

## OPINIÓN

### Idea de la Democracia en Kelsen

**Agustín Squella\***

Nadie puede atribuirse naturalmente la facultad de mandar a los demás, y todo hombre desea sustraerse a cualquier voluntad ajena a la suya. Sin embargo, el hombre no puede vivir y perpetuarse sino en sociedad, lo que presupone autoridad y coacción. La democracia, según Kelsen, establece un orden jurídico creado por los mismos sujetos que aparecen subordinados a él. En el caso de la democracia representativa los sujetos imperados por el derecho intervienen en la designación de las autoridades a las cuales se confía la producción jurídica, con lo cual la sujeción a un querer ajeno resulta suavizada.

La voluntad colectiva se encauza regularmente en el Parlamento, pero los partidos políticos contribuyen a la formación de dicha voluntad. Es preciso que se inserten en la Constitución, pues son "órganos para la formación de la voluntad estatal". El autor destaca la importancia de la protección de las minorías y de que quienes mandan lo hagan teniendo presente que el día de mañana seguramente les tocará obedecer. Luego, el ensayo subraya el carácter formal de la democracia según Kelsen y su oposición a la idea de las "democracias populares" que identifican "democracia" con un determinado orden social y económico que aspira a garantizar una cierta igualdad económica. Finalmente, se explora la vinculación que ve Kelsen entre relativismo, tolerancia y democracia.

#### **Hans Kelsen**

La obra del jurista austríaco Hans Kelsen ha ejercido una de las más poderosas influencias en el pensamiento jurídico del presente siglo. Esta afirmación, corroborada tanto por partidarios como por detractores del célebre creador de la así llamada

\* Profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso.

**teoría pura del derecho**, conserva en la actualidad una plena validez, puesto que si hoy podemos ver más de lo que Kelsen explicó con su obra, ello es a condición —en acertada imagen de Legaz— de "montarnos sobre sus hombros".

Kelsen, aunque nació en Praga, se educó y formó en Viena, ciudad por entonces económicamente decaída y capital de un otrora gran imperio, pero que, no obstante, constituyó en los inicios del siglo XX un poderoso centro expansivo y propagador del arte y de la ciencia occidentales. En Viena surgieron la escuela psicoanalítica de Freud, la música dodecafónica de Schönberg, el positivismo lógico de Carnap, la obra filosófica incomparable de Wittgenstein, la termodinámica estadística de Boltzmann, la obra literaria de Rilke, las páginas admirables de Robert Musil y su "Hombre sin atributos", la pintura de Klimt, Schiele y Kokoschka; y, por cierto, la teoría pura del derecho de Kelsen, Merkl, Verdross y Franz Weyr.

Por sus frutos culturales, alguien ha calificado a Viena, la entonces capital del imperio austro-húngaro, como la Atenas del siglo XX, por más que su trasfondo político, social y económico poseyera esa fisonomía algo siniestra que Robert Musil describe con fuerte ironía en las páginas iniciales de su libro antes señalado: "En las escrituras —dice Musil— se llamó Monarquía austro-húngara; de palabra se decía Austria, términos que se usaban en los juramentos de Estado y se reservaban para las cuestiones sentimentales, como prueba de que los sentimientos son tan importantes como el derecho público, y de que los decretos no son la única cosa del mundo verdaderamente seria. Según la Constitución, el Estado era liberal, pero tenía un gobierno clerical. El gobierno fue clerical, pero el espíritu liberal reinó en el país. Ante la ley, todos los ciudadanos eran iguales, pero no todos eran igualmente ciudadanos. Existía un Parlamento que hacía uso tan excesivo de su libertad que casi siempre estaba cerrado; pero había una ley para los estados de emergencia con cuya ayuda se salía de apuros sin Parlamento, y cada vez que volvía de nuevo a reinar la conformidad con el absolutismo, ordenaba la Corona que se continuara gobernando democráticamente...".

Kelsen, a partir de 1906, año en el que obtiene su doctorado, lleva a cabo en Viena una activa y fecunda vida, tanto académica como pública. En 1919 es designado Profesor Titular de la Universidad de Viena y, un año más tarde, redacta la Constitución Política de la República de Austria, por encargo del político liberal Karl Renner, quien se desempeñaba en ese instante como Canciller del gobierno provisional austro-alemán.

