

LA ESENCIA Y VALOR DE LA DEMOCRACIA EN HANS KELSEN

THE ESSENCE AND VALUE OF DEMOCRACY IN HANS KELSEN

DOI: 10.19135/revista.consinter.00018.06

Recibido/Received 21/12/2023 – Aprobado/Approved 11/04/2024

*José María Lombardero Martín*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-7264-3940>

Resumen

Este artículo estudia la contribución que Hans Kelsen hace a la Ciencia Política en su libro de 1929 de la Esencia y Valor de la Democracia. El objetivo de este estudio es mostrar que Kelsen es un clásico de la Teoría Política, no solo respecto a la Democracia, sino también de la Libertad. La hipótesis de investigación es que Kelsen sostiene un concepto de Libertad propio en su ensayo sobre Esencia y Valor de la Democracia, a cuyo servicio pone su defensa de la Democracia y el Parlamentarismo. Un concepto que es relevante para el estudio del concepto contemporáneo de Libertad. Respecto a la metodología de trabajo, se hace un estudio textual de la obra, y se consultan otras obras de Kelsen útiles para contextualizar la obra estudiada, así como monografías y artículos académicos escritos a lo largo de los últimos veinte años en España, Italia y Latinoamérica. Los resultados alcanzados: Kelsen sostiene un concepto propio de la Libertad que debe ser tenido en cuenta porque conduce a su defensa de la democracia parlamentaria como medio de alcanzar y mantener una sociedad de ciudadanos libres.

Palabras clave: Teoría Política; Libertad; Democracia; Parlamentarismo; Principio de la mayoría; Compromiso; Relativismo; Partidos políticos; Liderazgo; Administración; Legalidad; Responsabilidad; Ciudadanía.

Abstract

This article studies the contribution that Hans Kelsen makes to Political Science in his 1929 book *On the Essence and Value of Democracy*. The objective of this study is to show that Kelsen is a classic of Political Theory, not only with respect to Democracy, but also with respect to Freedom. The research hypothesis is that Kelsen maintains his own concept of Freedom in his essay on *Essence and Value of Democracy*, at the service of which he puts his defense of Democracy and Parliamentarism. A concept that is relevant to the study of the contemporary concept of Freedom. Regarding the work methodology, a textual study of the work is carried out, and other works by Kelsen useful to contextualize the work studied, as well as monographs and academic articles written over the last twenty years in Spain, Italy and Latin America. The results achieved: Kelsen maintains his own concept of Freedom that must be taken into account because it leads to his defense of parliamentary democracy as a means of achieving and maintaining a society of free citizens.

¹ Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona, Barcelona, España, habiendo cursado estudios de la diplomatura de ciencias empresariales y del Doctorado en Ciencias Políticas, especialidad Teoría Política Contemporánea. Autor de la Editorial Juruá. Gestor Procesal del Tribunal del Jurado en la Audiencia Provincial de Barcelona. E-mail: jose.m.lombardero@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7264-3940>

Keywords: Political Theory; Freedom; Democracy; Parliamentary; Majority principle; Commitment; Relativism; Political parties; Leadership; Administration; Legality; Responsibility; Citizenship.

Sumario: 1. Introducción; 2. La esencia y valor de la democracia en Hans Kelsen; 2.1 estructura del libro; 2.2 La libertad en Kelsen; 2.3. El pueblo y los partidos políticos según Kelsen; 2.4. El Parlamentarismo y su reforma; 2.5. El principio de la mayoría-minoría según Kelsen; 2.6. La administración pública; 2.7 La selección de dirigentes y otras cuestiones; 2.8. Democracia formal y democracia social; 2.9. Democracia y concepción del mundo; 3. Consideraciones Finales; 4. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El objetivo (problematización) de este estudio es centrar la atención en el libro *Esencia y valor de la Democracia* de Hans Kelsen para mostrar que su autor es un clásico no solo del Derecho Constitucional sino también de la Teoría Política, y en esta última no solo respecto a la Democracia: Kelsen sostiene un concepto propio de la Libertad del que se deriva la defensa del parlamentarismo que Kelsen realiza.

La hipótesis de investigación es que Kelsen sostiene un concepto de Libertad propio en su ensayo sobre *Esencia y Valor de la Democracia*, a cuyo servicio pone su defensa de la Democracia y el Parlamentarismo. Un concepto que es relevante para el estudio del concepto contemporáneo de Libertad.

Respecto a la metodología de trabajo, los procedimientos metodológicos seguidos: En primer lugar se hace un estudio textual de la obra, teniendo a la vista dos de sus ediciones españolas, la veterana de la editorial Guadarrama con estudio introductorio de Ignacio de Otto² y la más reciente de la ovetense KRK Ediciones³ con estudio introductorio de Juan Luis Requejo Pagés. A ello se une en segundo lugar la consulta de otros títulos de Kelsen que se citan en la bibliografía final y que sirven para contextualizar la obra estudiada, así de como de monografías y artículos académicos escritos a lo largo de los últimos veinte años en España, Italia y Latinoamérica. Se incluyen bajo esta última rúbrica reseñas del ensayo de Kelsen como las de Gómez Abelleira, Francisco⁴, y Torres Muro, Ignacio⁵, estudios generales sobre la obra de Kelsen como el breve y esclarecedor ensayo de Baume⁶, la monografía sobre los fundamentos de la democracia de Monereo Perez⁷, la antología de textos de Kelsen agrupados por temas publicada en 2009 por Montoya

² KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Madrid, Editorial Guadarrama, 1977.

³ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2ªed, octubre de 2009.

⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco, “Reseña de esencia y valor de la democracia de Hans Kelsen”, Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña, num.7, 2003, p. 939-943.

⁵ TORRES MURO, Ignacio, “Kelsen y la teoría de la democracia”, Revista Historia Constitucional, num.8, 2007, p. 339-348.

⁶ BAUME, Sandrine, *Kelsen un alegato por la democracia*, Buenos Aires, editorial Jusbaire, 2015.

⁷ MONEREO PEREZ, José Luis, *Los fundamentos de la democracia, la teoría jurídica política de Hans Kelsen*, Barcelona, Editorial El Viejo Topo, 2013.

Brand y Giraldo Jiménez⁸ o estudios de aspectos parciales entre los que se cuentan el libro de Sara Lagi⁹, el artículo de Anna Pintore¹⁰, y el de Jesús Vega¹¹.

Los resultados alcanzados: nuestro estudio nos ha permitido perfilar el concepto de Libertad y de Democracia de Kelsen, mostrando cómo Kelsen tiene un concepto propio de la Libertad que debe ser tenido en cuenta y cómo para Kelsen la democracia parlamentaria es la manera de alcanzar y mantener una sociedad de ciudadanos libres.

Aclaración final: El presente artículo se inscribe en el proyecto de revisar la aportación de filósofos y pensadores políticos del siglo veinte¹² al acervo colectivo sobre la Libertad, con la finalidad de revitalizar el canon teórico de dicha idea en tiempos de desconocimiento generalizado cuando no abierta hostilidad social y académica. A tal fin y vistos sus resultados ha sido pertinente nuestra lectura y análisis textual detallado del ya clásico ensayo de Hans Kelsen “De la esencia y valor de la Democracia”, una defensa lúcida de la democracia parlamentaria y por tanto de la libertad que Kelsen hizo en un contexto histórico especialmente adverso.

Tiene nuestro empeño cierto precedente y parecido razonable con el método y la obra del insigne Isaiah Berlin¹³, quien al hilo de sus estudios de historia de las ideas hizo aportaciones que le acreditaron para ser incluido en el canon liberal. Pero es lo cierto que más allá de lo modesto de nuestros alcances intelectuales debemos reconocer ciertas diferencias de enfoque. No pretendemos un análisis exhaustivo de otros pensadores con los que establecer un diálogo en el tiempo, sino antes bien centrarnos en propuestas concretas que nos permitan, reconociendo y justificando su autoría, espigar y unir los materiales que permitan proponer un canon renovado del pensamiento liberal, orientado al porvenir y a la discusión razonada con los innumerables y muy activos enemigos de la Libertad.

2 LA ESENCIA Y VALOR DE LA DEMOCRACIA EN HANS KELSEN

2.1 Estructura del Libro

Comenzaremos avanzando que para Kelsen la Democracia es en *esencia* un método de producción de la voluntad colectiva: el parlamentarismo. El *valor* de la Democracia es propiciar la Libertad del individuo en el mayor grado posible en una sociedad desarrollada.

