

N° 181
AÑO LV
ENERO - JUNIO
1987

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

LA TEORIA DE KELSEN SOBRE LA DEMOCRACIA*

Dr. Prof. GERHART KLAUS WIELINGER

Derecho Constitucional

Universidad Graz (Austria)**

Es para mí un gran honor y una alegría tener la oportunidad de dictar ante Uds. una charla sobre la obra de Hans Kelsen. La categoría científica de Kelsen hoy en día no se discute, ni en Austria, ni tampoco en Europa, incluso entre aquellos juristas y filósofos que no se cuentan entre sus seguidores. La escuela de Viena ha ejercido una gran influencia sobre el pensamiento de los juristas austríacos en el campo de la teoría del derecho. Para alguien que, como yo, estima y mantiene la tradición de la escuela de Viena, es especialmente gratificante constatar que los planteamientos de Kelsen se cultivan y se mantienen vigentes, incluso fuera de los países en que él se desarrolló. Siendo austríaco, es para mí un orgullo que un ilustre hijo de mi patria no sólo sea conocido aquí en Sudamérica, sino que, además, ejerza su influencia sobre la vida intelectual de este continente y de este país. En este sentido, les ruego acepten mi profundo agradecimiento por esta invitación.

Como es sabido, durante toda su vida Kelsen se opuso a que la política se inmiscuya indebidamente en la Ciencia del Derecho. No olvidemos que su exigencia, en el sentido de que la Ciencia del Derecho debe ser "pura", significa también que ésta "debe renunciar a la costumbre tradicional de defender exigencias y planteamientos políticos, recurriendo a la ciencia como instancia objetiva". Kelsen dice esto en el prólogo a la 1ª edición de su "Teoría Pura del Derecho". Sin embargo, para Kelsen este planteamiento no significa que el jurista, como persona, no deba plantearse cuestiones políticas; sólo le interesa separar claramente los ámbitos de la ciencia y la política. Según Kelsen, sólo la detección y el conocimiento pertenecen al ámbito científico, en cambio la regulación de la convivencia humana es de incumbencia del político. Es sabido que Kelsen manifestó su opinión con respecto a cuestiones políticas en reiteradas ocasiones. Recordemos sólo su aporte con respecto a la discusión de aspectos de derecho constitucional en Austria, sus gestiones en contra de la pena de muerte y sus opiniones frente a múltiples cuestiones internacionales. Sin embargo, Kelsen también aportó con planteamientos generales al ámbito de la política. A continuación quiero referirme a un tema, en el cual Kelsen trabajó con ahínco y con el que se comprometió personalmente: la democracia.

Sus planteamientos con respecto a este tema se encuentran, en alemán, en la 2ª edición de su libro "Vom Wesen und Wert der Demokratie" (De la Esencia y el Valor de la Democracia), publicado en el año 1929. Un cuarto de siglo después, en el año 1955, estos planteamientos fueron publicados en el Tomo 66 de la revista *Ethics* bajo el título de "Foundations of Democracy". La segunda edición del libro anteriormente mencionado es una versión corregida y aumentada de la primera, ya que Kelsen resumió aquí planteamientos expresados en varias obras publicadas entre los años 1921 y 1927. Cuando, en el año 1932, tanto en Alemania como en Austria —como también en otros países europeos— la democracia se encontraba en peligro, Kelsen volvió a dar testimonio de su convicción en pro de este tipo de orden político bajo el título de "Verteidigung der Demokratie" (Defensa de la Democracia). En esta publicación el autor critica especialmente a aquellos intelectuales que intentaban ridiculizar las ideas de libertad y tolerancia.

Permitaseme referirme con mayor detalle a los planteamientos de Kelsen: los conceptos de "demo-

*Conferencia dictada en la Facultad con fecha 20 de agosto de 1987, bajo el auspicio de la Embajada de Austria.