En 1930, movido por un ingrato incidente entre los tribunales ordinarios austríacos y el Tribunal Constitucional, del que Kelsen era miembro y relator, el jurista se decide a abandonar Viena y a aceptar una cátedra en la Universidad alemana de Colonia.

Kelsen, que ya en Viena había padecido cierta hostilidad por su origen judío, se aleja de Alemania tres años después de su llegada a la Universidad de Colonia, sintiendo sobre sí los indicios inequívocos del holocausto que allí se preparaba contra los de su raza. La partida fue decidida por Kelsen una mañana de 1933, cuando su esposa, mientras ambos desayunaban frente al jardín de su hermosa casa del barrio de Marienburg, leyó con estupor, en la última página del periódico, que el profesor Kelsen había sido destituido de su cargo en la Universidad.

Varios destacados juristas alemanes intercedieron en favor de Kelsen, pero éste no contó con el apoyo, que habría sido decisivo, del profesor Carl Schmitt, influyente ideólogo y consejero del partido nacionalsocialista, quien tuvo incluso la impudicia de calificar el alejamiento de Kelsen como un "saludable exorcismo". Algunos de sus colegas en Colonia ayudaron a Kelsen en la liquidación de su mobiliario y en el transporte de su biblioteca y de sus manuscritos. Nipperdey y Planitz le acompañaron también al tren el día de su partida, en un gesto que no estuvo para ellos exento de peligros.

Kelsen, conocido ya internacionalmente, recibió entonces ofertas de trabajo académico provenientes de Inglaterra, Estados Unidos y Suiza. Optó finalmente por Ginebra y luego, en 1936, aceptó una cátedra en Praga, el lugar de su nacimiento. Sin embargo, ya en la clase inaugural de su curso en la Universidad checoslovaca, un grupo numeroso de alumnos antisemitas boicoteó las explicaciones de Kelsen y abandonó el aula, dejando a Kelsen junto a un número no mayor de cinco estudiantes. La violencia contra el profesor austríaco llegó a tal punto que éste tuvo que aceptar, muy contra sus deseos, que un detective privado le acompañara en su viajes entre el hogar y la Universidad.

Kelsen, durante su permanencia en Ginebra, concretamente el año 1934, había redactado el prólogo a la edición primera de su obra más conocida, "Teoría Pura del Derecho", en el que denota, con marcado escepticismo, su soledad científica y humana en un contorno de ideologías oficiales y de profesores y funcionarios incondicionales que ajustaban su trabajo y declaraciones a las exigencias políticas de las autoridades y gobiernos cuyo poder habían decidido servir y preservar. Sin embargo, en la conclusión de este mismo prólogo, Kelsen declara altivamente su determinación de continuar trabajando al servicio del ideal de una ciencia objetiva del derecho y del estado, "con la esperanza —según su propias palabras— de que el número de aquellos que valoran más el espíritu que el poder sea mayor de lo que hoy pareciera...".

Es sólo en el verano de 1940, cuando Kelsen viaja a los Estados Unidos, que puede por fin encontrar un lugar en que se le respete y permita trabajar con la paz y la estabilidad que requiere toda tarea de orden científico. Roscoe Pound le recibe

en Harvard, calificándole como "el principal jurista del siglo", y consigue para él un nombramiento por tres años en la Escuela de Derecho, al cabo de los cuales Kelsen acepta un contrato que le ofrece la Universidad de California, sede de Berkeley.

En Berkeley pudo el autor de estas líneas conocerle personalmente, en 1967, por iniciativa del profesor Antonio Bascuñán. Instalado en su agradable y humilde casita construida en una colina de Berkeley, Kelsen derrochó en esa ocasión sencillez, inteligencia y agilidad. Trajinó entre sus libros y papeles, habló fluidamente de sus concepciones jurídicas y ofreció tomar con nosotros una taza de té que su esposa había servido en total silencio. El jurista tenía entonces 86 años.

Siete años más tarde, exactamente el 19 de abril de 1973, Kelsen moriría en esa misma vivienda. Ni su amor por la ciencia, ni sus alegres aficiones por el cine y el cultivo del jardín pudieron rescatarlo de la honda tristeza y perturbación en que lo había sumido la muerte de su esposa, acaecida a principios del mismo año 1973.

