³ Para Kelsen, los bolcheviques y Lenin estaban por lo tanto muy lejos de haber realizado una democracia, ideal o real: conforme a su criterio de *esencia*, el sistema Soviético no era más que una totalidad de micro-parlamentos y, como tal, “órganos del Estado”; por su criterio de *valor*, dicho sistema era una dictadura porque negaba los preceptos nucleares de la democracia, a saber, la libertad y los derechos.

3. La segunda edición de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*: la dictadura unipartidista

En mi opinión, uno de los temas que aún no han sido suficientemente explorados es la dramática soledad en la cual Kelsen escribió y publicó dicha edición en 1929. Pocos años atrás, en 1922, Mussolini había tomado el poder en Italia con un amplio consentimiento popular; el coloso financiero de Wall Street se había derrumbado estrepitosamente sobre Europa con resultados particularmente desastrosos para la Alemania de Weimar:

⁴¹ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1920], trad. A. Carrino, Turín, Giappichelli, 2004, p. 40ss.

⁴² Kelsen cita, en una nota, una de las obras más remarcables de Kautsky, *Die Diktatur des Proletariats* [Viena: 1919], en la cual los bolcheviques fueron acusados de haber transformado a Rusia en una despiadada “dictadura unipartidista”.

⁴³ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1920], trad. A. Carrino, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 50-51.

los movimientos anti-establecimiento –ambos en el ala derecha y en el ala izquierda del espectro político– crecieron en número y en consenso.⁴⁴

En la década de 1920 y 1930, Kelsen, una de las voces más raras que se hallaba en el disenso, publicó una nueva edición de *Sobre la esencia y el valor de la democracia* en un momento muy particular de su vida y su país: fue expulsado de la Corte Constitucional (1930) al mismo tiempo en que las fuerzas clericales conservadoras tenían éxito en la introducción de una reforma constitucional que inclinó la balanza de poder del parlamento al ejecutivo.⁴⁵ De tal forma, la naturaleza *céntrica-parlamentaria* propia de la Constitución democrática de 1920, la cual Kelsen mismo había apoyado porque vio en ella una fuerte ruptura con el pasado Habsburgo, terminó siendo severamente minada.⁴⁶

Este golpe debilitante a la Constitución estuvo acompañado por un clima de desconfianza hacia la institución parlamentaria como tal y hacia la lógica de la representación política, las cuales ya en ese entonces se consideraban –en Austria y en casi toda Europa– infructuosas e ineficaces herramientas para la toma de decisiones. Sin una debida consideración del contexto político e histórico particular de la segunda edición de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*, corremos el riesgo de perder de vista el sentido de la profunda relevancia política de la obra. En 1929 Kelsen habló de nuevo acerca de la democracia como concepto y como sistema, las cuales eran ideas adicionales que desarrollaban planeamientos ya presentes en la primera edición y que igualmente introducían nuevas reflexiones a propósito de la cambiante situación política de su país.⁴⁷

⁴⁴ G. Botz, “Fascismo e autoritarismo”, en: R. Cazzola y G. E. Rusconi eds., *Il caso Austria. Dall'Anschluss all'era Waldheim*, Turín, Einaudi, 1988, pp. 26-28; M. Mendell y, S. D'Agostino, *La prima repubblica austriaca (1918-1938)*, Nápoles, F. Ili Conte, 1990.

⁴⁵ M. Barberis, “Introduzione” a H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bolonia, Il Mulino, 1998, p. 23.

⁴⁶ Respecto a este punto, pueden consultarse los artículos de Kelsen sobre el sistema de representación proporcional, así como: Hans Kelsen, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterung herausgegeben*, 1. Teil, Viena-Leipzig, F. Deuticke, 1919, p. 7.

⁴⁷ Antes de 1929 Kelsen había publicado una serie de escritos dedicados a la teoría democrática: *The Problem of Parliamentarism* [1925] y *Sociology of Democracy* [1926], así como la ponencia presentada en el “V Congress of the German Socialogists”, el cual precisamente se convocó con el nombre: “Democracy” [1926]. Estos escritos pueden considerarse “textos preparatorios” para la versión definitiva de *On Essence and Value of Democracy*.