⁸ MONTOYA BRAND, Mario y GIRALDO JIMENEZ, Fabio, “El pensamiento político de Hans Kelsen”, Boletín Área de Derecho Público, Universidad de Antioquia EAFIT, julio-septiembre 2009.

⁹ LAGI, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): los orígenes de Esencia y Valor de la Democracia*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2007.

¹⁰ PINTORE, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, DOXA 23, 2000, pp. 129-144.

¹¹ VEGA, Jesús, “Una visita de Kelsen”, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho num.38, 2015, pp.417-470.

¹² En este sentido, véase: LOMBARDEO MARTÍN, José María, “Simone Weil y las causas de la libertad y la opresión social”, Revista internacional CONSINTER de derecho, núm. 16, 2023, pp.217-240.

¹³ Sobre el pensamiento de Isaiah Berlin véase: GARCÍA GUITIÁN, Elena, *El pensamiento político de Isaiah Berlin*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

Kelsen publicó en 1929 hace ya noventa y cuatro años la segunda edición de su obra *De la Esencia y Valor de la Democracia*. En 1920 Kelsen había publicado una primera versión a la que la catedrática italiana Sara Lagi ha dedicado una monografía que está traducida al español¹⁴.

Kelsen, acorde a su estilo sistemático, subdividió el libro de 1929 en diez capítulos que guardan un orden expositivo secuencial. No todos los capítulos meritan la misma densidad teórica, pero todos se hallan enlazados en un desarrollo progresivo y dan idea del contenido y desarrollo argumental de su obra: 1. La libertad, 2. El pueblo, 3. El parlamento, 4. La reforma parlamentaria, 5. La representación profesional, 6. El principio de la mayoría, 7. La administración, 8. La selección de dirigentes, 9. Democracia formal y democracia social, y 10. Democracia y concepción del mundo.

Este décimo capítulo aparece en español por vez primera en la edición de KRK de 2009. La edición de Guadarrama del año 1977 reproduce la de la editorial Labor del año 1934 donde el capítulo décimo fue reemplazado por un artículo de Kelsen del año 1933, "*Forma de estado y filosofía*." No obstante, la lectura de este pequeño ensayo resulta provechosa para nuestro estudio orientado a la idea de la libertad en Kelsen.

2.2 La Idea de la Libertad en Kelsen

La prioridad de la libertad: Kelsen dedica el capítulo primero de la "Esencia" a la Libertad porque sin duda es el basamento del resto de la obra. Lo reitera en el capítulo tercero dedicado al parlamento: "*la idea de libertad es y será el centro de gravedad perpetuo de toda especulación política*."¹⁵ Y aún más adelante, de manera muy significativa, en el capítulo noveno: "*El valor que define por encima de todo la idea de democracia no es la igualdad sino la libertad*"¹⁶. Al servicio de su idea de la libertad pone su idea de la democracia parlamentaria.

La prioridad que otorga al valor de la libertad frente al valor de la igualdad lleva a REQUEJO a señalar en su estudio introductorio de la edición de KRK que la doctrina de Kelsen se funda en la libertad y su democracia es liberal, y para todos pero no igualitaria, e inconciliable con la democracia popular o colectivista¹⁷.

La libertad es uno de los fines principales del Estado: conviene tener presente la obra de Kelsen "*La teoría del estado de Dante Alighieri*" escrita en 1905 a la edad de 24 años. En su capítulo V, El fin del Estado, Kelsen escribe sobre el pensamiento de Dante, entendemos que haciéndolo suyo:

Tras la paz aparece como función del Estado la libertad, la segunda necesidad en importancia de la humanidad". "El género humano se encuentra en la mejor situación cuando es lo más libre posible. La libertad, ese don supremo que Dios ha dado los hombres (...), descansa en último término en la libertad de juicio. Dante define la libertad civil en los mismos términos que Aristóteles. (...) Ser libre significa

¹⁴ LAGI, Sara, *Ibidem*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva. 2007.

¹⁵ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2ªed, 2009, p. 93.

¹⁶ KELSEN, Hans, *Ibidem*, p. 211.

¹⁷ REQUEJO PAGES, Juan Luis, Estudio introductorio a *De la Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, Editorial KRK, p. 24.

*ser el fin propio de uno mismo; (...) las constituciones justas miran a la libertad, esto es, a que los hombres sean para sí mismos. (...) La exigencia de que el estado haya de realizar la paz, la justicia y la libertad es característica del llamado Estado de Derecho*¹⁸.

*La libertad está relacionada con la justicia. Afirma Kelsen: “La idea de libertad se identifica a veces con la idea de justicia, de tal modo que un orden social se considera justo si garantiza la libertad individual.”*¹⁹. Por ello la democracia sería una forma de gobierno justa por el mero hecho de que garantiza la libertad individual, (...) a condición de que se presuponga que la libertad individual es un fin último²⁰.

La opción de Kelsen es clara: “*Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia.*”²¹ Ello no obstante, como relativista, sobre la jerarquía de valores y fines últimos reconoce la existencia de otras perspectivas:

*“Si la libertad individual es un valor jerárquicamente superior solo cabe una respuesta subjetiva. (...) será distinta si la decisión la toma una persona que considere que la libertad individual es el valor supremo, es decir, un liberal, o alguien para quien la seguridad jurídica y social y el tratamiento igualitario para todos los hombres sean valores jerárquicamente superiores al de la libertad, es decir, un socialista” Si bien “El que muchos individuos concuerden en sus juicios de valor no demuestra que estos juicios sean correctos, válidos en un sentido objetivo*²².

El contenido de la Libertad: Debemos precisar qué idea de la libertad tiene Kelsen, pues sucede que la Libertad no es un concepto unívoco, que los teóricos liberales ofrecen muchos matices, e incluso que entre los defensores de la Libertad, no todos se proponen serlo.

Kelsen en “*Esencia y Valor*” descarta que sea viable y realizable el ideal de la que llama libertad natural o germánica que consiste en que el individuo, consciente de su propio valor, rechaza la superioridad de cualquier otro individuo, anhela ser libre de todo dominio, y se opone, se rebela contra la sociedad y contra el estado. “*La idea de libertad en su esencia profunda niega todo lo social y por tanto todo lo político y constituye el contrapunto de toda teoría social y toda praxis del estado*”²³.

Kelsen reconoce muy acertadamente²⁴ en su ensayo la fuerza motriz del anhelo de libertad del que procede la libertad natural o germánica: “*La libertad tiene su origen en una fuente última del alma humana, el instinto primitivo y contrario al estado que opone al individuo con la sociedad*”²⁵. Pero considera tan ilusoria una idea de libertad que se oponga a los vínculos sociales como ilusorio considera que es el libre albedrío:

¹⁸ KELSEN, Hans, *La teoría del estado de Dante Alighieri*, Oviedo, KRK Ediciones, 2018, p. 149-152.

¹⁹ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008, p. 37.

²⁰ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008, p. 45.

²¹ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008, p. 63.

²² KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008, p. 40-42.

²³ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 93.

²⁴ LOMBARDEO MARTÍN, José María, *La Libertad por criterio*. Almería, Editorial Círculo Rojo, 2021. p. 65: “*La Libertad es un ansia y un sentimiento individual*”.

²⁵ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 44

*La ideología de la libertad propia de la democracia frente a la realidad de la existencia de vínculos sociales parece jugar un papel parecido al de la ilusión ética del libre albedrío frente a la ineludible y psicológicamente demostrada determinación causal de la voluntad del hombre*²⁶.

Kelsen constata que en la vida en sociedad es necesario que exista autoridad, un ordenamiento jurídico vinculante cuya existencia es independiente de la voluntad individual de los sometidos a sus normas²⁷ ordenamiento que permitirá hacer libre al individuo respecto a la causalidad natural, y al que para dicho fin el individuo debe someterse. Por ello la libertad natural del individuo es imposible: “*no puede seguir ignorándose que en la medida que debe obedecer al estado el individuo no es libre*”²⁸.

Resolver este conflicto hace inevitable evolucionar el concepto de libertad desde la libertad natural hacia el concepto de libertad política.