Kelsen, según testimonio de su hija, sencillamente se dejó morir. Algunos rosales dispuestos en desorden cerca de la casa y un par de afiches de actrices de la época que él mantenía en su propio dormitorio, comparecieron, así, de modo inesperado, al desfallecimiento final de uno de los mas grandes y caracterizados sabios de este siglo, quien no sólo develó la estructura del derecho y sentó las bases para su conocimiento, sino que, además, se mostró siempre como un batallador incansable del principio de que, en el ámbito de la ciencia, la verdad no puede ser lograda sino con la rectitud y el valor personal del científico.

Ahora bien, la existencia más bien áspera y en cierto modo nómade que Kelsen llevó hasta 1940, a la que no fueron ajenos, como se ha visto, los acontecimientos políticos de la época, motivó en el jurista austríaco una fuerte preocupación teórica y práctica por el tema de la democracia, que aparece volcada, de preferencia, en sus ensayos "Forma de Estado y Filosofía" y "Esencia y valor de la democracia".

Desprovistas quizá de una gran penetración y originalidad, las enseñanzas de Kelsen en torno a la democracia deben ser hoy rescatadas en nuestro medio, puesto que, no obstante, pueden ellas contribuir en alguna medida a iluminar un debate siempre renovado, aunque también muchas veces interferido por motivos de temor, prejuicios, molicie o intereses no suficientemente declarados.

Por lo mismo, la claridad del pensamiento kelseniano sobre la democracia, unida a una cierta distancia geográfica e histórica de su palabra, pueden servir entonces para desembrollar algunas auténticas confusiones sobre el particular, así como para develar algunos francos ardides, que se promueven hoy, ya deliberada ya indeliberadamente, en torno a un problema tan serio como urgente.

## Igualdad y libertad

En su explicación de la democracia, Kelsen se remonta a dos ideas básicas, las de igualdad y libertad, que el autor considera como instintos primarios de la vida social<sup>1</sup>.

En primer lugar, la conciencia de sí mismo impulsa a todo hombre, junto con ver en los demás a sus semejantes, a la idea de que nadie es superior a otro, esto es, de que todos los individuos son iguales y de que nadie, en consecuencia, puede atribuirse naturalmente la facultad de mandar a los demás.

En segundo término, y a partir de esta misma idea de igualdad, todo hombre desea sustraerse a cualquier voluntad ajena a la suya, para someterse únicamente a su querer propio. Trátase —dice Kelsen— de una "retorsión contra la heteronomía", es decir, de la no sumisión al querer ajeno, y del impulso consiguiente a reaccionar en contra de toda voluntad extraña a la propia. De este modo, la idea de igualdad presta su base a la idea de libertad.

Sin embargo, la sociedad parece ser una forma ineliminable de la existencia humana, en cuanto los hombres no pueden sino vivir en relaciones permanentes y recíprocas de cooperación y solidaridad. Por su parte, Kelsen admite la sociedad, si no como una exigencia derivada de la propia naturaleza del hombre, al menos como una realidad de la que éste no puede sustraerse. "La fundación del Estado —escribe en "Esencia y valor de la democracia"<sup>3</sup>— no tiene lugar casi nunca en la realidad social, ya que el hombre en la mayoría de los casos nace situado dentro de un régimen ya constituido, en cuyo surgimiento no le ha cabido parte, y que, por lo tanto, se le presenta desde el principio como obra de una voluntad ajena".

Ahora bien, establecidos los dos puntos anteriores, a saber, por una parte, que el hombre reconoce como instintos primarios los de la igualdad y la libertad —que presuponen la ausencia de autoridad y de coacción—, y, por otra, que el hombre no puede vivir sino en alguna forma de asociación con los demás —lo cual supone organización del poder y normas de validez objetiva para todos—, ¿cómo conciliar, entonces, dichos instintos con esta exigencia de vida en sociedad? En otras palabras, "¿cómo encontrar una forma de asociación —según expresiones de Rousseau<sup>4</sup>— que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose

<sup>1</sup> Véase Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, en el volumen del mismo título, Punto Omega, Guadarrama, Madrid, 1977, traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra.

<sup>2</sup> Id., pág. 15.

<sup>3</sup> Cit., pág. 22.

<sup>4</sup> Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, Libro I, Capítulo VI.

a los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes?".

Para Kelsen, la anterior encrucijada se resuelve con una suerte de mutación del originario instinto de libertad, que en un comienzo se presenta como la no sumisión del individuo a autoridad alguna, y que luego, como consecuencia de la vida social, se formula como una determinada exigencia acerca de la posición que al mismo individuo cabe respecto de la organización social. Kelsen refiere esta mutación como un cambio o "desnaturalización a que está sujeto el instinto primitivo de libertad en el camino que recorre la conciencia humana desde el estado de naturaleza al estado de orden político coactivo"<sup>5</sup>.