El principio objetivo de Kelsen era redefinir el sentido y el valor de la democracia ante su nuevo y terrible enemigo, a saber, “la dictadura de los partidos”, en particular respecto a la forma que había tomado en la Rusia bolchevique y en la Italia fascista.⁴⁸ En los dos primeros capítulos, titulados respectivamente “Libertad” y “El pueblo”, propone de nuevo conceptos que ya había enunciado en la versión de 1920: la disparidad entre la democracia ideal y la real, la referencia a Rousseau, el contraste entre la aspiración de los individuos por alcanzar una completa autonomía y la necesidad de que se sometan a reglas heterónomas, la inevitable apelación a la regla mayoritaria en el proceso de toma de decisiones y la definición de democracia real como democracia indirecta y representativa.⁴⁹

No obstante, de manera distinta respecto a la primera edición, Kelsen le dedicó amplio espacio al análisis del concepto “pueblo”: consideraba el alcance en virtud del cual el significado de la democracia ideal, “el poder del pueblo”, se correspondía con la *realidad*. El pueblo como una unidad –lo cual en su opinión se constituía en uno de los presupuestos de la ideología democrática– era una construcción filosófica porque *en realidad* aparecía “dividido por diferencias nacionales, religiosas y económicas”.⁵⁰

De vuelta a su teoría jurídica, con particular alusión a los ensayos de 1922 y 1925, respectivamente “El concepto jurídico y sociológico del Estado” [“Der soziologische und der juristische Staatsbegriff”] y “Teoría general del Estado” [“Allgemeine Staatslehre”], Kelsen observó que la unidad del pueblo era puramente “normativa” porque resultaba de la “sumisión por parte de sus miembros al mismo orden jurídico estatal”.⁵¹ En una democracia, si la unidad del pueblo coincide *jurídicamente* con su sumisión al orden estatal y con el hecho de ser un “objeto de poder”, se vuelve activo a nivel político, es decir, un “sujeto de poder” que participa periódicamente en la creación de la voluntad estatal.

⁴⁸ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bolonia, Il Mulino, 1998, p. 44.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 43-44.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 58.

⁵¹ *Ibid.*; Hans Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, Tübinga, J. C. B. Mohr, 1922; Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* [1925], Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1997.

Sin embargo, incluso en este sentido, el concepto de “pueblo” como una entidad unitaria no era válido porque en la democracia real sólo una porción de los ciudadanos –aquellos que se benefician de los derechos políticos directos– participan en la vida pública.⁵² Entre ellos es necesario distinguir, de una parte, quienes tenían derechos respecto a quienes los ejercían en realidad, y de otra parte, entre quienes “se dejan llevar ellos mismos por la influencia de otros” y quienes son guiados por la “voluntad común”. Los dos últimos configuran los partidos políticos que, para Kelsen, representan uno de los rasgos fundamentales de las democracias modernas.⁵³ Eran los partidos los que prácticamente formaban la “voluntad general” y es la pluralidad de los partidos la que garantiza que esta voluntad sea el resultado de un compromiso en lugar que de la imposición de “los intereses de un grupo en particular”.⁵⁴

Kelsen, como pensador político, estaba profundamente convencido de que la pluralidad de creencias podría engendrar automáticamente compromiso, confianza y diálogo: no ignoró las dinámicas del conflicto del cuerpo social, pero pensó que podrían neutralizarse mediante la razón.⁵⁵ Con mucha claridad tuvo una convicción en el fundamento liberal de la sociedad, lo cual en 1929 contrastaba con la realidad europea de la época, la cual estaba caracterizada por una crisis social y política incluso más dramática ante la cual sólo dos soluciones parecían posibles: una dictadura extrema –teorizada por el principal rival de Kelsen: Carl Schmitt– o la dictadura de un partido único. Sin embargo, sostengo que la referencia de Kelsen al pluralismo partidista va mucho más allá del intento –aunque anacrónico– por interpretar la situación de la época conforme a las categorías del liberalismo del siglo XIX.