**Traducción realizada por el Prof. Martín Bornhardt del Departamento de Idiomas Extranjeros de la Universidad de Concepción, con la colaboración del Prof. Jesús Escandón Alomar, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma Universidad.

cracia" y "democrático" estuvieron muy en boga en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial. En aquella época, en muchas partes del mundo se buscaba un nuevo orden político. Prácticamente todas las fuerzas políticas que intentaban establecer un nuevo orden según sus convicciones se autodenominaban democráticas. Sin embargo, esta denominación que se había autoimpuesto un partido o estado, no permitía ninguna clase de conclusión sobre su real carácter. Kelsen estaba totalmente consciente de este hecho. Aún así, él mismo era de la opinión que en sus publicaciones no partía de un concepto de democracia establecido por él mismo, sino de una "idea de democracia". A este respecto Kelsen se basó en el significado semántico de la palabra democracia, conocido como "gobierno del pueblo", mediante el que plantea la interrogante, cuál podría ser el real significado de ella. En sentido literal, el "gobierno del pueblo" debería implicar la realización de un gobierno por todos los miembros de un pueblo, es decir, la identidad de gobernantes y gobernados. Sin embargo, éste no puede ser el real sentido de la democracia, ya que la identidad de gobernantes y gobernados sólo podría ser realidad en un grupo de personas, en el que cada miembro pudiese decidir, en cada momento, cuáles serían las normas válidas para él. En otras palabras, esto significa que cada individuo estaría en condiciones de decidir, en todo momento, si una norma es válida para él o no. Si no acepta la norma, ésta pierde su vigencia para él. El problema es que, si esto fuese efectivamente así, la democracia sería sinónimo de anarquía, es decir, sinónimo de la negación de todo gobierno.

Obviamente, para Kelsen éste no puede ser el sentido de la democracia, ya que parte del supuesto que ella, salvo raras excepciones, siempre se ha entendido como una forma de estructuración de un orden entre seres humanos, como una forma de gobierno. Kelsen continúa su planteamiento insistiendo en que no tiene sentido preguntarse, cómo podría llevarse a cabo la asociación de personas que hasta ahora no han sido sometidas a ningún tipo de gobierno. Al respecto Kelsen plantea: "En realidad, la fundación de un estado, la génesis de un ordenamiento jurídico o de la voluntad del estado no debiera considerarse, ya que prácticamente no es factible en la realidad de la experiencia social. Normalmente uno nace en una estructura social constituida, en cuya creación uno no ha participado, por lo que tiene que enfrentarse a nosotros, desde un principio, como voluntad ajena. La cuestión se refiere sólo al desarrollo, a un cambio de este orden".

Bajo estas circunstancias, para Kelsen democracia sólo puede significar lo siguiente: "No se trata de la disolución de todo orden, tampoco de la identidad de gobernantes y gobernados, sino de aquella forma de orden entre seres humanos, en que la "idea de libertad" se lleve a la realidad tanto como sea posible".

Con lo anterior hemos llegado al elemento central del concepto kelseniano de democracia: la idea de libertad. Sin embargo, este concepto se diferencia del de una buena cantidad de otros pensadores no sólo de su época, para los cuales el elemento fundamental de la democracia no es la libertad, sino la igualdad. También para Kelsen la igualdad es de gran importancia en la democracia, incluso plantea que en ella es característica la síntesis de los principios de libertad e igualdad. Sin embargo, la igualdad no la entiende como una igualdad real o material del hombre, sino como la igualdad en la libertad.

A este respecto hay que tener en claro que Kelsen parte de un concepto muy específico de libertad en su teoría sobre la democracia, un concepto que es distinto a la libertad en el sentido liberal tradicional. Según este último planteamiento, la libertad para un individuo consiste en poder decidir su comportamiento en forma autónoma, para lo cual sólo ejerce su propia voluntad y no una ajena o normas determinadas. En síntesis, la libertad conlleva la falta de normas. Es precisamente en este concepto en el que se basa el concepto clásico liberal de los derechos fundamentales del hombre: Estos derechos, que también se denominan derechos de libertad, crean y garantizan un ámbito, en el cual el estado no puede inmiscuirse o sólo puede hacerlo bajo circunstancias muy adversas, un ámbito libre de normas estatales.