En otras palabras: aquel instinto primitivo y hostil que enfrenta al individuo con los demás, y que demanda, en principio, rechazar toda forma de organización social, se trastoca en una exigencia que los individuos dirigen a la sociedad acerca de la posición de ellos en ésta, concretamente en el sentido de que el orden social se conforme sobre la base de la voluntad y aquiescencia de los mismos individuos que resulten sometidos a él.

Lo anterior significa que siempre habrá discrepancia entre la voluntad individual y el orden de la sociedad, reduciéndose el problema, en consecuencia, a la búsqueda de la forma de organización social, y en concreto del Estado, en la que dicha discrepancia quede disminuida al mínimo posible. De este modo, el conflicto entre la libertad individual y el orden social es, como dice Kelsen, "insoluble", puesto que todo orden social reclama para sí una validez objetiva que trasciende la voluntad singular de cada uno de los individuos que aparecen sometidos a él, aunque, por lo mismo, tiene sumo interés preguntarse, acto seguido, cuál puede ser el modo de instaurar un orden social que, no obstante su definitiva heteronomía, resulte determinado de alguna manera por la voluntad de los sujetos sometidos a él<sup>6</sup>.

El problema de la libertad como autodeterminación del individuo singularmente considerado, pasa así a convertirse en el problema de la autodeterminación colectiva con vistas a la formación del gobierno social.

## **Democracia**

Sobre la base de las ideas previamente expuestas acerca de la igualdad y la libertad, Kelsen considera que la democracia es la forma de gobierno que, precisamente, se corresponde mejor con la idea de libertad, aunque no ya en el sentido de ese instinto primario de que hablábamos hace un instante, sino en

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit, pág. 18.

<sup>6</sup> Id., pág. 20.

el de autonomía o autodeterminación políticas, lo cual equivale, según se recordará, a sustituir la idea absoluta de la no sumisión por la noción relativa de la sumisión a un querer propio y, más específicamente, a un querer delegado.

Para Kelsen, la democracia corresponde a la idea "de una forma de estado o sociedad en la que la voluntad colectiva o, más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo". "Democracia —dice el autor— significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder, y gobierno del pueblo por el pueblo"<sup>7</sup>.

Lo anterior —siempre según Kelsen— puede ser realizado únicamente en la medida en que el orden jurídico estatal sea creado por los mismos sujetos que aparecen subordinados a él, ya sea a través de una asamblea popular, como en el caso de la democracia directa, o de un parlamento y autoridades dotadas del poder de producir normas jurídicas que hayan sido instituidas como tales con arreglo al principio del sufragio universal e igualitario, como ocurre, por su parte, con la democracia representativa. De este modo, supuesto un régimen democrático representativo de gobierno, los sujetos imperados por el derecho, si bien no intervienen directamente en la creación de las normas jurídicas, sí lo hacen, en cambio, en la designación de las autoridades a las cuales se confía la producción jurídica al interior de la comunidad, con lo cual, como no cabe duda, esa sujeción a un querer ajeno en que consiste la heteronomía resulta suavizada de manera bastante significativa.

## Partidos políticos

Ahora bien, y en un punto que no carece de interés, Kelsen atribuye decisiva importancia a los partidos políticos en la formación de la voluntad general o común que se expresa en una democracia, puesto que ve en ellos un factor difícilmente sustituible para conseguir, precisamente, una formación y exteriorización confiables de esa misma voluntad colectiva.

Kelsen califica a los partidos políticos —literalmente— como "uno de los elementos más destacados de la democracia real", señalándoles como su fin propio el de "reunir a los afines en ideas con objeto de garantizarles una influencia eficaz en la marcha de la vida pública"<sup>8</sup>.

Sostiene Kelsen que la voluntad colectiva encuentra su cauce regular en el parlamento, pero que los partidos políticos contribuyen en parte muy importante a la formación de dicha voluntad, en la medida en que preparan las diversas alternati-

<sup>7</sup> Id., pág. 30.

<sup>8</sup> Id., pág. 35.

vas de dirección que esta misma voluntad puede tomar en un momento dado.