Como se señaló atrás, el discurso de Kelsen acerca de los partidos, orientado para otorgarle a la democracia la imagen más realista posible, estaba fuertemente conectado con la *juridificación* del concepto “pueblo”.

⁵² Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bolonia, Il Mulino, 1998, pp. 66-68.

⁵³ *Ibid.*, pp. 62-63.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 68-69.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, véase, G. Pecora, *La democrazia di Hans Kelsen: un'analisi critica*, Nápoles, ESI, 1992.

De otra parte, sería bastante restrictivo interpretar el inquebrantable énfasis que puso Kelsen en una concepción realista de la democracia, como una “consecuencia” de su teoría del derecho, la cual de hecho le proveyó importantes herramientas conceptuales para criticar el dogma de la representación y para rebatir la idea del pueblo como un sujeto unitario. Kelsen cultivó su realismo a partir de lecturas seleccionadas, fuentes y pensadores, tales como Max Weber y Robert Michels.⁵⁶

Su insistencia en la dicotomía entre democracia real e ideal es comparable, por ejemplo, con la notable influencia del *elitismo clásico* que floreció en Italia entre el final siglo XIX y el comienzo del XX, del cual Michels fue un destacado defensor.⁵⁷ Además, la idea de partidos como sujetos políticos en las democracias modernas, fue eficazmente expresada, entre otros, por Michels y por el mismo Weber.⁵⁸

El discurso acerca de los partidos políticos en las democracias inevitablemente comporta la necesidad de enfocarse en el tema del parlamento y de la representación parlamentaria, al cual Kelsen le dedica tres capítulos completos: “La reforma del parlamentarismo” [“The Reform of Parliamentarianism”], “Representación profesional” [“Professional Representation”] y “El principio mayoritario” [“The Majority Principle”].⁵⁹ La cuestión relativa a la representación estuvo en el centro mismo del debate político europeo –alemán en particular– durante las décadas de 1920 y 1930, tal como se representa en obras como *Constitutional Theory* (1928) de Carl Schmitt, *The Essence of Representation* (1929) de Gerhard Leibholz, y *The Sovereignty. A Contribution towards the Theory of State and International Law* (1927), de Hermann Heller.⁶⁰ Kelsen mismo participó en este debate con sus textos de democracia, pero, al contrario de estos

⁵⁶ R. Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, Leipzig, Klinkhardt, 1911.

⁵⁷ F. Tuccari, *I dilemmi della democrazia. Max Weber e Robert Michels*, Roma-Bari, Laterza, 1993.

⁵⁸ Max Weber, *Economía e sociedad*, Milán, Comunità, vol. I, 1961.

⁵⁹ Los capítulos mencionados donde se realizaba una reelaboración del ensayo “Das Problem des Parlamentarismus. Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der soziologischen Gesellschaft in Wien III (The Problem of Parliamentarianism)”, Viena-Leipzig, W. Braumüller, 1925.

⁶⁰ G. Duso, *La rappresentanza. Un problema di filosofia politica*, Milán, Franco Angeli, 1998; H. Hoffmann, *Representation. Studien zur Wort und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003.

autores, no articuló la cuestión de la representación con la del poder, tanto como lo hizo con una consideración liberal más amplia referida a la salvaguarda de los derechos.

Para Kelsen el significado y el papel del parlamento y la representación política se habían vuelto increíblemente problemáticos en el año de 1920. Los partidos de derecha, por ejemplo, presionaban insistentemente por sustituir al parlamento tradicional, considerado en este punto como un “terreno para el cultivo del parloteo y la intriga”,⁶¹ con “parlamentos técnicos” o, con mayor precisión, con “organizaciones corporativas” fundadas en “grupos profesionales”.⁶² Punto por punto, Kelsen atacó tal propuesta: primero, subrayó cómo el nivel de la complejidad económica conduciría inevitablemente a la proliferación de estos grupos profesionales, cada uno con la pretensión de contar con una “organización autónoma”, lo cual generaría un enorme caos para todas las iniciativas y todos los propósitos; en el momento mismo en el que tales grupos debieran tomar una decisión conjuntamente para conseguir un acuerdo entre ellos “de acuerdo con la ideología del principio corporativo”, se toparía con una severa dificultad precisamente debido a sus propios intereses específicos; sería igualmente problemático “establecer una jerarquía entre los diversos grupos” e, incluso si tal jerarquía fuera establecida, lograr una “voluntad unitaria”.⁶³