Sin embargo, para Kelsen la libertad es otra cosa. también él considera que en la libertad es esencial que el individuo no esté sojuzgado a una voluntad ajena. Pero no debemos olvidar que Kelsen habla de libertad en relación con la siguiente interrogante: ¿Cómo debe estructurarse un orden gubernamental para que pueda ser considerado por la mayoría de los individuos como la expresión de su propia voluntad? Para Kelsen, por lo tanto, la libertad no se reduce a la posibilidad de autodeterminación en un ámbito que no está

supeditado a un orden estatal, en un ámbito para el cual no hay un ordenamiento jurídico, sino que consiste en la posibilidad de participar en la determinación del contenido de las normas de este ordenamiento. Kelsen está muy consciente de que este concepto de libertad es distinto al concepto liberal tradicional. Así lo plantea en "Esencia y Valor de la Democracia", 2ª edición, pág. 10: "El cambio del concepto de libertad que lleva de la idea de un individuo liberado de la intromisión estatal a la idea de una participación del individuo en el gobierno del estado significa, a su vez, la separación del democratismo y el liberalismo".

El concepto de libertad aquí bosquejado ha llevado a interpretaciones erróneas. Se le criticó a Kelsen que consideraba que la libertad individual en el sentido clásico-liberal no es posible. Sin embargo, esto no es efectivo; aunque debemos aceptar que algunos de sus planteamientos en la segunda edición de "La Esencia y el Valor de la Democracia" se malinterpretan, debido a que aquí no expresó tan claramente como en la primera edición que, para el ámbito de lo político, plantea un concepto de libertad ubicado en un nivel distinto al del concepto clásico-liberal, que apunta a la libertad individual. Esto es así, debido a que, para Kelsen, la libertad individual es un aspecto que puede y debe ser garantizado, en el mayor grado posible, en el contenido de un ordenamiento jurídico. Kelsen planteó esto claramente en su obra del año 1932, "Defensa de la Democracia". El jurista austríaco también opina que la democracia es el orden político que puede garantizar en mayor medida un amplio margen de libertad individual, pero previene a aquellos que creen que la democracia debe garantizar esta libertad en todos los casos. Según esto, la libertad individual es algo que puede ser garantizado por el contenido de un ordenamiento jurídico, en cambio la democracia es una forma de creación del contenido de este ordenamiento jurídico. Obviamente, también aquellas normas que estipulan la creación del contenido del respectivo ordenamiento jurídico son parte de este mismo ordenamiento, pero se encuentran en un nivel distinto al de aquellas normas que son creadas llevando a la práctica las primeras. En síntesis, y como ya decíamos, para Kelsen la libertad política implica la posibilidad de determinar el contenido del ordenamiento jurídico y democracia significa libertad política para el mayor número posible, es decir, implica la posibilidad de la participación del mayor número de ciudadanos en la estructuración del contenido del ordenamiento jurídico en cuestión.

Si, entonces, Kelsen plantea ("Esencia y Valor...", 2ª edición, pág. 11): "La libertad del individuo que, en el fondo, es imposible, comienza a pasar a segundo plano, comenzando a sobresalir la libertad de la colectividad social", esto en ningún caso significa que en una democracia la libertad en todo sentido sólo sea posible para la colectividad; las palabras de Kelsen significan más bien que en una democracia sólo una colectividad social, es decir, un grupo, podrá tener la posibilidad de transformar su voluntad en contenido del ordenamiento, con lo que gozará de la libertad en el sentido político.

Del concepto "político" de libertad de Kelsen también se desprende que el científico considera que el principio de la mayoría es el único camino de formación de voluntad conciliable con la democracia. Incluso insiste en que el principio de la mayoría sólo puede ser fundamentado desde la idea de la libertad política, ya que constituye la aproximación mayor a la idea de libertad. Escuchemos este planteamiento en sus propias palabras ("Esencia y Valor...", 2ª edición, pág. 9): "Sólo la idea de que, si no pueden ser todos, al menos sea libre el mayor número de personas, es decir, que sean pocas personas cuya voluntad se encuentre en contradicción con la voluntad colectiva del orden social, lleva razonablemente al principio de la mayoría. El que para esto se supone la igualdad como hipótesis básica de la democracia se demuestra en el hecho de que no se trata de que sea libre éste o aquél, porque éste no vale más que aquél, sino que se trata, precisamente, de que sea libre la mayor cantidad posible de individuos".

