

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Restrepo-Tamayo, J.F. (2015). Aproximación al pensamiento jurídico-político de Hans Kelsen. *Revista Jurídicas*, 12 (1), 43-58.
DOI: 10.17151/jurid.2015.12.1.4.

Recibido: 6 de abril de 2015
Aprobado: 30 de junio de 2015

APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO DE HANS KELSEN

JOHN FERNANDO RESTREPO-TAMAYO* |

RESUMEN

Hans Kelsen es uno de los juristas más decisivos del siglo XX. Su obra significa y representa un esfuerzo por hacer del derecho una ciencia. Con un objeto de estudio definido y ajeno a cualquier intromisión de la justicia, de la moral, de la política o de la economía. Sus esfuerzos humanos e intelectuales le exigieron construir un sistema en el que el orden normativo era una expresión jurídica y una manera de comprender el orden social. De ahí que su obra se hizo sistema, sobre el cual la política y el derecho comparten una misma esencia. Tanto en el derecho como en la política Hans Kelsen llevó la reflexión teórica a orillas inimaginadas y poco frecuentes en pesadores de estos tiempos.

PALABRAS CLAVE: derecho positivo, orden jurídico, Constitución, democracia.

* Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Medellín, Colombia.
E-mail: jfrestrepo@udem.edu.co.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4561-3041>.

AN APPROACH TO HANS KELSEN'S LEGAL-POLITICAL THOUGHT

ABSTRACT

Hans Kelsen is one of the most important jurists of the 20th century. His work means and represents an effort to change Law into a science, which implies a defined object of study external to any interference from the justice, the moral, the political and the economic matters. Kelsen's human and intellectual efforts led him to create a system in which the legal order was a legal expression and a way to understand the social order. As a consequence, his work became a "system" upon which law and politics share an equal essence. Both in politics and in law Hans Kelsen took the theoretical reflection to unimagined and unusual edges among thinkers of that time.

KEY WORDS: positive law, legal order, constitution, democracy.

INTRODUCCIÓN

La intervención de Hans Kelsen en el campo del derecho fue decisiva, hasta el punto de que resulte correcto señalar que existe un antes y un después de él. Antes, se hablaba de iusnaturalismo o de una comprensión del derecho a partir de la justicia. Después, la comprensión del derecho a partir de la validez. La importancia de Kelsen radica en lo enorme de sus pretensiones: pensar el derecho al margen del iusnaturalismo y demostrar que lo que hasta entonces se llamaba positivismo no era más que un iusnaturalismo con matices positivistas. Fue precisamente esa férrea pretensión la que le arrojó consecuencias favorables y problemáticas. Favorables porque puede afirmarse que existe un consenso en aceptar que Kelsen es el jurista más importante del siglo XX; problemáticas porque su tesis de que todo Estado solo puede ser *Estado de derecho* permitió concebirlo como tolerante con los regímenes totalitarios que hacían presencia a lo largo y ancho de Europa.

Dada la influencia que ejerce Kelsen en el campo del derecho y de la restructuración de las instituciones políticas durante la segunda década del siglo XX, se ha hecho de Kelsen un mito. Y en este sentido, es mucho más lo que se dice que hizo o dijo de lo que efectivamente él hizo o dijo. Es por ello que las posiciones en torno a Kelsen oscilan desde el defensor más radical del positivismo hasta quienes lo ubican como precursor del lenguaje jurídico constitucional que nos rige hoy. La primera posición radical positivista es la que nos ha presentado a un Kelsen que concibe el derecho como un sistema cerrado y autosuficiente en el que no hay lugar a lagunas o vacíos. Un sistema normativo en el que el legislador ya lo ha previsto todo y, por ende, no deja margen de discrecionalidad al juez. Un sistema normativo en el que solo la validez formal determina qué es el derecho.

Esta validez formal establece que la obligatoriedad de una norma radica en que haya sido creada por el órgano competente y según unas formalidades preestablecidas. Queda por fuera cualquier reflexión sobre el contenido. Hemos aprendido que para Kelsen el único creador del derecho es el legislador; pues bajo la lógica clásica de la división de las funciones del poder público, es el legislador quien ha sido elegido por el pueblo para hacer las normas. Por lo tanto se supone, además, que el legislador cumple a cabalidad esta función cuando plasma en un código el conjunto de enunciados normativos que condicionan futuras y posibles conductas humanas sobre las cuales debe regirse racionalmente el juez para proveer al sistema de seguridad jurídica.