Kelsen criticó la representación corporativa no sólo por ser *incapaz de tomar efectivamente decisiones políticas* para toda la comunidad, sino también porque era completamente inadecuada para prevenir la “dominación de clase”, la cual podría sin embargo neutralizarse por medio del “principio de mayorías dentro del espectro del parlamentarismo”, debido a que:⁶⁴

La mayoría [...] presupone, por esta definición, la existencia de la minoría y, en consecuencia, el derecho de la mayoría presupone el derecho de existencia de la minoría. A partir de esto se engendra, no tanto la necesidad sino la posibilidad de salvaguardar la minoría en contra de la mayoría. Esta salvaguarda de la minoría es una

⁶¹ La expresión pertenece a Max Weber.

⁶² Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bolonia, Il Mulino, 1998, pp. 88-95.

⁶³ *Ibid.*, pp. 96-98.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 101.

función esencial de los así llamados derechos fundamentales y de libertad, o de los derechos del hombre y del ciudadano, que están garantizados en todas las constituciones modernas de democracias parlamentarias.⁶⁵

Estas reflexiones, que ya están presentes en la primera edición de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*, vinieron a ser reintroducidas y repasadas en la segunda; así, Kelsen reiteró la importancia del mecanismo de representación proporcional de manera tal que las leyes fueran el resultado del *compromiso* entre partidos, en lugar que la imposición de la mayoría.⁶⁶ De este modo, lo que surgió no fue sólo un Kelsen como pensador político sino también como pensador *demócrata liberal*, que en la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías en contra de “la tiranía de la mayoría”, parece inspirarse en los grandes maestros del liberalismo europeo, tales como Alexis de Tocqueville y John Stuart Mill.⁶⁷

La representación política, los derechos y la dialéctica mayoría-minoría, eran los elementos constitutivos de cualquier democracia *real*; de forma igualmente fundamental, eran elementos propios de un aparato administrativo eficiente y con una elección democrática de la clase gobernante. En la segunda edición de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*, el tema de la administración fue analizado en términos teórico-jurídicos, así como en términos teórico-políticos. A los partidarios de la completa democratización de la administración, Kelsen responde *como jurista* afirmando que la “formación de la voluntad del Estado” evoluciona a lo largo de dos líneas definidas: en virtud de una de ellas, “la creación de normas generales, legislación”, y de la otra, “el cumplimiento, la restringida formación de la voluntad”. La primera fue articulada con la “idea democrática”, y la segunda, con “la idea de legalidad”.⁶⁸ La legislación se ocupa de “normas generales” y, por lo tanto, presupone un alto grado de centralización,

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 107-109.

⁶⁷ Alexis De Tocqueville, *La democracia in America*, trad. y ed. G. Candeloro, Milán, Rizzoli, 1982; John Stuart Mill, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, G. Prospero ed., Roma, Editori Riuniti, 1999.

⁶⁸ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bologna, Il Mulino, 1998, p. 118.

mientras que el cumplimiento se ocupa por su parte de normas individuales y, por lo tanto, requiere un cierto nivel de “descentralización”. Si el cumplimiento fuera democratizado, la oficina de la administración en cada jurisdicción estaría regida por los colegios electorales del pueblo, los cuales usarían su investidura democrática para contrarrestar la voluntad de la Asamblea General: “La voluntad de todos –tal como está expresada en la legislación central –se arriesga– en las diversas jurisdicciones autónomas administrativas– a paralizarse por la voluntad de una facción”.⁶⁹