La democracia, según el autor, "descansa sobre los partidos políticos" y de allí la necesidad, también admitida por Kelsen, de que los partidos se inserten en la misma Constitución Política del Estado, "conformándolos jurídicamente como lo que de hecho son ya hace tiempo: órganos para la formación de la voluntad estatal"<sup>9</sup>.

"No hace mucho tiempo todavía —escribe Kelsen a este respecto— las legislaciones desconocían oficialmente la existencia de los partidos políticos como órganos constitucionales del Estado, en especial, adoptando frente a ellos una actitud abiertamente negativa, y aún hoy no se tiene plena conciencia de que la hostilidad de las antiguas monarquías centroeuropeas contra los partidos, y la contraposición esencial establecida por la ideología de la monarquía constitucional entre los partidos políticos y el Estado, no era sino una enemistad mal disimulada contra la democracia". Y agrega el autor: "Es patente que el individuo aislado carece por completo de existencia política positiva por no poder ejercer ninguna influencia efectiva en la formación de la voluntad del Estado, y que, por consiguiente, la democracia sólo es posible cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos...". "Sólo por ofuscación o dolo —agrega todavía— puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un **Estado de partidos**"<sup>10</sup>.

Luego de ponderar en la forma indicada el papel y significado de los partidos políticos. Kelsen se hace cargo de la crítica que se dirige a menudo contra el sistema de partidos, consistente en que éstos, al constituirse como representantes de determinados intereses de grupo dentro de la sociedad, resultarían incompatibles con el bien común que debe orientar la formación de la voluntad general y la actividad consiguiente del Estado.

A este respecto, y sin pasar por alto que junto a los partidos de intereses pueden existir también los partidos doctrinales, Kelsen llama la atención acerca de que el egoísmo atribuido a las colectividades políticas no es una nota propia ni exclusiva de éstas, sino de casi toda organización humana y, aún, del hombre mismo. Por lo demás —continúa razonando el autor—, y descontados ciertos intereses básicos que condicionan la exis-

<sup>9</sup> Id., pág. 36.

<sup>10</sup> Id., pág. 36.



tencia de toda sociedad, la existencia de "un ideal colectivo superior a los intereses de grupo y, por consiguiente, suprapartidista, o sea, la solidaridad de intereses de todos los miembros de la colectividad sin distinción de confesión, clase, etc.", es algo bastante improbable, algo que, a fin de cuentas, Kelsen se atreve a calificar como una "ilusión metafísica", o, mejor dicho, "metapolítica"<sup>11</sup>.

Por lo demás, la diversidad de los intereses al interior de toda comunidad organizada, lejos de constituir para Kelsen un obstáculo para la democracia, facilita el debate de las distintas posiciones y el tipo de soluciones de carácter transaccional, propias del régimen democrático. "La democracia es discusión" —nos recuerda Kelsen— y, por ello, "el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso", procedimiento éste que la democracia prefiere a la imposición violenta de la voluntad de unos sobre la de otros, "ya que de ese modo se garantiza la paz interna"<sup>12</sup>.

"La voluntad colectiva —escribe Kelsen—, dentro de la inevitable pugna de intereses acreditada por la experiencia, si no ha de ser la expresión unilateral del interés de un grupo, sólo puede consistir en la resultante o transacción de intereses divergentes, y la articulación del pueblo en partidos políticos significa propiamente la creación de condiciones orgánicas que hagan posible aquella transacción y permitan a la voluntad colectiva orientarse en una dirección equitativa". "De este modo —continúa el autor—, la actitud adversa a la constitución de los partidos, y hostil, en el fondo, a la democracia, sirve, consciente o inconscientemente, a fuerzas políticas que tienden a la hegemonía de un solo grupo de intereses, que en la misma medida en que se niega a tomar en cuenta otro interés ajeno, procura disfrazarse idológicamente como interés colectivo "orgánico", "verdadero" y "comprensivo"<sup>13</sup>.

### Protección de las minorías

Otro de los puntos de que se ocupa Kelsen en su tratamiento de la democracia, es el que dice relación con el principio de la mayoría, al que el autor prefiere llamar, por las razones que se darán a continuación, "el principio de la mayoría y de la minoría".

En efecto, es propio del sistema democrático que las decisiones se adopten por mayoría, lo cual aparece de manifiesto, en forma especial, en las decisiones del órgano legislativo. Pero

<sup>11</sup> Id., pág. 42.