El concepto kelseniano de la libertad política es el punto central de su teoría de la democracia. La mayoría de sus postulados está íntimamente relacionada con él. Permítaseme, por tanto, hacer alusión a estos postulados:

Para Kelsen el fenómeno político primario en una democracia no puede ser el individuo aislado, sino el grupo, en el que los individuos se organizan, en primera instancia, según sus intereses. Esto queda de manifiesto en su concepto de "pueblo". En una democracia el pueblo no sólo ha de ser objeto de gobierno, sino detentador, es decir, sujeto de gobierno. De aquí se desprende el pueblo "en su sentido político", en su

significado como detentador de gobierno y no simplemente como una suma de personas de lengua, cultura o tradición histórica iguales. El pueblo tampoco puede ser la suma de todos los ciudadanos, ya que no hay estado en que todos los ciudadanos tengan los mismos derechos, porque, por ejemplo, los niños también son ciudadanos. Es por esta simple razón que, también en una democracia, es inevitable que el sujeto y el objeto de gobierno no sean idénticos. El pueblo, en cuanto detentador de gobierno, es la suma de los individuos que, sobre la base del ordenamiento jurídico particular, posean derechos políticos. A este respecto Kelsen insiste en que éstos no necesariamente han de ser ciudadanos, ya que se conocen ejemplos históricos de que hay estados, en los que existen personas con derechos políticos que no tienen la nacionalidad respectiva. Sin embargo, tampoco el grupo de personas con derechos políticos logra definir cabalmente al "pueblo" como detentador de gobierno en la democracia. En el fondo, el pueblo es sólo la suma de aquellos individuos con derechos políticos que realmente hacen uso de estos derechos. Kelsen sostiene que la diferencia entre aquellos que tienen derechos políticos y los que realmente usan esos derechos varía según el grado de interés político, que generalmente esta diferencia será considerable, pero que podría disminuirse a través de una educación sistemática.

El pueblo como detentador de gobierno es sólo una unidad en el sentido jurídico. Sin embargo, desde el punto de vista sociológico en ningún caso se trata de una unidad formada por individuos de la misma especie, sino que es más bien, como lo denomina Kelsen, un "haz" de grupos que se diferencian entre ellos por distintas características, ya sean éstas económicas, religiosas, intelectuales o incluso lingüísticas.

Bajo estas circunstancias es lógico que Kelsen acepte sin limitaciones un estado de partidos políticos, llegando incluso a considerarlos necesarios para una democracia. Al respecto Kelsen plantea que "la democracia sólo es posible cuando los individuos se integran en comunidades basadas en los distintos objetivos políticos y con el fin de influir en la voluntad colectiva, para que entre el individuo y el estado existan aquellas formaciones colectivas que, en cuanto partidos políticos, resuman las voluntades individuales que se desplazan en una misma dirección".

Kelsen recomienda que los partidos tengan un reconocimiento y una existencia constitucional para que "legalmente se constituyan en lo que en la práctica ya son: instancias de la formación de la voluntad estatal". Según este científico austríaco el rechazo frente a los partidos fue una característica de la monarquía constitucional, aunque no haya sido más que "un rechazo mal disfrazado frente a la democracia". Es obvio que la inclusión de los partidos en una determinada constitución también implica que éstos acaten el ordenamiento jurídico para la creación de la posibilidad de "democratizar la formación de una voluntad colectiva dentro de estas esferas". En este sentido, Kelsen critica algunas manifestaciones en los partidos políticos de su época, como por ejemplo el "carácter aristocrático-autocrático" del proceso de toma de decisión en algunos de ellos, incluso en partidos cuyos programas llegan a ser extremadamente democráticos.