La pregunta por la justicia de la norma es jurídicamente insignificante. Mientras esta sea válida debe ser obedecida. Este conjunto de proposiciones sobre la idea del derecho de Kelsen es coherente con quienes han querido ofrecer una lectura positivista-ortodoxa. Sin embargo, esta esfera de interpretación no es la única. La esfera que aquí proponemos es aquella en la que Kelsen bien puede ser ubicado como uno de los precursores más importantes del discurso constitucional que rige,

hoy en día, a la mayoría de los ordenamientos jurídicos en Occidente después de la Segunda Guerra Mundial. Este esquema puede resumirse así: (i) existen unos derechos básicos consagrados en la Constitución que limitan al poder público; (ii) este texto constitucional es la norma que orienta y condiciona formal y materialmente todos los demás procesos de creación y aplicación del derecho y (iii) existe un poder judicial encargado de velar por la supremacía de la Constitución. En esta dirección hablamos de un Kelsen de estirpe liberal, para quien el poder público tiene límites y para quien la democracia se sustenta filosóficamente en el relativismo, es por ello que ni jurídica ni políticamente Kelsen acepta la existencia de una única verdad ni de la asertividad judicial plena.

El derecho, como expresión del lenguaje, está sujeto a múltiples interpretaciones donde la voluntad sustituye a la razón y donde la noción de seguridad jurídica que tanto agrada a los exponentes del positivismo-ortodoxo ya no tiene lugar. Y quizás, una de las premisas más importantes con las que puede confirmarse la posición de Kelsen, en el contexto de los procesos de constitucionalización del actual derecho, radica en la sustitución de la supremacía del parlamento por la de la Constitución. A continuación, haremos una presentación esquemática de las ideas más importantes con las que se confecciona el marco de todo proceso de constitucionalización del Estado a través del cual se edifica un sistema que tiene tanto de jurídico como de político.

BREVE REFERENCIA BIOGRÁFICA

Hans Kelsen (Praga, 1881, California, 1973), nació en el seno de una familia austríaca judía (Aladár, 1976). Fue el mayor de tres hermanos. Demostró una capacidad de análisis superior a su edad. Fue un lector dedicado desde temprana edad. Luego de muchas dudas intelectuales y materiales abandonó su pasión por la literatura y por la filosofía para ocuparse de un saber que asegurara estabilidad económica y con el que pudiera auxiliar las premuras económicas familiares. Se tituló de abogado en la Universidad de Viena en 1906.

Un año antes de obtener su título de abogado publicaba un tratado de reflexión jurídico-política titulado *La teoría del Estado en Dante Alighieri* (Aladár, 1976). Texto que recibió buena aceptación por parte de destacados juristas tanto de Viena como de Heidelberg y Berlín. Un año después de titularse como abogado, hace públicas sus reflexiones críticas sobre el nuevo orden electoral del Parlamento Imperial Austríaco. Su vocación académica florece y concursaba para hacerse a una beca que le permita trabajar en la Universidad de Heidelberg. Allí llega becado en 1908, con la intención de asistir a los cursos que en ella impartía el notable doctrinante Georg Jellinek (Aladár, 1976).

Entre Viena y Heidelberg pudo sentir el primer soplo antisemita. Las mentes más brillantes de la época empezaban a cerrar filas en torno a un ideario político en el que los judíos quedaban en una posición de extrema vulnerabilidad. Kelsen no era un judío practicante. De hecho, la religión fue un asunto que marginó por completo. Pero su condición judía le acompañaría siempre. Mientras pudo, sus intereses se dirigían de manera exclusiva al ámbito académico. Para 1911, entregaba a la comunidad académica un nuevo trabajo titulado *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrolladas con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Fue un trabajo que no tuvo la acogida esperada ni la recompensa a todo el esfuerzo allí invertido (Aladár, 1976). Kelsen no perdió el aliento. Por el contrario, acusó a la poca divulgación académica de la época del silencio derivado de su trabajo. Por ello se dio a la tarea de fundar una revista, la cual titularía *Revista Austríaca de Derecho Público*. Revista que empezó a publicarse a mediados de 1914 (Aladár, 1976).

Este proyecto editorial se interrumpe de manera vertiginosa porque con ocasión del grito de guerra mundial es llevado a formar parte de las tropas austríacas (Aladár, 1976). No va al frente, sino que se ocupa de asuntos de oficina en el Ministerio de Guerra. Integra la oficina de indultos y revisa los escritos y pronunciamientos institucionales. En esta dependencia constata de primera mano el trágico ocaso de la monarquía austro-húngara (Aladár, 1976). Hacia 1918 abandona la guarnición militar para incorporarse como profesor de derecho público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Allí estaría hasta 1929, cuando las condiciones políticas y su condición judía le obligan a abandonar el país de manera inesperada (Aladár, 1976).