<sup>12</sup> Véase Hans Kelsen, *Forma de Estado y Filosofía*, en *Esencia y valor de la democracia*, cit., pág. 141.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., pág. 43.

para evitar que el principio de la mayoría se transforme en el imperio o en la tiranía de la mayoría, Kelsen advierte que el mencionado principio supone la existencia de una minoría y, por consiguiente, que ambas, mayoría y minoría, o, mejor aún, mayoría y minorías, tienen igual derecho a existir, resultando de todo esto la necesidad de una protección de las minorías frente a la mayoría.

En la existencia de las minorías y en la conveniencia de su protección y representación proporcional, ve Kelsen una garantía de moderación en el ejercicio del poder político, a la vez que un factor que contribuye a evitar la obstrucción de las tareas de gobierno y, en especial, la de la función legislativa. "Una oposición que poco tiempo antes haya sido Gobierno y que confíe en volverlo a ser en breve, se conduce respecto de la mayoría gobernante con mucha mayor comprensión y benevolencia que la que se vea excluida continuamente del gobierno del Estado. En este último caso fermenta un encono que lleva consigo una obstrucción de la minoría contra la mayoría, no suficiente para derrotar a ésta, pero sí para entorpecerla"<sup>14</sup>; todo lo cual —advertimos por nuestra parte— recuerda las siguientes palabras que Cicerón, en su libro "Sobre las leyes", pone en labios de Marco: "el que ejerce bien el mando es necesario que un día haya obedecido, y el que obedece con disciplina puede muy bien parecer digno de mandar un día. Por esta razón es necesario que el que obedece tenga la esperanza de mandar en una u otra ocasión, y que el que ejerce el mando piense que en un plazo de tiempo bastante corto tendrá la obligación de obedecer"<sup>15</sup>.

Ahora bien, y como medios de proveer a la protección de las minorías, Kelsen se manifiesta partidario del sistema de representación proporcional de los partidos en el Parlamento, de la exigencia de mayorías calificadas en reemplazo de la simple mayoría absoluta en la esfera de determinados intereses, y, más aún, de todo camino o mecanismo que pueda favorecer la tendencia a la unanimidad en la formación de la voluntad colectiva. Por otra parte, la presencia y protección de las minorías que postula Kelsen como condición de la democracia, se corresponden perfectamente con la idea transaccional que el autor tiene acerca del modo de operar de esta forma de organización del Estado, que presupone, por lo mismo, la representatividad de todos los intereses en juego y la búsqueda, por medio de la controversia y el pacto, de soluciones de compromiso que, al venir acordadas con la participación más o menos influyente de todos

<sup>14</sup> Id., pág. 92.

<sup>15</sup> Cicerón, *Sobre las leyes*, Aguilar, Madrid, 1966, traducción de Francisco de P. Samaranch, pág. 154.

los grupos, crean en la comunidad una cierta "predisposición a la obediencia"<sup>16</sup>.

### **Autocracia**

Kelsen, luego de fijar las precedentes ideas acerca de la democracia, se da luego a la tarea de confrontar ésta con la autocracia, o sea, con la forma de gobierno en la que el orden jurídico del Estado es establecido por un soberano o caudillo al cual todos los demás resultan sometidos, sin participar de modo relevante en la formación de la voluntad común.

Para el autor, la autocracia parte de la idea básica de la desigualdad entre el caudillo y los dirigidos, quienes, de ser considerados ciudadanos en la democracia, pasan ahora a constituir meros subditos. Para la autocracia, el Gobierno precisa, cuando más, del asentimiento de la masa, pero no de su colaboración. Por lo mismo, la idea de un pluralismo de intereses y de su coordinación consiguiente por la controversia y la transacción —propia, según vimos, del régimen democrático— es sustituida en la autocracia por la apelación incesante a un pretendido interés único o general y por la consecuente persuasión de que no puede haber debate ni transacción a propósito de una verdad que se tiene por indiscutida y evidente. La democracia es crítica; la autocracia es dogmática. Por lo mismo, al limitar la autoridad, "la democracia relaja también la disciplina", y, por ello, se opone a todo poder absoluto, incluso, según vimos, al poder de la mayoría.