Esta argumentación la reitera años después en *Qué es la justicia* (1952):

*Dado que la libertad auténtica²⁹ es decir, la libertad respecto a cualquier tipo de autoridad social o de gobierno, es incompatible con cualquier tipo de organización social, la idea de libertad debe dejar de significar ausencia de gobierno. Debe asumir el significado de un tipo especial de gobierno: el gobierno ejercido por una mayoría –si es necesario contra la minoría de los individuos gobernados- La libertad de la anarquía se transforma en la autodeterminación de la democracia*³⁰.

Kelsen llama libertad política al concepto de Libertad que sostiene y que viene a corresponderse con la libertad de los antiguos, consistiendo en la autodeterminación del ciudadano participando en la formación de la voluntad del estado. Es libre quien estando sometido solo lo está a su voluntad propia y no a una voluntad ajena³¹.

Kelsen es un observador perspicaz que constantemente incide en la diferencia entre teoría y práctica. En la realidad las limitaciones a la libertad no finalizan al restringir el concepto de libertad a la participación del ciudadano en la formación de la voluntad colectiva.

En el ejercicio de la libertad política el individuo solo es libre durante la votación (clara alusión a Rousseau) y aún así, solo para el caso que su voluntad coincida con la voluntad colectiva³² (que vote con la mayoría) y siempre que no cambie de voluntad³³. En este caso para ser libre necesitaría que se formase una nueva mayoría acorde con su nueva voluntad.

²⁶ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 185.

²⁷ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 47.

²⁸ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 56.

²⁹ El subrayado es nuestro.

³⁰ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008, p. 38.

³¹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 41.

³² KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 46.

³³ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 49.

Además, en la realidad lo habitual es que los ciudadanos lo sean de un orden social ya constituido y solo pueden expresar su voluntad y llegar a ser libres participando en la reforma del orden preexistente³⁴.

Al hilo de estas reflexiones Kelsen introduce el principio de la mayoría. Tratándose de que la voluntad colectiva coincida con la voluntad de tantos ciudadanos como sea posible haciéndoles libres, contrariamente a la intuición que señala como más favorables a la libertad a la unanimidad o a una mayoría cualificada, es la regla de la mayoría absoluta la más flexible para equilibrar la agilidad en la toma de decisiones colectivas y hacer libres a los más, a tantos como sea posible.

Para Kelsen el fundamento de la regla de la mayoría no es la igualdad y el número sino hacer libre al mayor número posible. No se basa en dar preferencia al número (los muchos sobre los pocos, existiendo la igualdad en el voto) sino que se funda en que deben ser libres, si no todos, tantos como sea posible, y que tan pocos como sea posible se vean en la situación de que su voluntad esté en contradicción con la voluntad general. La concordancia entre la voluntad del individuo en minoría y la del estado será tanto más fácil cuantas menos voluntades individuales sean necesarias para modificar la voluntad del estado³⁵.

Kelsen afirma que el hecho mismo del dominio sigue siendo inevitable en democracia. Sucede que en democracia se rechaza el dominio de un igual, y por ello se ha cambiado el sujeto del dominio. Se ha construido la persona anónima del estado a partir de las personalidades y voluntades de los individuos que se abstraen en lo colectivo, y el estado aparece de este modo como el sujeto del poder, y “*el velo de la personificación del estado oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre*”³⁶.

Kelsen afirma que en la realidad los individuos solo son libres en tanto que encarnados en el estado y mientras conforman la voluntad colectiva, que en el lugar de la libertad del individuo se ha situado la soberanía del pueblo y no es el ciudadano individualmente considerado sino el estado el que se dice que ha de ser libre³⁷.

Kelsen lanza una advertencia importante sobre el ideal teórico de la democracia:

*Le es indiferente hasta qué punto el ordenamiento del estado interviene en la libertad de los individuos que participan en su creación. Incluso en el supuesto de una expansión ilimitada del poder del estado sobre el individuo, de la completa aniquilación de la libertad individual y la negación del ideal liberal sería posible una democracia si la voluntad general es obra únicamente de los sometidos*³⁸.

Así que aunque Kelsen priorice libertad política, en realidad esta no es todo lo que Kelsen puede ofrecer sobre la Libertad, la libertad natural, o digámoslo ya, la

³⁴ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p 50.

³⁵ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p 52.

³⁶ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 56.

³⁷ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p 53.

³⁸ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 54.

libertad negativa sigue presente en sus escritos. Los derechos políticos son solo una parte de la vida de las personas, no toda su vida, resume Luis Armando González³⁹. En palabras de Kelsen, en Esencia y Valor de la Democracia:

*Son solo muy concretas manifestaciones vitales del individuo las tomadas en consideración por el ordenamiento estatal, y siempre debe quedar al margen de ese ordenamiento una parte mayor o menor de la vida humana, respetándose en todo caso una determinada esfera del individuo inaccesible al estado*⁴⁰.

En otras partes de la extensa obra de Kelsen reaparece la distinción entre Libertad positiva y negativa. Así, Odar Edilberto Monzon Pedroso⁴¹ cita:

*Por la libertad democrática se entienden dos principios diferentes: la libertad positiva o libertad política de autodeterminación, la participación de los gobernados en el gobierno, es decir, en la creación y aplicación del ordenamiento coercitivo por una parte, y por otra, la libertad negativa o libertad intelectual, la libertad frente al gobierno, frente a la coerción, garantizada por los derechos humanos constitucionales*⁴².

Abundando en esto, Sanz Moreno señala que para Kelsen la libertad en democracia tendrá dos vertientes:

*De un lado, el procedimiento de participación ciudadana en la creación y aplicación de un orden coercitivo que distingue entre gobernados y gobernantes (sentido positivo de la libertad política desde la autodeterminación); de otro, su significado material frente al gobierno y su coacción, garantizada por las libertades y derechos humanos que se protegen en una Constitución con límites al poder político (sentido negativo o intelectual freedom)*⁴³

Y Sendin Mateos por su parte señala que Kelsen

La idea de la libertad que maneja Kelsen no termina de encajar con el significado que la teoría política tradicional atribuye a dicho concepto (...) Sin embargo, dada la importancia que concede a los derechos fundamentales como instrumento para evitar el dominio sin restricciones de la mayoría sobre las minorías, y el papel que reserva a la jurisdicción constitucional como mecanismo institucional para la protección de esos derechos, hay argumentos suficientes para caracterizar la concepción de la democracia de Kelsen como liberal, al menos desde el punto de vista político. (...) Kelsen seguía la senda que había marcado (...) su maestro (...) Jellinek (...) de establecer límites a la voluntad de la mayoría (...) Y al hacerlo, se consideraba continuador de la tradición liberal inspirada por pensadores como B. Constant, J.S. Stuart Mill o A. de Tocqueville. El liberalismo de Kelsen (...) se inserta en esta

³⁹ GONZALEZ. Luis Armando, "Partidos políticos y democracia. A propósito de esencia y valor de la democracia de Hans Kelsen", Teoría y Praxis, El Salvador, Año 13, n. 26, enero-mayo 2015, p. 44.

⁴⁰ KELSEN, Hans, *Ibidem*, p. 65.

⁴¹ MONZON PEDROSO, Odar Edilberto, *La Democracia y la autocracia en Kelsen*, Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2013, p. 86.

⁴² KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, p. 308.

⁴³ SANZ MORENO, José Antonio, "El parlamentarismo en su encrucijada. Schmitt versus Kelsen o la reivindicación del valor de la democracia", Revista de Estudios Políticos, núm. 162, Madrid, Octubre-Diciembre 2013, p. 132-133.

*tradición.(...) Su preocupación por este tema, unida al protagonismo que, como consecuencia de su adscripción a un ideario liberal-democrático, tiene para él la idea de libertad, supone un límite al carácter formal de la democracia, al menos tal como Kelsen entiende este concepto*⁴⁴.

*Se adhiere a un ideario liberal democrático (...) sin embargo su liberalismo es sui generis (...) porque se limita solo al ámbito político y no al económico (...) y porque se aparta del individualismo que suele caracterizar a algunas versiones del liberalismo y defiende la intervención del estado para garantizar cierto bienestar*⁴⁵.