En otros términos, la democratización de la administración habría conducido a su fin cualquier forma de legalidad, poniendo incluso en riesgo a la democracia misma. La naturaleza autocrática del cumplimiento era necesaria para mantener saludable la democracia.⁷⁰ De esta forma, Kelsen acabó reafirmando –aunque de manera más sistemática– un concepto previamente expresado en una polémica con las tesis de Lenin, en la primera edición de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*. Conforme a Kelsen, para el correcto funcionamiento de la democracia real era también necesario tener “instituciones de control que garantizaran la legalidad del cumplimiento” y que el control de las leyes fuera realizado por el parlamento. Las “normas individuales” y las “normas generales” “tienen que ser objeto de control jurisdiccional, las primeras basadas en la conformidad con el derecho, y las segundas basadas en la conformidad con la Constitución”.⁷¹

Kelsen, así, correlacionó la democracia con el estado de derecho o con una forma de organización política basada en la división de poderes, en la legalidad y en el control; siendo este último confiado a la jurisdicción constitucional. Según Kelsen, la minoría tiene también que contar con un recurso en este control, sin el cual la democracia sería sencillamente imposible:⁷² fuertes palabras si consideramos el clima político crecientemente intolerante y reaccionario de Austria a finales de 1920.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 120.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 120-121.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 122-123. Kelsen recuerda aquí su ensayo, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l’Etranger*, s. 1., 1928.

⁷² *Ibid.*, p. 123.

Como en la primera edición, en el ensayo de 1929, Kelsen sostuvo de nuevo que no sólo la imposibilidad de la democratización de la administración sino también la “fractura” entre los líderes y gobernados, constituyen un componente esencial de la democracia *real*, así como un límite a la *ideal*.

Con respecto a la dicotomía entre gobernantes y gobernados, para Kelsen, no existía diferencia aparente entre democracia y su antítesis: la autocracia; sin embargo, la primera es en realidad profundamente diferente de la segunda debido a que los líderes en una democracia reciben una investidura desde abajo –democrática, para ser precisos– mediante la institución participativa de la “elección” –y, precisamente por esto, pueden ser apartados de su cargo y reemplazados de forma pacífica.⁷³ Por el contrario, en una autocracia los líderes son “designados” y, por lo tanto, no son responsables ante los ciudadanos por sus acciones. De esta manera, podrían gobernar de forma “discrecional” manteniendo su poder *ad infinitum*. Según este último análisis, conforme a Kelsen, el diferente rol que desempeñan los líderes en una democracia y en una autocracia depende del hecho de que, en la primera –y en contraste con la segunda– los ciudadanos gozan de derechos fundamentales.⁷⁴

La oposición entre democracia y autocracia –que una vez más esclarece la raigambre liberal democrático del pensamiento kelseniano– fue utilizada posteriormente por el jurista para criticar a quienes definían la democracia representativa como una mera “democracia formal”, como una cubierta para encubrir intereses burgueses, a la cual es opuesta la “democracia” “verdadera” o social.⁷⁵ Para Kelsen, la democracia social promovida por los marxistas y los bolcheviques comporta un problema fundamental: resulta inevitable que se transforme en una dictadura. La democracia social tiene como principio objetivo la creación de un igualitarismo, o de un orden “justo”, social y político, en nombre del cual incluso la libertad podría ser sacrificada, si se considera necesario.⁷⁶ Como consecuencia, la

⁷³ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bolonia, Il Mulino, 1998, pp. 130-133.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 130-135.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 141.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 142.

democracia social –si se llegase a implementar– se revelaría ella misma no más que como una forma de *autocracia*.⁷⁷

En este sentido, Kelsen reintroduce el *mensaje político* de la primera edición de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*: la libertad es el *valor* de la democracia, es el “parámetro” que distingue la democracia de la autocracia. Pero la libertad civil y política, para no ser más que palabras vacías, presuponen un rango de derechos tangible y amplio, instituciones de control y, no menos importante, una mentalidad abierta y relativista, tolerante y respetuosa de las opiniones de otros, lo cual, a nivel ético, encarna la fe en el diálogo y en la comparación recíproca que, para Kelsen, era uno de los aspectos fundamentales del sistema democrático parlamentario:⁷⁸