Pero si la democracia debilita la disciplina es, precisamente, como consecuencia de que, simultáneamente, impide la instauración de todo poder absoluto, lo cual le permite, por otro lado, alcanzar una relativa paz en las relaciones sociales. La democracia no sacrifica el orden a la libertad, pero tampoco inmolaba ésta en nombre de aquél. Sabe, en otras palabras, que sólo una prudente articulación del orden con la libertad puede conducir a la sociedad a un punto que la preserve de los despeñaderos de la anarquía y del despotismo, o sea, del candor de quienes querrían vivir sin gobierno alguno y de la simpleza de aquellos que propugnan el ideal de un exceso de gobierno.

### **Conclusiones**

De todo lo dicho precedentemente, puede obtenerse, a modo de resultado, una conclusión principal, que Kelsen abraza decididamente, y que se sitúa —si así puede decirse— en el corazón mismo del ideario democrático del autor.

<sup>16</sup> Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit, pág. 95.

Para Kelsen, la democracia, concebida en los términos que han sido explicados, constituye únicamente un método de organización social, en el que, como atributo preponderante del mismo, la voluntad común o general, esto es, el orden social, resulta formado sobre la base de la concurrencia de los mismos individuos sometidos a él. Pero la democracia, así entendida, no conlleva necesariamente un determinado contenido social o económico, lo cual equivale a decir que ella sólo garantiza la formación del orden social con participación de todos, aunque no prefija un determinado contenido de ese mismo orden social.

Kelsen, por lo mismo, no elude hacerse cargo del reproche dirigido a su concepción de la democracia, en el sentido de constituir ésta una democracia "formal" o "burguesa", en oposición a una eventual democracia social o proletaria. En este punto, Kelsen ha tenido como su principal contradictor al marxismo, que con su terminología de "democracias populares" quiere significar con la palabra democracia algo distinto de lo entendido por Kelsen, a saber, un determinado orden social y económico que garantice a los ciudadanos no sólo una participación igual en la formación de voluntad colectiva, sino, también, una cierta igualdad económica, llegando incluso a disminuir la importancia del igual acceso de todos a la formación de la voluntad común, en beneficio de conquistar la más deseada igualdad en el campo económico. Por lo mismo, el marxismo —y con él, por lo común, todas las doctrinas que adjetivan de cualquier modo la democracia— aspira a emplazar bajo el nombre de democracia no la ideología de la libertad, sino, cosa distinta, un determinado ideal de justicia, esto es, un conjunto de convicciones acerca del específico contenido que deba poseer idealmente todo orden social.

Similar deformación de la idea de democracia, según Kelsen, ocurre cada vez que se deja de considerar a ésta como un método para la organización social y, adjetivándola de cualquier manera, se pretende cubrir con ella un determinado contenido del orden social que se desea instaurar. Para Kelsen —insistimos— la democracia no es más que un medio de configurar un orden social sobre la base de la voluntad formativa de los propios subordinados a él, y no un específico contenido de este mismo orden social. Este contenido, por su parte, dependerá, en cada caso, del resultado que arroje la transacción entre los intereses opuestos que la democracia no hace más que articular con vistas a la formación de la voluntad general.

En ello, claro está, Kelsen actúa motivado por su relativismo.

En efecto, para el autor, y como consecuencia de que los valores absolutos son inaccesibles al conocimiento humano, lo cual quiere decir por su parte que todo hombre puede valorar y poseer convicciones estimativas, aunque nadie se encuentra en situación de demostrar por métodos racionales que una de-

terminada de estas convicciones puede ser tenida como la única o la verdadera; pues bien, como consecuencia de ello, Kelsen señala que, pese a la "desinteresada dedicación subjetiva y a la firme convicción personal de quien la profese", ninguna determinada fe o creencia acerca del contenido y orientación que haya de darse al orden social, puede ser racionalmente la única, la mejor o la verdadera.

Lo anterior quiere decir que todas las opiniones y doctrinas políticas, impedidas de presentarse como verdades absolutas, tienen necesariamente que coexistir y manifestarse dentro de un cuadro de idénticas posibilidades, en un régimen que Kelsen llama de libre concurrencia<sup>17</sup>, con el fin de que la inteligencia y la voluntad de los hombres puedan escoger la que estimen más conveniente y con el fin, también, de que a través del procedimiento de concurrencia y discusión de las mismas pueda tener lugar alguna suerte de "compensación de los puntos de vista opuestos".