Con lo dicho hasta ahora cabe preguntar a qué tipo de hombre confía Kelsen el buen desarrollo de su libertad política. Quién se aviene a cifrar su libertad en una limitada aportación a la formación de la voluntad colectiva, y para esta pregunta Kelsen ofrece su respuesta:

Ciertamente no puede comprenderse la democracia partiendo de la sola idea de libertad; ya que esta, por sí misma, no puede fundar un orden social, cuyo sentido esencial es la vinculación; el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad solo para sí, sino para los demás; (...) porque ve en él su igual. De ese modo, para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, limitándola.

*Si se pregunta cuál es el tipo humano a que corresponde esta concepción política en la que el anhelo hacia la libertad se modifica por el sentimiento igualitario, indudablemente es aquel en que a vivencia del propio yo no es tan elemental y distinta de la vivencia de los otros yo, del no-yo, como para que uno no fuera capaz de penetrarse con la pretensión de los otros yo a ser reconocidos en calidad de tales. (...) el propio yo no es para él algo particularísimo, incomparable e inimitable. En él, el sentimiento de la individualidad se encuentra más bien disminuido; por esto está abierto a la simpatía y la comprensión, es amigo de la paz y enemigo de la agresión; (...) y nada tiene de paradójico (...) que ese ejemplar humano en el que la conciencia de su individualidad se halla más bien relegada a segundo plano, sienta inclinación por una forma política en la que el poder está reducido al mínimo*⁴⁶.

Desde nuestro punto de vista, y examinados los conceptos de Libertad que el propio Kelsen utiliza es preciso Disentir de cómo Kelsen despacha al limbo conceptual la libertad natural, negativa o germánica, porque hacemos nuestros los conceptos de libertad de Constant y Berlin, y nuestro concepto de libertad se sustenta en el individuo:

⁴⁴ SENDIN MATEOS, José Antonio, “Pluralismo político y derechos de las minorías en la teoría de la democracia de Hans Kelsen” Revista Iberoamericana de Direito, vol.1, núm.1 Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Universidad de Salamanca, 2020, p. 13, 17, 20.

⁴⁵ SENDIN MATEOS, José Antonio, “¿Reforma constitucional o reforma del parlamentarismo? La propuesta de Hans Kelsen para el fortalecimiento de la democracia representativa” Ponencia XIV Congreso AECPA, Universidad de Salamanca, 11 julio 2019, p. 3.

⁴⁶ KELSEN, Hans, “Forma de estado y filosofía”,1933, págs. 138-140 en Esencia y Valor de la Democracia, Madrid, Editorial Guadarrama, 1977

*La libertad se predica del individuo, y solo a través del individuo de los grupos que integra, que no deben verse más que como una agregación de individuos que per se no debe prevalecer sobre los sujetos que la componen*⁴⁷.

Distingue Benjamín Constant⁴⁸ en su celeberrima conferencia del Ateneo de París la libertad de los antiguos -una libertad en términos de formación de la voluntad colectiva en las *polis* de la Antigua Grecia que guarda parecido con la libertad política de Kelsen- y la libertad de los modernos, una libertad de tipo kelseniano-germánico cuya aparición sería posterior, siendo asimilable a la libertad negativa en términos de Isaiah Berlin⁴⁹.

Sobre la libertad de los modernos, el helenista, filólogo e historiador Luis GIL FERNANDEZ señala que en realidad el retraimiento del individuo de la vida pública propio de la libertad de los modernos se habría producido ya en tiempos de los antiguos y como consecuencia de la presión del estado sobre el individuo:

*La apatéseos demou graphé, acusación de engaño al pueblo, aparte de injusta se reveló a la postre suicida. Las inteligencias más agudas se retrajeron por natural instinto de conservación de la política, y se produjo una escisión entre estado e individuo (...) en aumento constante desde finales del siglo IV (...) la separación entre el estado y el individuo no se produjo como normalmente se cree, por iniciativa de este (...) fue el estado el que por no reconocer de forma suficiente los derechos individuales y los de las minorías discrepantes el que apartaba de sí al individuo. Porque jamás en momento alguno de la historia, exigió la comunidad mayor esfuerzo, mayor dedicación y sacrificio de sus miembros que en la Atenas democrática del siglo V*⁵⁰.

Pedro Salazar Ugarte en primer lugar califica a Kelsen como autor rousseauiano que ante el enfrentamiento entre libertad negativa y positiva no duda en inclinarse por la segunda, reivindicando el valor de la autonomía política, aunque limitada por la regla de la mayoría y el principio de representación, y en segundo lugar, formula a nuestro parecer una muy atinada crítica:

*No analizó con detenimiento la tensión que atraviesa a los tipos de libertad (negativa y positiva) y debe superarse para que la democracia constitucional sea posible. Al presuponer que la autodeterminación es la mejor garantía de las libertades, Kelsen pasa por alto un problema relevante: la tensión que existe entre los derechos fundamentales (entendidos como límites a las decisiones colectivas) y el principio de autogobierno que él mismo reconoce como fundamento de la democracia*⁵¹.

2.3 El Pueblo y los Partidos Políticos según Kelsen

En democracia la voluntad del estado es creada por quienes le están sometidos: por el pueblo. El pueblo es el sujeto del poder. Pero la unidad del pueblo

⁴⁷ LOMBARDERO MARTÍN, José María, *Pensamientos y Fragmentos*, Madrid, Editorial Bubok, 2019, p. 98.

⁴⁸ CONSTANT, Benjamín, *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos*, Barcelona, Editorial Página Indómita, 2020.

⁴⁹ BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.

⁵⁰ GIL FERNÁNDEZ, Luis, *Sobre la democracia ateniense*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 34.

⁵¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, "Nota sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen", *Revista Isonomía*, núm. 28, abril 2008, p. 196.

es una realidad *jurídica*. En lo social el pueblo es un conglomerado de grupos con diferencias, nacionales, religiosas, económicas.

No todos los sometidos al ordenamiento son titulares de derechos políticos, y de estos solo una parte los ejercen, y de entre estos solo una parte lo hacen con criterio propio, “los más actúan como una multitud sin criterio y sin opinión propia”⁵². Kelsen es consciente de la diferencia existente entre el pueblo como objeto y como sujeto del poder y que el ejercicio efectivo de la soberanía y la participación en la libertad política no alcanza al total de la población.

Dice Kelsen que el individuo aislado no tiene políticamente existencia real (y esto nos resulta empírica y desgraciadamente familiar), ya que no puede tener influencia efectiva alguna en la formación de la voluntad del estado⁵³. También que el hombre no pertenece en su totalidad en todos los sentidos de su vida espiritual y física ni a la comunidad social ni al estado que le somete⁵⁴.

La democracia de los estados modernos es indirecta y parlamentaria. La voluntad colectiva se crea por mayoría de entre los elegidos por los titulares de derechos políticos y la libertad se devalúa en un simple derecho de voto.

Los **partidos políticos** para Kelsen son de hecho un órgano de formación de la voluntad del estado. Reúnen a quienes comparten orientación política con el fin de asegurarles una influencia efectiva en la conformación de la voluntad de la comunidad. La democracia es necesaria e inevitablemente un estado de partidos, y su descrédito es un ataque encubierto contra la realización de la democracia.

Los partidos cumplen la función de permitir que la voluntad común resulte del compromiso entre intereses contrapuestos, creando las condiciones organizativas necesarias para alcanzar el compromiso como resultante de moverse hacia una línea intermedia⁵⁵.

Kelsen rechaza el cuestionamiento⁵⁶ que en su tiempo se hiciera de los partidos políticos y rechaza la representación profesional como alternativa corporativa a la representación parlamentaria. Los grupos profesionales no son una alternativa viable a los partidos políticos.

Kelsen esperaba que la inserción constitucional de los partidos facilitaría la democratización de la formación de la voluntad colectiva en su interior⁵⁷.

Desde la época de entreguerras en que Kelsen escribiera su ensayo sobre la Democracia los partidos políticos han evolucionado notablemente sin que hayan dejado de ser objeto de crítica ni pueda decirse que su consolidación constitucional haya colmado las expectativas de Kelsen. Pero sí han generado abundante literatura

⁵² KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 70.

⁵³ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 72.

⁵⁴ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 64.

⁵⁵ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 82.

⁵⁶ Para una crítica desde la izquierda, véase WEIL, Simone, *Nota sobre la supresión general de los partidos políticos*, Palma de Mallorca, José de Olañeta editor, 2022.

⁵⁷ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 85.

en ciencia política que desborda el objeto de este estudio. Puede consultarse con provecho el trabajo de Presno Linera⁵⁸.