La democracia valora la voluntad política de cada persona en la medida en que respeta por igual cada credo político y cada opinión política, de las cuales es expresión la voluntad política. Por lo tanto, la democracia otorga a cada convicción política la misma posibilidad de expresarse y de buscar conquistar las mentes de los hombres mediante la competencia liberal.⁷⁹

4. La democracia de Hans Kelsen: un intento de síntesis

El enfoque histórico utilizado en nuestros análisis nos permite reunir las particulares motivaciones que estaban ocultas dentro de las dos ediciones de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*: la primera versión parece intervenir en la construcción del nuevo Estado Democrático Austriaco y, al mismo tiempo, contiene la (polémica) respuesta de Kelsen al modelo bolchevique. Este punto conserva un importante objetivo, aunque menos explícito e insistente, incluso en la segunda edición –es suficiente recordar la crítica que Kelsen dirigió hacia la democracia social– donde, sin embargo, un nuevo elemento es introducido: al final de 1920 el principio antagónico de la democracia era el fascismo emergente y las fuerzas autoritarias que intentaban conseguir la sustitución de la representación parlamentaria por la corporativa.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 143-144.

⁷⁸ *Ibid.*, pp.146-148.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 149.

La conciencia acerca de los diferentes *contextos histórico-políticos* que permea las dos ediciones no puede hacernos olvidar, sin embargo, que bien sea en 1920 o en 1929, Kelsen empezó por formular el significado de la connotación ideológica que le atribuía a la democracia. Si no deseamos reducir toda la concepción democrática de Kelsen a un “apéndice” de su *Teoría Pura del Derecho*, entonces tenemos que preguntarnos a nosotros mismos *como historiadores* quiénes fueron los pensadores y cuáles fueron las teorías tras esta concepción. La influencia de Max Weber resulta claramente demostrada en la creencia de Kelsen de que la burocracia y el aparato administrativo no pueden ser eliminados porque son componentes que integran las sociedades modernas caracterizadas por una gran complejidad. Tal influencia también se reflejó en la definición de Kelsen de la burocracia como un poder autónomo y autocrático.

Posteriormente, Kelsen parece aproximarse hacia la Escuela del elitismo clásico, desarrollando un análisis crítico relativo al significado de la democracia, a partir del cual subrayó la disparidad entre la idea de democracia, entendida como el poder del pueblo, y la democracia real que propaga la dicotomía entre los pocos que gobiernan y los muchos que obedecen.⁸⁰

Es bien sabido que Kelsen leyó a Michels, Pareto y Mosca, así como a los padres fundadores del elitismo; asimismo que valoró el estudio de Michels acerca de las dinámicas oligarcas dentro de los partidos políticos,⁸¹ en la segunda versión de *Sobre la esencia y el valor de la democracia*, la atención que Kelsen le otorga a la cuestión de los partidos como auténticos sujetos de la política es, en mi opinión, atribuible a Weber así como a Michels. Aún así, de manera diferente al segundo, en Kelsen la disparidad entre *idea y realidad* de la democracia no se convierte en un pretexto para atacar a la democracia representativa o, peor aún, para rebatirla, pues en lugar de ello Kelsen los considera elementos integrales de un concepto *realista* de democracia.⁸²

⁸⁰ G. Sola, *La teoria delle élites*, Bolonia, Il Mulino, 2000, p. 7.

⁸¹ Kelsen mismo cita a los padres fundadores del elitismo en las notas de la segunda edición de *On Essence and value of Democracy*.

⁸² Sobre este aspecto, compárense las dos ediciones de *On the Essence and Value of Democracy* con el trabajo de R. Michels, “Struttura oligarchica della democrazia” [1907], en:

El realismo representa, para Kelsen, primero que todo, la necesidad de entender los *límites* de una democracia cuando procura avanzar del reino de las ideas al de la realidad: la democracia *real* no es directa, no implica la ausencia de líderes; es indirecta, representativa, fundada en la dialéctica parlamentaria entre mayoría y minoría, en la distinción entre gobernantes y gobernados, y en los partidos políticos.