Con respecto a la función de los partidos, Kelsen llega sumamente lejos. Según él, los partidos, aparte de su papel como instancia de articulación y de representación de intereses, deben ser también campo de reclutamiento de dirigentes políticos e incluso sustentadores de toda la formación política. Kelsen llega incluso a considerar que los partidos deben decidir la conformación del Parlamento. Plantea que sólo debiera votarse en forma abstracta, indicando preferencias por un partido, el que posteriormente, según su representatividad, enviaría sus representantes al Parlamento. Además sostiene que los parlamentarios deben ser controlados constantemente por su partido, con lo que le otorga a los partidos el derecho de retirar o sustituir a los parlamentarios.

Dentro de este contexto Kelsen acota que hoy en día, tratándose de un estado de masas, ya desde un punto de vista cuantitativo es casi imposible una democracia "directa", es decir, plebiscitaria, ya que la exigencia de la asignación de funciones y la división de tareas lleva obligatoriamente a una democracia parlamentaria, es decir, indirecta. Sin embargo, Kelsen está consciente de que la delegación del derecho a la estructuración del ordenamiento jurídico de los portadores inmediatos del derecho político al Parla-

mento trae consigo una limitación de la libertad política. Esto es así, debido a que, en el momento en que los individuos con derechos políticos transfieren, por medio de la elección, estos derechos al Parlamento, los electores pierden la posibilidad de participar directamente en la estructuración del ordenamiento, con lo que están perdiendo parte de su libertad política. A pesar de lo anterior, esta reducción de libertad política es inevitable, ya que en un estado de masas es imposible pretender que los individuos que poseen los derechos políticos hagan uso directo de su función de gobierno. En el parlamentarismo "la idea de la libertad en cuanto autodeterminación se une a la necesidad imperiosa de una asignación de funciones específicas, de diferenciación social"..., así, el parlamentarismo "se plantea como un compromiso entre la exigencia democrática de la libertad y el principio de una diferenciada división del trabajo, base de todo desarrollo técnico-social". ("Esencia y Valor...", 2ª edición, pág. 29).

Kelsen rechaza expresamente el planteamiento que apunta a considerar al Parlamento como sustituto del pueblo, es decir, como instancia idéntica al pueblo. Para él, los elegidos son representantes del grupo al que pertenecen, pero no lo son del pueblo en su totalidad. Es por esta razón que Kelsen tampoco acepta la ficción basada en planteamientos de Rousseau, según los cuales la mayoría es la representante de los "verdaderos" intereses del pueblo, es decir, también de los intereses de la minoría. Así, para este científico la mayoría no es portadora de una "volonté générale", sino sólo representante de los intereses del mayor número de electores.

Sobre la base de este planteamiento Kelsen elabora su proposición del sistema electoral más adecuado para una democracia: obviamente parte de un derecho a voto general, equitativo, libre y secreto, ya que sólo éste puede ser democrático. A continuación sostiene que sólo es democrático un procedimiento electoral proporcional, es decir, una legislación que contemple la distribución de los mandatos en el Parlamento en forma proporcional a los votos alcanzados por los diferentes partidos en todo el territorio de la nación. Ya en la división del territorio en distritos electorales y en la distribución de los mandatos en relación con los votos alcanzados en cada distrito, Kelsen ve una limitación del principio democrático. A saber, las elecciones pretenden darle oportunidad de ofrecer la llegada al Parlamento a la mayor cantidad posible de grupos que representan intereses u opiniones políticas. Sin embargo, la distribución de los mandatos por los resultados sectoriales normalmente es una desventaja para los grupos pequeños y una ventaja para los de mayor envergadura. El problema es que, según Kelsen, uno de los rasgos fundamentales de la democracia es precisamente la presencia de muchos grupos en el Parlamento ya que sólo así éste puede ser un reflejo de los intereses reales del electorado, y no es nada nuevo que el electorado se caracterizara precisamente por la multiplicidad de sus intereses.

Por otro lado, Kelsen rechaza el que la mayoría esté facultada para tomar directamente decisiones (normativas), rechazando también el planteamiento que sustenta esta tesis. La auténtica función de las elecciones —piensa— es dar un gobierno al país. Para él, el centro de la decisión política debe estar en el Parlamento, ya que éste ha de ser una tribuna de discusión y análisis entre las distintas agrupaciones políticas, entre los partidos. Los resultados de estas discusiones serán, entonces, las leyes, que sólo tendrían que ser aplicadas por el gobierno.