2.4 El Parlamentarismo y su Reforma

El parlamentarismo es la única forma real de llevar a cabo la democracia. Consiste en la formación de la voluntad normativa del estado en un órgano colegiado que decide por mayoría y es elegido por el pueblo democráticamente, mediante sufragio universal e igual.

En el parlamentarismo la libertad ve inhibida su fuerza originaria por el principio de la mayoría y por el carácter mediato de la formación de la voluntad: el pueblo no crea directamente la voluntad del estado sino a través de un parlamento creado por el pueblo al que en los estados modernos se encomienda la función de creación de normas generales en aplicación del principio de la división del trabajo⁵⁹. El parlamentarismo es un compromiso entre la pretensión democrática de libertad y el principio de la división del trabajo.

La **representación supone una ficción**: crea la apariencia de que el parlamento expresa de forma perfecta la idea de libertad democrática, que el parlamento es representante del pueblo, y que el pueblo solo puede expresarse en el parlamento y a través de él, haciendo creer que la gran masa del pueblo se autodetermina políticamente en el parlamento electo, a pesar de la independencia del parlamento y de no existir mandato vinculante⁶⁰.

Kelsen tiene en cuenta las críticas al parlamentarismo de sus contemporáneos, procedentes tanto desde la derecha como desde la izquierda. Por ello aborda en el capítulo cuarto una serie de propuestas para acercar voluntad popular y parlamento. Estas propuestas hoy manidas, Kelsen las formula de manera temprana. Trata el referéndum, la iniciativa (legislativa) popular y el control permanente de los diputados, a las que es favorable, y es partidario de suprimir la institución de la inmunidad parlamentaria.

Es favorable al referéndum, tanto constitucional como legislativo, puntualizando que para el caso que el resultado sea contrario a una decisión del parlamento deben convocarse nuevas elecciones para obtener un parlamento que no sea contrario a la voluntad popular. Kelsen es también partidario de la iniciativa popular legislativa por lo que propone simplificar el procedimiento de acceso y que se faciliten medios técnicos para la redacción de las propuestas.

Respecto al **control de los diputados**, Kelsen entiende que la irresponsabilidad del diputado respecto a sus electores es una de las causas de descontento contra la institución parlamentaria. Primeramente, la inmunidad (que el diputado no pueda ser perseguido penalmente) no es un elemento constitutivo del régimen parlamentario sino un “privilegio anacrónico” y debiera suprimirse, dado que no les protege de los electores sino frente a las autoridades y los tribunales, no

⁵⁸ P RESNO LINERA, Miguel Angel, “Pluralismo de partidos, no separación de poderes”, Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado derecho público e historia constitucional, Junta General del Principado de Asturias, núm. 5/2009, p. 243-300.

⁵⁹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 92-94.

⁶⁰ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 96.

viendo Kelsen, con la independencia de los tribunales garantizada, que sea necesario proteger al parlamento frente a su propio gobierno, y tampoco resulta útil como protección de la minoría cuando puede la mayoría votar la entrega de los diputados a la autoridad que les persigue⁶¹.

En segundo lugar, el diputado debe estar sujeto a **control permanente** que Kelsen pone en manos de los partidos⁶². Dado que el diputado no está sujeto a instrucciones de sus electores se concreta en que el diputado pierda su escaño cuando abandone o sea expulsado del partido por el que fue elegido, lo que es una derivación lógica del sistema de listas cerradas elaboradas por los partidos en el que los electores no tienen influencia en la elección de los candidatos sino que su voto es la adhesión a un partido y el candidato que se postula solo recibe su mandato en razón de su pertenencia al partido⁶³.

Este “derecho de revocación” del partido presupone un sistema de partidos sólido y estable, y Kelsen lo recomienda solo en caso de abandono o expulsión expresas del partido. En tal caso la iniciativa sería del partido afectado y la decisión debe confiarse a un tribunal independiente y objetivo⁶⁴.

Para un sistema de partidos consolidado y sobre la base de un sistema electoral proporcional Kelsen da un paso más y propone confiar a los partidos el nombramiento de los diputados que les correspondan en proporción a su fuerza numérica y darles el derecho de revocación.

Un paso más allá, y en respuesta al reproche a los parlamentos de ausencia de conocimientos especializados para hacer buenas leyes en los distintos ámbitos⁶⁵, Kelsen propone dejar que el partido delegue en cada caso y en función de sus necesidades en especialistas para el asesoramiento y participación en la elaboración de leyes en las que participarían en la votación con el número de votos que correspondieran a su partido.

Kelsen es crítico sin embargo con las comisiones especiales del parlamento que “*han reducido el Pleno a un aparato de voto puramente formal*”⁶⁶ y rechaza la creación de parlamentos especializados siguiendo la división de la administración, así como la creación de un parlamento económico elegido según criterios profesionales que sea igual en estatus y derechos al parlamento político general elegido democráticamente, una idea problemática siendo que la mayoría de los asuntos económicos tiene un significado político y la mayoría de los asuntos políticos tiene un significado económico, y el acuerdo entre ambas cámaras solo puede ser fruto de la casualidad⁶⁷.

⁶¹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 118.

⁶² Lo que claramente supone desplazar el problema más que resolverlo. Kelsen mostró excesiva confianza en el sistema de partidos.

⁶³ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 121.

⁶⁴ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 122.

⁶⁵ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 124.

⁶⁶ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 125.

⁶⁷ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 127.

2.5 El Principio de la Mayoría-Minoría de Kelsen

Afirma Kelsen que la existencia de una mayoría presupone reconocer la existencia de la minoría y ello posibilita la protección de la minoría⁶⁸. Pero para mí esta posibilidad “lógica” no deja de ser una ocurrencia ingeniosa si no se traduce en arreglos institucionales.

La función de los derechos fundamentales y libertades públicas en la teoría kelseniana pasa a ser una protección para la minoría, no se concibe como protección del individuo frente al ejecutivo. Este desplazamiento es coherente con su concepto de Libertad no individualista.

Puntualiza Kelsen que la protección de la minoría mediante la tutela legislativa de los derechos fundamentales y libertades públicas debe hacerse con la reserva de quórum y mayoría cualificada en el procedimiento parlamentario, para que el ejecutivo no pueda intervenir en la esfera de los derechos fundamentales y libertades públicas sino con el acuerdo de la minoría, por tanto, con mayorías cualificadas, no bastando la mayoría absoluta⁶⁹.

Respecto a los derechos fundamentales Anna PINTORE critica que Kelsen no ha resuelto correctamente compatibilizar democracia con derechos:

La democracia, como sabemos, es una amenaza potencial para los derechos, en la medida en que la soberanía popular no esté restringida por límites. Los derechos, a su vez, son una amenaza para la democracia, tanto en el sentido de que representan una limitación de contenidos al libre despliegue de la soberanía popular, como en el sentido de que se confían a sí mismos –la determinación de su contenido y tutela- a otros que podrían convertirse en los señores de los derechos, los administradores de su contenido y sus confines⁷⁰.

Según Kelsen el fin del procedimiento parlamentario (discurso-réplica/argumento-contradicción) es conseguir el **compromiso**. Crear la posibilidad de transacción en la formación de la voluntad colectiva⁷¹. El compromiso es posponer lo que separa en beneficio de lo que une, obtener la línea media entre intereses contrapuestos y el parlamento ofrece garantías de que puedan expresarse representados y entrar en concurrencia los distintos intereses de los grupos hasta alcanzar un compromiso entre ellos⁷².

Para Sendin Mateos en punto al compromiso Kelsen pecó de idealista: a menudo las negociaciones políticas determinantes tienen lugar al margen del debate en el parlamento y sin contar con la participación de la mayoría de los miembros de los grupos implicados, incluso sirviéndose de manipulación y engaño para convencer a los adversarios⁷³.

⁶⁸ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 139.

⁶⁹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 140.

⁷⁰ PINTORE, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, DOXA 23, 2000, p. 138-139.

⁷¹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 146.

⁷² KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 147.

⁷³ SENDIN MATEOS, José Antonio, “¿Reforma constitucional o reforma del parlamentarismo? La propuesta de Hans Kelsen para el fortalecimiento de la democracia representativa” Ponencia XIV Congreso AECPA, Universidad de Salamanca, 11 julio 2019, p. 11.