La llegada de Kelsen a la Universidad de Viena tuvo un eco sin precedentes. Sus disertaciones académicas gozaban de crédito tanto por la forma como por el fondo. El profesor Hans Kelsen lograba presentar unos escritos de reflexión sobre derecho público, soberanía, transición política y democracia con un estilo literario impecable a la vez que una profundidad analítica. Estas condiciones sedujeron a jóvenes juristas que querían perfeccionar su técnica académica bajo la tutela del profesor. Algunos de los asistentes a los seminarios dictados por Kelsen, con quienes se confeccionó el fundamento de la llamada Escuela de Viena, fueron: el danés Alf Ross; el alemán Julius Kraft; el francés Charles Einseman; el holandés Martin van Praag; el japonés Tomoo Otaka; el polaco Wiktor Sukiennicki y los españoles Luis Legaz y Luis Recasens Siches (Aladár, 1976). Fue pasaje feliz en su vida. El rigor académico nunca fue óbice para desconocer lo humano. Se caracterizó por ser un maestro benévolo, amable, asequible y comprensivo. Según su experiencia personal estimuló a sus discentes a combinar los estudios jurídicos con la literatura, el arte o la filosofía (Aladár, 1976).

El ámbito personal de Hans Kelsen en Austria oscila entre lo jurídico, lo político y lo social. No milita en ningún partido político con el ánimo de no comprometer

su independencia científica (Aladár, 1976). Aunque comparte el ideario político socialdemócrata. Acepta con gusto la invitación del canciller austríaco Karl Renner de tomar parte en las discusiones y preparación definitiva de la Constitución Federal de la República Austríaca que habría de promulgarse el 1 de octubre de 1920. El aporte decisivo de Kelsen, en este proyecto académico, tuvo su lugar en la defensa jurisdiccional de la Constitución (Aladár, 1976).

En 1925 acepta la invitación del editor de la *Gran Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Políticas* de participar con un escrito sobre el derecho y el Estado. Hans Kelsen presenta un capítulo titulado "Teoría general del Estado" en el cual condensa de manera sistemática sus trabajos anteriores sobre soberanía, marxismo y problemas capitales del poder (Aladár, 1976). Este texto sirvió de fundamento, base y aliento para ampliar y desarrollar otros conceptos estructurales de su obra tales como los expuestos en *Formas de Estado como formas de derecho* (publicado en 1925), *La idea del Estado* (publicado en 1926), *Ejecución federal* (publicado en 1927). Hasta 1930 combina la actividad docente con el cargo de miembro del Tribunal Constitucional austríaco. Una reforma constitucional, de notables visos políticos, modifica el sistema de elección de los integrantes del Tribunal de quienes se esperaba una filiación política explícita. Exigencia no aceptada por Kelsen. En 1930 el ciclo austríaco llega a su final. Con mucha ilusión y alegría se dirige rumbo a una nueva plaza docente que habría de desarrollar en la Universidad de Colonia como profesor de derecho internacional (Aladár, 1976).

Su estancia en Colonia fue breve. El ascenso del Nacionalsocialismo habría de ponerle límites a sus esfuerzos académicos y humanitarios. El ruido suscitado por los Nazis no dio opciones de discutir, sino de huir. En un acto administrativo de 1933 Kelsen perdió la nacionalidad alemana, la cátedra y la pensión docente. Intentó infructuosamente regresar a la Universidad de Viena, pero allí las puertas parecían cerradas para siempre. Al parecer, el único espacio posible de conservar sus intereses académicos se lo ofrecía el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra (Aladár, 1976). Suiza era una plaza magnífica, pese al problema del idioma. Kelsen no hablaba francés con fluidez. Y en Ginebra no hablaban alemán. Kelsen gozó de la benevolencia institucional para salir con frecuencia a dar conferencias y preparar su obra cumbre: *Teoría pura del derecho*, publicada en 1934 (Aladár, 1976).

La efervescencia política europea tenía en Hans Kelsen un receptor de primer nivel. Haber dejado Austria acarrearía unas consecuencias vitales sin precedentes. Alemania y Suiza generaban muchas expectativas académicas que se frustraban de manera sistemática con el ascenso Nazi y la inmersión en círculos políticos, administrativos y académicos que siempre llegaban hasta él (Aladár, 1976). Europa parecía una plaza pequeña frente al expansionismo Nazi antisemita. Solo quedaba un lugar: América. Allí llegó a empezar de nuevo en 1940. Sin la fluidez necesaria

del inglés para hacerse a un espacio académico. Harvard fue su primer lugar. Pero duró poco. Las aspiraciones de quedarse allí para acompañar el proceso de consolidación y desarrollo de la revista de derecho *Harvard Law Review* resultaron insuficientes.