Con lo anterior, es decir, con la función que Kelsen le otorga al Parlamento, hemos llegado a otro punto importante dentro de su teoría sobre la democracia, en su opinión sobre la formación de la voluntad política a través del compromiso. Porque para Kelsen es precisamente este compromiso la forma democrática más adecuada para la gestación de la voluntad política. Sin embargo, esto no ha de entenderse como un postulado, como una conducta sabia con el fin de preservar la paz interna. Kelsen insiste en que la gestación de la voluntad a través del compromiso es un elemento sustancial de la democracia, elemento que se desprende obligatoriamente de uno de sus preceptos: la filosofía del relativismo; es decir, de esa convicción de que no es posible reconocer valores absolutos. Al respecto Kelsen plantea ("Esencia y Valor...", 2ª edición, pág. 101): "Quien considere demasiado cerrados la verdad y los valores absolutos del saber humano, no sólo debe aceptar la propia, sino que debe considerar al menos como posible la opinión ajena, incluso la antagónica. Es por eso que la filosofía del relativismo es la base del pensamiento democrático. La democracia valora de igual manera la voluntad política de cada cual, tal como respeta toda convicción y toda

opinión política, cuya manifestación no es otra cosa que la voluntad política". A pesar de lo anterior, Kelsen está consciente de que el relativismo, y con ello la tolerancia, no resultan evidentes. Debido a esto le otorga gran importancia a la educación para la tolerancia. Ya en el año 1913 había planteado la importancia de lo mencionado en su obra "*Politische Weltanschauung und Erziehung*" ("*Cosmovisión Política y Educación*"). Para Kelsen la educación hacia el relativismo y la tolerancia es una de las labores fundamentales de los partidos democráticos. Sobre la base de esta filosofía Kelsen piensa que la formación de la voluntad política a través del compromiso debiera ser cuasi automática. Es por esto mismo que él plantea que el principio de la mayoría no es una legitimación de la realización incondicional de la voluntad de la mayoría ni del gobierno sin limitaciones de la mayoría por sobre la minoría. El Parlamento es, entonces, el punto de encuentro, el lugar de compromiso de los representantes elegidos tanto por la mayoría como por la minoría. Finalmente, la expresión de la voluntad general, lograda a través del compromiso, es la ley.

Tanto la función de la ley como el problema de su aplicación son parte fundamental de los planteamientos de Kelsen. Como ya se mencionaba, la ley debe ser la expresión de la voluntad política general, lograda por medio del compromiso entre las corrientes políticas. Debido a que toda ley debe ser llevada a la práctica, siempre existe el peligro de que las instancias ejecutivas malinterpreten el sentido de la ley, con lo que podría tergiversarse el compromiso logrado en el Parlamento. Kelsen se preocupó en forma intensiva de este problema. Si analizamos sus planteamientos en la primera edición de "*La Esencia y el Valor de la Democracia*", descubriremos que aún Kelsen no sabe cómo podría solucionarse este problema, ya que, por un lado, indica que la burocracia es el mayor peligro que corre la democracia, pero por otro está consciente de que no es posible eliminar la burocracia, entendida como la administración a través de funcionarios públicos. Kelsen llega a la conclusión de que en un estado del siglo XX la aplicación de las leyes sólo es posible con la ayuda de personas especialmente preparadas. Si nos vamos a la segunda edición de su obra, descubriremos que Kelsen ve las cosas en forma diferente; sin embargo, es extraño constatar que sus planteamientos son consecuentes e inconsecuentes a la vez: Kelsen plantea que una mantención del compromiso que abarque hasta los actos legales individuales se logra preferentemente a través de la aplicación de las leyes por funcionarios especializados, por medio de jueces. Kelsen dice concretamente, en la pág. 73 de esta segunda edición: "La legalidad de la aplicación, lo que, tratándose de una legislación democrática, no es otra cosa que la legalidad de la voluntad popular y de la democracia en sí, sin lugar a dudas se garantiza mejor en una instancia intermedia o inferior que en un cuerpo administrativamente autónomo, es decir, en instancias individuales nombradas por el poder central y responsables ante él o en una organización auto-crática de esta parte de la formación de la voluntad del estado". En síntesis, Kelsen se manifiesta contrario a una organización de la administración a través de la autoadministración, debido a que es altamente probable que la configuración política de estas instancias autoadministradas sea distinta a la del Parlamento. Así, los distintos niveles dentro de esta instancia de autoadministración seguramente estarán más preocupados de cumplir con los deseos de sus electores que de ejecutar la ley. Es por esta misma razón que Kelsen no considera correcta la elección de los funcionarios administrativos de nivel intermedio e inferior.