Para Kelsen el **sistema electoral** preferible es el proporcional, en el que la representación se hace con los votos de todos los electores y contra el voto de ninguno, y se realizará la proporcionalidad mejor cuantos más escaños a cubrir haya. El fundamento del sistema proporcional es el principio de libertad, de autodeterminación. Solo someterse a una ley en cuya elaboración se ha participado y a los representantes que se han designado. La idea de proporcionalidad solo es factible en el parlamentarismo. El procedimiento electoral proporcional supone racionalizar el sistema mayoritario para tener en el parlamento una oposición sin la cual el parlamento no puede funcionar. Y no se trata de obtener una minoría, sino que todos los grupos estén representados de acuerdo a su verdadera fuerza y el parlamento refleje la verdadera situación de los intereses en juego, premisa necesaria para alcanzar el compromiso.

El sistema proporcional fortalece la libertad al impedir que la voluntad de la mayoría se imponga sin límites sobre la minoría.

Respecto a la posible atomización de partidos puede ocurrir que ninguno tenga la mayoría absoluta pero ello solo significa la necesidad de coaliciones superando las pequeñas diferencias existentes entre grupos y alcanzar acuerdos en torno a los intereses comunes más relevantes⁷⁴.

Kelsen en orden a alcanzar compromisos advierte el peligro de la petrificación del sistema de partidos. Si la minoría parlamentaria puede esperar llegar a ser mayoría su conducta será más leal y razonable, pero de no ser así, la minoría se exasperará y su conducta parlamentaria será obstruccionista. El **obstruccionismo** técnico fue frecuente en la Europa de entreguerras: discursos largos, solicitud de votaciones nominales, introducción de mociones urgentes a debatir antes de entrar en el orden del día.

El principio de la mayoría tiene límites: necesita condiciones que propicien el entendimiento recíproco de mayoría y minoría. Una sociedad homogénea culturalmente, en especial la misma lengua. Kelsen recomienda en estados nacionalmente heterogéneos que se sustraiga al parlamento central la competencia para decidir cuestiones referidas a las culturas nacionales y transferir a entidades autónomas, a los cuerpos de representación de las comunidades nacionales. En este punto parece un precursor de la Constitución Española de 1978, que ha cosechado resultados prácticos de valor cuestionable. También aboga por la homogeneidad social o de intereses que facilite la voluntad de superar de forma progresiva y pacífica el antagonismo de clase. La Libertad es el ideal inalcanzable del parlamentarismo, pero su realidad es la paz.

2.6 La Administración Pública

La libertad está restringida por el parlamentarismo en la formación de la norma general y por la administración en los actos individuales de ejecución. La conducta de los partidos varía respecto a la democratización de la administración, dependiendo de si forman o no parte de la mayoría en el poder. Si llegan a alcanzar como mayoría responsabilidades de gobierno, dejan atrás sus propuestas de democratizar la administración⁷⁵.

⁷⁴ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 155.

⁷⁵ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 171.

Existe un conflicto en la fase de ejecución de las normas entre el principio de legalidad y la democracia. Sobre este tema expone Sara LAGI⁷⁶:

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. (...) 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 basado en la conformidad con el derecho y las segundas basadas en la conformidad con la Constitución⁷⁷.

Advierte Kelsen que la legalidad de la ejecución **no** está mejor garantizada por las formas democráticas. La elección democrática de los órganos superiores ejecutivos por el parlamento y su responsabilidad ante él, supone cierta garantía pero no la única de que su actuación se ajuste a la legalidad ejecutando al voluntad del pueblo⁷⁸. El sistema ministerial más autocrático de ejecución a través de órganos individuales facilita más el control y exigencia de responsabilidad que un sistema colegial – democrático que diluye el sentimiento de responsabilidad individual y dificulta su exigencia.

La producción de actos individuales del estado en la ejecución admite y requiere más la descentralización que la formación de la voluntad general pero la democratización de la ejecución pone en riesgo la democratización de la legislación. Una administración democrática solo es provechosa si tiene libertad de apreciación, lo que conlleva una tendencia a la descentralización.

Los organismos descentralizados de administración autónoma no consideran la legalidad de sus actos como el fin supremo. Pueden oponerse a las leyes del parlamento central y la voluntad del todo puede ser paralizada por la parte. Para prevenirlo se limita la formación de voluntad en las unidades administrativas. La legalidad se garantiza mejor con una organización autocrática en órganos individuales designados por la instancia central y responsables ante ella⁷⁹.

La **legalidad**, aunque restringe la democracia, es necesaria para que la democracia pueda realizarse⁸⁰.

Son precisas todas las **instituciones de control** que garanticen la legalidad de la ejecución. La jurisdicción contenciosa para fiscalizar actos administrativos y

⁷⁶ Los estudios de Sara LAGI han despertado interés en Latinoamérica. Véase al respecto MONTROYA BRAND, Mario, “Reseña de Sara Lagi: El pensamiento político de Hans Kelsen”, Revista Coherencia, Medellín, Colombia, vol.6, núm.10 enero-junio 2009, pp. 243-248 y la entrevista realizada a Sara lagi por CARRILLO SALGADO, Agustín Fernando, “una académica comprometida con el estudio de la historia del pensamiento iuspolítico alemán y el trabajo de Hans Kelsen: una aproximación a la apasionante obra de Sara Lagi”, revista PRECEDENTE, Cali, Colombia Vol.19, julio-diciembre 2021, p. 207-223.

⁷⁷ LAGI, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, Araucaria, Revista iberoamericana de filosofía política y humanidades Año 13, núm.25, primer semestre de 2011, p. 19.

⁷⁸ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 172.

⁷⁹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 175.

⁸⁰ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 179.

normas generales como reglamentos y leyes. Los reglamentos en relación a la legalidad. La jurisdicción constitucional respecto a la constitucionalidad de las leyes.

La minoría parlamentaria, para no estar expuesta a la arbitrariedad de la mayoría debe poder acudir al tribunal constitucional directa o indirectamente.

Kelsen plantea reforzar las instituciones de control. El destino de la democracia moderna depende de una configuración sistemática de todas las instituciones de control. La democracia sin control es imposible pues el abandono de la autolimitación que representa el principio de legalidad es la autodisolución de la democracia⁸¹.

El principio democrático debe limitarse al proceso legislativo y la designación de los órganos ejecutivos superiores.

El principio de legalidad excluye por definición cualquier influencia de los partidos en la ejecución de la ley por tribunales o por la administración.⁸² No cabe la lucha de intereses políticos en el momento de ejecución de la ley. La influencia de los partidos debe ser en la esfera legislativa, no la ejecutiva⁸³.

2.7 La Selección de Dirigentes y Otras Cuestiones

El ideal de democracia implica la ausencia de dirigentes, En la democracia ideal no hay lugar para un caudillo, pero este ideal de ausencia de dominio y dirigentes no es realizable en la práctica, y la cuestión es cómo se crea la voluntad dominante. La democracia no significa que gobierne la voluntad del pueblo, sino que significa que el mayor número de los sometidos a las normas participe en el proceso de formación de la voluntad, si bien solo en la legislación, mediante la creación del órgano legislativo⁸⁴.

Kelsen aborda aquí la cuestión de las limitaciones al poder de los dirigentes: el parlamento con la oposición mayoría-minoría es un límite efectivo para el gobierno apoyado en la mayoría. Los dirigentes que surgen de la masa están limitados a la ejecución de la ley.

La **separación de poderes** que distribuye ejecución y legislación entre distintos órganos limita la soberanía popular porque el legislativo, único en el que el pueblo está representado, no puede imponerse como poder supremo⁸⁵.

La separación de poderes opera en un sentido democrático en cuanto impide la concentración de poder y su ejercicio arbitrario, y porque sustrae del gobierno la formación de la voluntad general del estado, reduciendo la función del gobierno a simple ejecución de la ley⁸⁶.

La **elección** de dirigentes. En democracia se usa la elección para seleccionar los dirigentes. En teoría⁸⁷ es una delegación de voluntad de los electores a los

⁸¹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 181.

⁸² KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 182.

⁸³ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 183.

⁸⁴ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 187.

⁸⁵ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 191.

⁸⁶ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 194.