De este modo, la democracia aparecería como el modo más apropiado e idóneo para favorecer y garantizar esta libre concurrencia de las opiniones y doctrinas, sin excluir a ninguna de ellas. Así, la democracia, al conceder igual estima a la voluntad política de cada individuo, establecería la base necesaria para el consiguiente debate entre ellas, y para la búsqueda razonada y consciente de esa transacción en la que, según Kelsen, deben resolverse los puntos de vista contrapuestos, si es que se aspira al reinado de la paz en las relaciones sociales.

En Kelsen, por lo mismo, el relativismo conduce a la tolerancia y ésta a la democracia. "La democracia —ha escrito Radbruch<sup>18</sup>— presupone por su parte al relativismo; esta frase la ha fundado Kelsen de modo impresionante y convincente. La democracia constituye la voluntad de otorgar el poder a toda convicción que haya podido ganar para sí la mayoría, sin poder preguntar cuál es el contenido y el valor de tal convicción. Esta actitud resulta sólo consecuente si se reconoce a todas las convicciones como dotadas del mismo valor, esto es, sobre el fundamento del relativismo".

Del mismo modo, según se anticipó, si el relativismo promueve el estado democrático, facilita también la tolerancia,

<sup>17</sup> Hans Kelsen, *Forma de Estado y Filosofía*, cit., pág. 157.

<sup>18</sup> Véase Gustav Radbruch, *El relativismo en la filosofía del derecho*, en Gustav Radbruch, *El hombre en el derecho*, Depalma, Buenos Aires, traducción de Aníbal del Campo, págs. 100 y 101.

Para un comentario de esta obra de Radbruch, que reúne conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho, véase la recensión de Agustín Squella, en *Revista de Ciencias Sociales* N° 21, segundo semestre de 1982, Edeval, Valparaíso, págs. 323 y ss.

puesto que la democracia admite la libre concurrencia y lucha ideológica de todas las doctrinas, salvo, claro está, la de aquella que pretenda presentarse con pretensiones de validez absoluta. De aquí que Radbruch escriba, en el mismo texto antes citado<sup>19</sup>, que el relativismo "admitirá toda opinión que se halle dispuesta a entrar en lucha ideológica con las otras opiniones y las reconoce en esa medida como de igual valor a la suya propia. Pero si una opinión pretende ser válida de modo absoluto, y por tal razón se considera con derecho a apoderarse o retener el poder sin consideración a la mayoría, entonces es necesario combatirla con los mismos medios, no sólo con la idea y la discusión, sino con el poder del Estado. El relativismo —concluye Radbruch— es tolerancia, en general, menos con respecto a la intolerancia".

De esta manera, el relativismo de Kelsen, esto es, su convicción acerca de la imposibilidad de zanjar por métodos racionales la controversia entre las diversas ideas o doctrinas acerca de lo justo o conveniente en relación con el contenido del orden social, no es absoluto, o sea, ese relativismo es en sí mismo relativo, puesto que, para favorecer precisamente la concurrencia de todas las opiniones, valora positivamente la democracia y la tolerancia, estimadas ambas como condiciones indispensables para que pueda tener lugar, en el hecho, la confrontación de los distintos puntos de vista y la transacción razonada y pacífica que pone fin a la lucha de las opiniones.

Por todo ello, cuando Kelsen se pregunta por qué es la justicia, tiene que admitir su falta de respuesta sobre el punto. "En verdad —dice— no sé ni puedo explicar qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo, pues, darme por satisfecho con una justicia relativa y decir qué es para mí la justicia. Y puesto que mi vocación es la ciencia, y por consiguiente lo más importante de mi vida, tengo que adherir a esa justicia bajo cuya protección la ciencia, y con ella la verdad y la sinceridad, puedan florecer. Me refiero a la justicia de la libertad, a la justicia de la paz, a la justicia de la tolerancia, a la justicia de la democracia"<sup>20</sup>.

Son ellas, no cabe duda, palabras que trasuntan un indementible desencanto en las posibilidades humanas, pero en las que reluce, también, esa grandeza, no exenta de virilidad y aun de belleza, que ennoblece a un hombre cuando éste es capaz de asumir y de sobrellevar la precariedad de sus propias obras y preferencias.

<sup>19</sup> Id., pág. 101.

<sup>20</sup> Véase Hans Kelsen, *What is justice?*, ensayo incluido en *Essays in legal and moral philosophy* (Selected and introduced by Ota Weinberger), D. Reidel Publishing Company Inc., Boston, 1973, traducción del alemán de Peter Heath, págs. 1 a 26.