No obstante, es precisamente en las fuertes limitaciones de la democracia *ideal* tales como el ejercicio directo del poder por el pueblo, donde Kelsen identifica el *valor* de la democracia *real*: la formación *mediada e indirecta* de la voluntad estatal por los ciudadanos presupone, de hecho, derechos y libertades, y la garantía y salvaguarda de las segundas, por lo cual la democracia se distingue de la autocracia. El enfoque realista, así, se vuelve funcional para los propósitos de una verdadera concepción *democrática liberal*.

El asunto podría plantearse al señalar que, durante las décadas de 1920 y 1930, y siguiendo los pasos de las catástrofes políticas que atravesaban toda Europa, la fe de Kelsen en la libertad, en los derechos, en la tolerancia y en la dialéctica mayoría-minoría, se mostró dramáticamente anacronista, mientras que continuaba hablándole a los individuos cuando, por entonces, la escena política estaba invadida por las masas y demostraba poca sensibilidad por las cuestiones sociales. En este estudio, no pretendí abordar tales reflexiones –las cuales, en su momento, pueden ser analizadas críticamente en relación con el contexto histórico, político e ideológico en el cual se desarrollaron– tanto como subrayar cómo los dos ensayos de Kelsen estudiados aquí no sólo comportan una *teoría de la democracia*, sino también una *defensa* de ella.

A mi juicio, a pesar de la insistencia de Kelsen en la neutralidad y naturaleza científica de sus reflexiones, todo el modelo conceptual de estas dos obras –enfocadas, en 1920 en su polémica en contra del Bolchevismo y, en 1929, contra las fuerzas autoritarias de la derecha que apoyaban el corporativismo– está construido para defender la democracia liberal y representativa como la mejor forma de co-existencia civil y política. Los

E. A. Albertoni ed., *Potere e oligarchie. Antologia 1900-1910*, Milán, Giuffrè, 1989, p. 502; y el interesante “Il concetto di conservatorismo in politica”, *Rivista Fascista*, X - 1932, reimpresso en F. Tuccari, *I dilemmi della democrazia. Max Weber e Robert Michels*, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. 324.

dos ensayos tienen en común una opción política definida en favor de la democracia, que surge no sólo en la parte dedicada al *valor* de la democracia, sino también en la que se dedica a su *esencia*. Esta opción del *valor* es la que necesita ser destacada para evitar “arrasar” [*flattening*] el pensamiento político de Kelsen con la *Teoría Pura del Derecho*, pero también, precisamente, para subrayar la contribución de Kelsen al pensamiento democrático europeo del siglo XX.

Bibliografía

Barberis, M., “Introduzione a H. Kelsen”, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bologna, Il Mulino, 1998.

Bobbio, Norberto, *Studi generali sulla teoria del diritto*, Milán, Giuffrè, 1952.

—————, “Max Weber e Hans Kelsen”, en: *Sociologia del diritto*, vol. VIII, 1981.

—————, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, ESI, 1992.

—————, *Teoria generale della politica*, M. Bovero ed., Turín, Einaudi, 1994.

Botz, G., “Fascismo e autoritarismo”, en: R. Cazzola y G. E. Rusconi eds., *Il caso Austria. Dall'Anschluss all'era Waldheim*, Turín, Einaudi, 1988.

Brauneder, W., *Österreichische Verfassungsgeschichte. Einführung in Entwicklung und Strukturei*, Viena, Manzschke Verlag, 1992.

De Tocqueville, Alexis, *La democrazia in America*, trad. y ed. G. Candeloro, Milán, Rizzoli, 1982.

Dreier, H., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986.

Duso, G., *La rappresentanza. Un problema di filosofia politica*, Milán, Franco Angeli, 1998.

Fioravanti, Maurizio, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento”, en: G. Gozzi y P. Schiera eds., *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1986.

García Amado, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Tecnos, 1996.

_____, “Estudio preliminar”, en: Hans Kelsen, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997.

Hoffmann, H., *Representation. Studien zur Wort und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.