⁸⁷ Según Rousseau la voluntad no es delegable.

elegidos. La delegación mantiene la *ficción* de Libertad. La voluntad, para ser libre, solo puede ser determinada por sí misma. Por ello se necesita identificar la voluntad de los elegidos con la de los electores. No es concebible psicológicamente la creación de una autoridad por los que le están sometidos⁸⁸.

La elección formalmente es un método para crear un órgano que produce la voluntad a que están sometidos los electores. El dirigente no solo es encumbrado, sino que procede de los dirigidos.

En democracia el **liderazgo** es relativo: solo por cierto tiempo, conforme a directrices y sujeto a crítica. Por ello existe el principio de publicidad de los actos de gobierno. El liderazgo racionalizado conlleva la publicidad de sus actos, que permite la crítica y esta a su vez posibilita la exigencia de responsabilidad.

El método democrático de selección de líderes amplía el personal que compite por el liderazgo, crea garantías de remover al líder que resulte incapaz, y la libertad de crítica facilita descubrir la mala gestión pública. Es erróneo pensar que la democracia facilite la demagogia o la corrupción⁸⁹.

El ideal de que nadie puede dirigir a los demás se transforma en que cualquiera pueda ser dirigente. La igualdad radical queda en la mayor equiparación posible y el supuesto de que todos son igualmente aptos se transforma en la posibilidad de capacitar a todos en el ejercicio de funciones estatales. La educación para la democracia es una exigencia práctica fundamental de la democracia misma⁹⁰.

2.8 Democracia Formal y Democracia Social

El capítulo sobre democracia formal y democracia social está fuertemente unido al contexto histórico en el que están escritas ambas ediciones de la Esencia, especialmente la primera de 1920, que polemiza aquí con las pretensiones del marxismo-leninismo de presentarse como democracia verdadera, social, por contraposición a la formal burguesa,

Kelsen defiende la democracia parlamentaria en un contexto de rechazo generalizado a izquierda y derecha de las fuerzas políticas y sociales de su época. Los obreros porque no creían en poder conquistar democráticamente el poder. Los burgueses porque no creían que democráticamente pudiesen retenerlo.

Kelsen insiste: El valor que define, por encima de todo, la idea de la democracia no es el de la igualdad sino el de la libertad⁹¹. El papel de la igualdad es secundario, formal. Todos deben ser libres en la mayor medida posible, por tanto, libres por igual. Que todos participen en igual medida en la formación de la voluntad estatal.

La libertad política es la participación del pueblo en la legislación y la ejecución.

⁸⁸ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 198.

⁸⁹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 204.

⁹⁰ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 208.

⁹¹ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 211.

La igualdad en el sentido material y económico no tiene como cauce necesario la democracia, sino que puede perseguirse bajo una forma de estado autocrático-dictatorial.

Kelsen denuncia el abuso terminológico del término democracia⁹² para referirse al contenido del orden social cuando la democracia es un método de producción del orden social. La democracia social se refiere a un contenido concreto del orden social.

La democracia formal se refiere a la libertad, al procedimiento. La intención de los partidarios de una democracia no procedimental es poner la fuerza legitimadora y emocional del término democracia al servicio de un sistema dictatorial proclamando que la dictadura es la verdadera democracia⁹³.

En este punto señalamos que Pintore cuestiona que el concepto de democracia de Kelsen sea ni formal ni mínimo, vistos sus argumentos sobre el liberalismo y el contenido de los derechos que defiende, ni puramente normativo, pues no solo mira a las reglas de método sino también el orden de la sociedad en que el método ha de operar, en particular la existencia una opinión pública libre y activa para expresarse⁹⁴.

2.9 Democracia y Concepción del Mundo

La democracia es en ESENCIA solo un método de creación del orden social⁹⁵

El VALOR de la democracia resulta más problemático. Requiere definir QUE debe instituir la norma. Resolver sobre la forma no resuelve *per se* el contenido mejor y justo del Estado.

La concepción del mundo metafísico absolutista (que hay UNA verdad reconocible) se corresponde con una actitud autocrática. Frente a ella la concepción crítico-relativista se corresponde con la actitud democrática⁹⁶. El relativismo es la concepción del mundo en la base de la idea democrática. Para Kelsen no resulta posible defender la tolerancia, los derechos de las minorías, la libertad de pensamiento y de expresión inherentes a la democracia constitucional, dentro de un régimen político que se base en la creencia en valores pretendidamente absolutos⁹⁷.

Una crítica filosófica al relativismo de Kelsen puede verse en Anna PINTORE:

Kelsen se equivoca pues al establecer un nexo fuerte entre relativismo y democracia. La verdad práctica carece de influencia sobre la democracia y su justificación: tanto

⁹² Kelsen nos precedió en mucho tiempo en esta denuncia, que sigue siendo necesaria, y por eso insistimos en: LOMBARDEO MARTÍN, José María, La Libertad por criterio. Almería, Ed. Círculo Rojo, 2021.p. 61.

⁹³ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 214.

⁹⁴ PINTORE, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, DOXA 23, 2000, p. 134.

⁹⁵ Luego esto supone admitir que el orden social puede ser diseñado y creado, axioma que incluso se entrevé en el artículo 1.1 de la Constitución Española: “España se constituye...”.

⁹⁶ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 224.

⁹⁷ MONEREO PEREZ, José Luis, “la ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático. Hans Kelsen”, Lex Social. Revista de derechos sociales, 12 (2), 2022, p. 25.

*quien crea en su existencia como quien no lo crea puede argumentar coherentemente tanto a favor como en contra de la democracia*⁹⁸.

La democracia aprecia por igual la voluntad política de todos; brinda a toda convicción la posibilidad de manifestarse y ganarse el ánimo de los hombres en Libre concurrencia.

El dominio de la mayoría presupone una oposición de la minoría, que es reconocida y protegida mediante los derechos fundamentales y libertades públicas y el principio de proporcionalidad.

Cuanto más fuerte es la minoría, más deviene la política de la democracia una política del Compromiso⁹⁹.

La imposibilidad de pretender validez absoluta para un programa político obliga a rechazar todo absolutismo político.

Quien solo apela a la verdad terrenal y orienta los fines sociales siguiendo el conocimiento humano solo puede justificar la coerción para realizar sus fines si logra el ACUERDO de al menos la mayoría de aquellos a quienes debe aprovechar el orden coactivo y este orden debe constituirse de tal manera que la minoría, que no está absolutamente equivocada, pueda convertirse en cualquier momento en mayoría¹⁰⁰.

3 CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de estas páginas hemos mostrado que existe un Kelsen Teórico de la política junto al Kelsen jurista y teórico del Derecho.

*Lejos de ser un paréntesis (...) su teoría de la democracia está íntimamente unida a su reflexión sobre el derecho (...) su positivismo jurídico y sus reflexiones sobre el fenómeno democrático se hacen eco entre sí y diseñan una doctrina coherente, profundamente marcada por el relativismo. (...) la comprensión kelseniana de la democracia se deshace de las ficciones de la voluntad general, de la unidad política, del interés objetivo del estado, pues coloca en el centro los conflictos de intereses cuya resolución solo se logra a través de compromisos. (...) por otro lado su definición del derecho renuncia a la pretensión de llegar a la regla justa*¹⁰¹.

Hemos mostrado cómo su ensayo sobre la Esencia y Valor de la Democracia propone un concepto no individualista de la libertad, libertad positiva, no obstante contener también un concepto de libertad negativa que de manera discutible queda en segundo plano. Pero sus reflexiones sobre la democracia, la ciudadanía, el parlamento, el liderazgo, los partidos políticos y la administración pública se incardinan a la defensa de la libertad, y no a la del principio de igualdad material.

⁹⁸ PINTORE, Anna, "Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático", DOXA 23, 2000, p. 125.

⁹⁹ Bello deseo que se puede ver frenado por la radicalización política.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans, *De la Esencia y valor*, p. 226.

¹⁰¹ BAUME, Sandrine, *Kelsen un alegato por la democracia*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015, p. 16.

Kelsen estaba cercano a la socialdemocracia austríaca¹⁰² siendo colaborador del canciller socialdemócrata Karl Renner, aunque no militó en partido alguno debido a su prurito de libertad académica e independencia judicial¹⁰³. Pero en perspectiva histórica acaba mostrándose partidario de la Libertad. La historiadora Sara LAGI valorando y contextualizando históricamente las dos ediciones de la “Esencia” considera que:

*De este modo lo que surgió no solo fue 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*¹⁰⁴.