Kelsen tampoco está de acuerdo con el planteamiento clásico de la división de los poderes. Rechaza una coexistencia del poder legislativo y el ejecutivo, ya que ve en ello una ideología del siglo XIX que pretende salvar reminiscencias de los derechos monárquicos. Para Kelsen la separación de poderes puede sólo significar una delegación de la génesis y la aplicación de las leyes en distintas instancias, pero no verse como una "minimización del gobierno". Debido a que para él sólo el Parlamento debe ser el lugar para la discusión política y a que se trata de que el compromiso logrado allí se mantenga intacto hasta el acto legal individual, no puede aceptar el concepto inglés de "*checks and balances*". Bajo este supuesto es probable que Kelsen le dé gran importancia a la estructuración de las leyes, en el sentido de que la ley debiera contener, en la forma más exacta posible, el procedimiento para su aplicación. Esta parte de su teoría no sólo se encuentra en sus publicaciones, ya que Kelsen, siendo miembro del Tribunal Constitucional de Austria, aportó decisivamente a que aquella norma constitucional, en que se plantea que la administración depende de la ley, sea interpretada en forma rigurosa.

Hasta aquí todo lo que Kelsen ha planteado con respecto a la aplicación de las leyes ha sido consecuente con sus premisas. Sin embargo, encontramos incongruencias con respecto a sus planteamientos referentes a su definición de un 'estado de partidos'. Refirámonos a este punto:

Kelsen insiste en que, en nombre del principio del imperio de la ley, toda influencia político-partidista en la aplicación de una ley, de los tribunales como de las autoridades administrativas, debe ser excluida. Sin embargo, si seguimos sus postulados, indicando que toda la población de un estado se divide en grupos de intereses comunes, ya sean éstos de tipo político, filosófico u otro, y si suponemos que estos grupos en una democracia se organizan en partidos políticos, no será posible encontrar a nadie que no sea militante o simpatizante de un partido. Si, más aún, le otorgamos a los partidos políticos la importancia que les asigna el propio Kelsen, es difícil que esto no influya en la decisión y el quehacer de los funcionarios.

Según Kelsen sólo los partidos debieran tener las atribuciones para determinar a las personas que integren el Parlamento. Los miembros del Parlamento han de ser reemplazables en cualquier momento por el partido al que representan. Ahora, si un gobierno es conformado por un Parlamento así constituido, es inevitable que la decisión con respecto a la configuración del gobierno también caiga en manos de los partidos políticos. Y a este respecto se plantea la interrogante de cómo podría llevarse a cabo la nominación de funcionarios y la emanación de normas vinculantes para ellos, si no es nuevamente a través de órganos centrales de algún partido. Aun cuando se intentase cubrir este bache por medio de una legislación, no sería posible descartarlo por completo, ya que un miembro del gobierno que dé órdenes o nombre funcionarios que no sean aceptados por la plana mayor de su partido, podría ser destituido en forma inmediata; y si el jefe de un partido es, a la vez, jefe de gobierno, esto no cambia en nada el grado de influencia de los partidos en la administración. En consecuencia, es imposible encontrar una respuesta que cumpla con la exigencia kelseniana de que la aplicación de una ley en una corte o en instancias administrativas debe estar ajena a toda influencia político-partidista. De igual manera queda la duda de cómo una inclusión de los partidos en la constitución podría evitar que éstos actúen en contra de una ley, ya que, aplicando sus propios postulados con respecto al rol de los partidos dentro del estado democrático, las instancias ejecutivas que deben conservar el ordenamiento jurídico inevitablemente deberán ser administradas por personas ligadas a partidos políticos.