Kautsky, Karl, *Die Diktatur des Proletariats*, Viena, National Labour Press, 1919.

Kelsen, Hans, “Das Proportionalsystem”, *Der österreichische Volkswirt*, 23 de noviembre de 1918.

_____, “Ein einfaches Proportionalwahlsystem”, *Arbeiter Zeitung*, 24 de noviembre de 1918.

_____, “Der Proporz im Wahlordnungsentwurf”, *Neue Freie Presse*, 1º de diciembre de 1918.

_____, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterung herausgegeben*, Viena-Leipzig, F. Deuticke, 1919.

_____, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tubinga, J. B. C. Mohr, 1920.

_____, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1922.

_____, *Das Problem des Parlamentarismus. Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der soziologischen Gesellschaft in Wien III (The Problem of Parliamentarism)*, Viena-Leipzig, W. Braumüller, 1925.

_____, *Demokratie. Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien*, Tubinga, J. B. C. Mohr, 1926.

_____, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, s.l., 1928.

_____, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* [1920], Tubinga, J. B. C. Mohr, 1929.

_____, “Verteidigung der Demokratie”, *Blätter der Staatspartei*, núm. 2, 1932.

_____, *Socialismo e Stato*, R. Racinaro ed., Bari, De Donato, 1978.

_____, *Allgemeine Staatslehre* [1925], Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1997.

_____, *Problemi fondamentali della dottrina del Diritto pubblico*, A. Carrino ed., Nápoles, ESI, 1997.

_____, *Essenza e valore della democrazia* [1929], en: Hans Kelsen, *La democrazia*, M. Barberis ed., Bolonia, Il Mulino, 1998.

_____, *Essenza e valore della democrazia* [1920], trad. A. Carrino, Turín, Giappichelli, 2004.

_____, *Scritti autobiografici*, trad. Mario G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008.

Krawietz, W., E. Topitsch y P. Koller eds., *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982.

Lagi, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen. Los orígenes de "De la Esencia y valor de la democracia"*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.

Lehner, O., *Österreichische Verfassungs und Verwaltungsgeschichte. Mit Grundzügen der Wirtschafts und Sozialgeschichte*, Viena, Universität Verlag, 2002.

Liertzer-Loebenstein, R., *Wahlreformversuch in den österreichischen und böhmischen Ländern Cisleithaniens 1895-1910*, Dokt. Dissertation, Viena, Biblioteca Nacional, 1980.

Matteucci, N., *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, introducción a Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, en: *Democrazia e cultura*, Bolonia, Il Mulino, 1955.

Mendell, M. y D'Agostino, S., *La prima repubblica austriaca (1918-1938)*, Nápoles, F. Ili Conte, 1990.

Métall, R. A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Viena, 1969.

Michels, R., *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, Leipzig, Klinkhardt, 1911.

_____, "Struttura oligarchica della democrazia" [1907], en: E. A. Albertoni ed., *Potere e oligarchie. Antologia 1900-1910*, Milán, Giuffrè, 1989.

Mill, John Stuart, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, G. Prospero ed., Roma, Editori Riuniti, 1999.

Owerdieck, R., *Parteien und Verfassungsfrage in Österreich. Die Entstehung des Verfassungsprovisoriums der Ersten Republik 1918-1920*, Munich, R. Oldenbourg, 1987.

Pecora, G., *La democrazia di Hans Kelsen: un'analisi critica*, Nápoles, ESI, 1992.

Scalone, A., *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Turín, Giappichelli, 2008.

Sola, G., *La teoria delle élites*, Bologna, Il Mulino, 2000.

Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweite Band, 1800-1914*, Munich, V. C. H. Beck, 1992.

Tuccari, F., *I dilemmi della democrazia. Max Weber e Robert Michels*, Roma-Bari, Laterza, 1993.

Van Ooyen, R. Ch., *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.

Vinx, L., *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford, University Press, 2007.

Weber, Max, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, s.l., s.e., 1918.

—————, *Economia e società*, Milán, Comunità, vol. I, 1961.