Las ideas sobre la Libertad convierten a Kelsen en clásico capaz de resistir el paso del tiempo y proporcionar inspiración para los tiempos venideros.

Reconocemos a Kelsen, que expone como evolución el cambio de la libertad natural a la libertad política, el mérito de concebir la libertad como concepto dinámico. Construir conceptos dinámicos conviene a la Teoría política. Los últimos treinta años de transformaciones sociales y tecnológicas ya consumadas o en ciernes hacen estéril cualquier esfuerzo teórico que cristalice en conceptos estáticos. Cuando pensemos la realidad presente y los atisbos de futuro a la luz y criterio de los clásicos es necesario mantener una visión abierta a los cambios como lo hace pensando a la luz de Kelsen en su reciente ensayo Juan Luis Requejo Pages¹⁰⁵.

La trayectoria vital y académica de Kelsen polemizando con los adversarios de la libertad y la democracia parlamentaria que acabaron por empujarle al exilio, entre los que se hallaba Carl Schmitt que hoy día tanta admiración y entusiasmo suscita entre populistas y totalitarios debe proporcionarnos inspiración. Sobre esta polémica con Schmitt véase el magnífico libro de Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada¹⁰⁶ y el artículo de José Antonio Sanz Moreno¹⁰⁷.

Todas las aportaciones serán pocas en la batalla por las ideas y en la defensa de la Libertad en los años venideros, convencidos como estamos que “*La Libertad es la única idea capaz, por su apelación directa al interés individual, de movilizar las conciencias, haciéndolas de nuevo receptivas a la participación política y la regeneración de las democracias*”¹⁰⁸.

¹⁰² DE MIGUEL BARCENA, Josu y TAJADURA TEJADA, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo editores, 2018, p. 34.

¹⁰³ BAUME, Sandrine, *Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁴ LAGI, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, *Araucaria*, Revista iberoamericana de filosofía política y humanidades Año 13, núm.25, primer semestre de 2011, p. 18.

¹⁰⁵ REQUEJO PAGES, Juan Luis, *La agonía de la Democracia*, Oviedo, KRK ediciones, 2020.

¹⁰⁶ DE MIGUEL BARCENA, Josu y TAJADURA TEJADA, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo editores, 2018.

¹⁰⁷ SANZ MORENO, José Antonio, “El parlamentarismo en su enrucijada. Schmitt versus Kelsen o la reivindicación del valor de la democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 162, Madrid, Octubre-Diciembre 2013, p. 113-148.

¹⁰⁸ LOMBARDERO MARTÍN, José María, *La Libertad por criterio*. Almería, Ed. Círculo Rojo, 2021, p. 50.

Kelsen sostiene un concepto teórico de libertad valioso, aunque limitado, y pone al servicio de ese concepto una teoría de la democracia parlamentaria y procedimental especialmente que muy bien puede servir al nuestro, que compendiamos en la siguiente regla:

*Solo es Ciudadano quien convive con los demás, Pero solo es Libre quien puede separarse de ellos*¹⁰⁹.

4 REFERENCIAS

- BAUME, Sandrine, *Kelsen un alegato por la democracia*, 1ª Ed, Buenos Aires. Editorial Jusbairens, 2015.
- BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- CARRILLO SALGADO, Agustín Fernando, “Una académica comprometida con el estudio de la historia del pensamiento iuspolítico alemán y el trabajo de Hans Kelsen: una aproximación a la apasionante obra de Sara Lagi”, Precedente, Cali, Colombia Vol.19, julio-diciembre 2021.
- CONSTANT, Benjamín, *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos*, Barcelona, Ed. Página Indómita, 2020.
- DE MIGUEL BARCENA, Josu y TAJADURA TEJADA, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Editorial Escolar y Mayo, 2018.
- GARCÍA GUITIÁN, Elena, *El pensamiento político de Isaiah Berlin*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- GIL FERNÁNDEZ, Luis, *Sobre la democracia ateniense*, Madrid, editorial Dykinson, 2009.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco, “Reseña de esencia y valor de la democracia de Hans Kelsen”, Anuario da Faculdade de Direito, Universidade da Coruña, num.7, 2003.
- GONZALEZ, Luis Armando, “Partidos políticos y democracia. A propósito de esencia y valor de la democracia de Hans Kelsen”, Teoría y Praxis, El Salvador, Año 13, núm. 26, enero-mayo 2015.
- KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Madrid, Editorial Guadarrama, 1977.
- KELSEN, Hans, “Forma de estado y filosofía”, 1933, págs. 133-159 en *Esencia y Valor de la Democracia*, Madrid, Editorial Guadarrama, 1977.
- KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008.
- KELSEN, Hans, *De la Esencia y Valor de la Democracia*, 1ª ed., Oviedo, KRK ediciones, 2009.
- KELSEN, Hans, *La teoría del estado de Dante Alighieri*, Oviedo, KRK Ediciones, 2018.
- LAGI, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): los orígenes de Esencia y Valor de la Democracia*, Madrid, Editorial. Biblioteca Nueva. 2007.
- LAGI, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, Araucaria, Revista iberoamericana de filosofía política y humanidades Año 13, núm.25, primer semestre de 2011.
- LOMBARDERO MARTÍN, José María, *Pensamientos y Fragmentos*, Madrid, Editorial Bubok, 2019.
- LOMBARDERO MARTÍN, José María, *La Libertad por criterio*. Almería, Ed. Círculo Rojo, 2021.
- LOMBARDERO MARTÍN, José María, “Simone Weil y las causas de la libertad y la opresión social”, Revista internacional CONSINTER de derecho, núm. 16, 2023.
- MONEREO PEREZ, José Luis, *Los fundamentos de la democracia, la teoría jurídico política de Hans Kelsen*, Barcelona, Editorial El Viejo Topo, 2013.
- MONEREO PEREZ, José Luis, “la ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático. Hans Kelsen”, Lex Social. Revista de derechos sociales, 12 (2), 2022.
- MONTOYA BRAND, Mario y GIRALDO JIMENEZ, Fabio, “El pensamiento político de Hans Kelsen”, Boletín Área de Derecho Público, Universidad de Antioquia EAFIT, julio-septiembre 2009
- MONTOYA BRAND, Mario, “Reseña de Sara Lagi: El pensamiento político de Hans Kelsen”, Revista Co-Herencia, Medellín, Colombia, vol.6, núm.10 enero-junio 2009.
- MONZON PEDROSO, Odar Edilberto, *La Democracia y la autocracia en Kelsen*, Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2013.

¹⁰⁹ LOMBARDERO MARTÍN, José María, *Ibidem*, p. 49.

PINTORE, Anna, "Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático", DOXA 23, 2000.

PRESNO LINERA, Miguel Angel, "Pluralismo de partidos, no separación de poderes", Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado derecho público e historia constitucional, Junta General del Principado de Asturias, núm. 5/2009.

REQUEJO PAGES, Juan Luis, *La agonía de la Democracia*, Oviedo, KRK ediciones, 2020.

SALAZAR UGARTE, Pedro, "Nota sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen", Revista Isonomía, núm. 28, abril 2008.

SANZ MORENO, José Antonio, "El parlamentarismo en su encrucijada. Schmitt versus Kelsen o la reivindicación del valor de la democracia", Revista de Estudios Políticos, núm. 162, Madrid, Octubre-Diciembre 2013.

SENDIN MATEOS, José Antonio, "¿Reforma constitucional o reforma del parlamentarismo? La propuesta de Hans Kelsen para el fortalecimiento de la democracia representativa" Ponencia XIV Congreso AECPA, Universidad de Salamanca, 11 julio 2019.

SENDIN MATEOS, José Antonio, "Pluralismo político y derechos de las minorías en la teoría de la democracia de Hans Kelsen" Revista Iberoamericana de Direito, vol.1, núm.1 Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Universidad de Salamanca, 2020.

TORRES MURO, Ignacio, "Kelsen y la teoría de la democracia", Revista Historia Constitucional, num.8, 2007, edición electrónica disponible en: <<https://historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/55/45>> consultada en jun. 2023.

VEGA, Jesús, "Una visita de Kelsen", DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 38, 2015.

WEIL, Simone, *Nota sobre la supresión general de los partidos políticos*, Palma de Mallorca, Jose de Olañeta editor, 2022.