Al parecer, Kelsen no detectó que la condición para una aplicación exacta de las leyes es la neutralidad política del funcionario. Sin embargo, esta neutralidad presupone la incompatibilidad de la calidad como funcionario y una actividad político-partidista, además de una situación social específica de éste. Es extraño que Kelsen no haya observado esto, ya que desarrolló su teoría de la democracia en la época en que él mismo era funcionario austríaco. En aquel tiempo Austria era un estado cuyos funcionarios, en su mayoría, aún no se encontraban ligados a algún partido político. La razón de ello era la tradición del estado funcionario austríaco que había sido planteada y realizada durante la monarquía. Pareciera ser que para Kelsen la corrección de los funcionarios, como también la aplicación correcta de las leyes a través de ellos, eran tan obvias que no fue capaz de ver sus premisas.

Señoras y señores, he intentado dar una visión somera de los elementos más importantes de la teoría de Kelsen sobre la democracia. Sabemos que, incluso en estados de ininterrumpida tradición democrática, la democracia real en muchos aspectos no concuerda con los postulados de Kelsen.

La diferencia más grande consiste en que en ningún estado europeo la mayor importancia política la tiene el Parlamento, sino el Gobierno. Por muchas diferencias que existan entre estos estados, éste es un aspecto común. Probablemente la razón de ello sea la siguiente: Kelsen mismo sostuvo que hoy en día es imposible un trabajo político sin delegación de funciones. Para él éste era un argumento en contra de la democracia directa. Sin embargo, se ha demostrado que el proceso de formación de una voluntad parlamentaria es demasiado lento para solucionar todos los problemas que hoy por hoy deben solucionarse en un estado. Aunque los Parlamentos continúan jugando un papel importante, éste no es el que Kelsen había planteado. Son contados los casos en que la iniciativa para tomar medidas fundamentales venga del Parlamento, normalmente esta iniciativa proviene del gobierno. El Parlamento ha pasado a ser una tribuna de

discusión pública sobre la política de gobierno. El debate parlamentario tiene la importante función de presentar y manifestar las posiciones de las distintas corrientes políticas frente a la opinión pública y, con ello, frente a los electores. A su vez, esto es posible gracias a la libre información de los medios de comunicación desde el Parlamento.

A pesar de lo anterior, la experiencia en todos los estados democráticos demuestra que Kelsen detectó en forma correcta y más exacta que muchos de sus contemporáneos un elemento de la democracia que se constituye en la condición necesaria para que una democracia sea posible: me refiero a la tolerancia y a la disposición al compromiso que se desprende de ella. Concretamente, el ejemplo de mi patria lo demuestra claramente: el primer intento de instaurar en Austria una república democrática fracasó por falta de tolerancia. Después de un corto período de consenso desde fines de la Primera Guerra Mundial, en el año 1918, hasta el año 1920 —la época en la que se pudo dar forma a la Constitución—, las corrientes políticas comenzaron a ubicarse más y más en campos antagónicos. Cada uno de los bandos exigía para sí la posesión de la verdad absoluta y combatía al adversario sin ninguna intención de compromiso. El resultado fueron revueltas y guerra civil. En Austria la democracia ya estaba muerta antes de que el país perdiera su existencia como estado en el año 1938. Kelsen mismo tuvo que vivir esta experiencia. Sin embargo, Austria tuvo la posibilidad de hacer un segundo intento de crear una república democrática.

Hoy en día podemos afirmar que todos los bandos políticos de importancia en Austria han aprendido la amarga lección de la historia, hoy se sabe que el segundo intento de instaurar una república democrática sólo pudo tener éxito porque se ha aprendido a ser tolerante. Comprenderán Uds., entonces, que la teoría de Kelsen sobre la democracia sigue siendo muy actual en mi país.