Para el otoño de 1945, Hans Kelsen, a los 64 años, apenas logra sentirse a salvo, instalado y con la estabilidad material de poder acceder a una casa propia. Fue un camino largo. Atravesado por el prestigio internacional que deitaba de sus publicaciones y por la huida del régimen político que absorbió todos los rincones en los que Kelsen tenía lugar. No fue Harvard, sino Berkeley (California) el punto de llegada de este importante pensador. El cual defendió la supremacía de la razón sobre las pasiones. Así lo hizo y lo defendió en los lugares a los que llegó y en los que ejerció alguna función decisiva. Impronta que defendió, así su historia estuviese expuesta a parajes complejos en los que su idoneidad intelectual fue puesta en duda y perseguida (Aladár, 1976).

California fue su último lugar académico y vital. Desde allí fue testigo del proceso de reconstrucción de Europa, la conquista del mundo libre y el desarrollo de sus ideas normativas y políticas en las que pudo sostener que el derecho no es otra cosa sino una expresión de la razón y una herramienta para que los seres humanos sean más libres y más autónomos (Aladár, 1976).

POSITIVIZACIÓN DEL DERECHO

Esta condición tiene lugar en su obra cumbre: *Teoría pura del derecho* (2002). Esta obra es el mayor aporte, pero no el único, de Kelsen al derecho como sistema. Y en tanto sistema se ocupa de entenderlo, describirlo y representarlo como una unidad que se explica en sí misma. Por fuera de la moral y de la política. Para Hans Kelsen el positivismo del siglo XIX es un positivismo precario por cuanto no logra superar con plena vehemencia el residuo de la justicia. A este residuo retorna de manera considerable y consentida (Kelsen, 2002). El objeto central de esta obra es explicar el derecho por fuera de toda valoración ética absoluta. Parte de la tesis de que en su estudio no se ocupa de los fines que procura el derecho, sino del derecho en sí mismo. Derecho como sistema del que solo atiende el precepto de validez. Lo justo y lo bueno, caben en el derecho. Incluso pueden caber, pero para la teoría pura del derecho es irrelevante. Lo que obsesiona al autor es la recuperación de la naturaleza del derecho (Kelsen, 2002).

Kelsen acepta y reconoce que el derecho debe ser moral. Es decir, debe atender la exigencia de lo bueno. Pero su interés es demostrar que el derecho no depende de la moral. Pues de depender de la moral el derecho ya no podría ser un sistema de derecho positivo, sino un fenómeno ético (Kelsen, 2002).

El conocimiento jurídico se endereza precisamente a estas normas que confieren el carácter de actos jurídicos (o antijurídicos) a ciertos hechos, y que son a su vez producidas por actos jurídicos. Obsérvese, en este punto, que la norma, en cuanto contenido espiritual significativo, es cosa completamente distinta del acto psíquico en el cual es querida o representada. Precisa diferenciar con la máxima pulcritud la volición y la representación de las normas, de las mismas normas queridas y representadas. Cuando se habla de la “creación” de una norma, se piensa fatalmente en hechos reales referidos a la norma como su contenido espiritual. Pero cuando la teoría pura del Derecho pretende conocer las normas o interpretar algo jurídicamente, no se refiere para nada a los procesos psíquicos ni a las mutaciones corpóreas. Concebir algo jurídicamente, no significa otra cosa sino concebirlo como Derecho. Con la tesis de que solo las normas de Derecho pueden construir el objeto del conocimiento jurídico, no se afirma más que una tautología. Pues el Derecho, el único objeto del conocimiento jurídico, es norma; pero la norma es una categoría que no tiene aplicación en el ámbito de la naturaleza. (Kelsen, 2002, p. 12)

Para asegurar la recuperación de la naturaleza del derecho, Kelsen exige diferenciar el sentido subjetivo del sentido objetivo de los actos. El sentido subjetivo del acto se explica según la valoración social. Por el contrario, el sentido objetivo del acto, se aproxima al acto de conformidad con el sistema de derecho. Solo atiende la significación jurídica. Esta condición objetiva del acto exige medirlo de conformidad con una norma jurídica preestablecida. La norma, y solo la norma, debe de ser el parámetro de interpretación de un acto si se quiere permanecer en la esfera objetiva o en el marco del derecho que concibe y describe la teoría pura del derecho (Kelsen, 2002). De esta manera concluye Kelsen que una aproximación plena a los hechos desde la esfera jurídica no atiende al hecho por el hecho, sino al hecho de conformidad con la norma. Es la norma la que define el alcance, el contenido y el significado del acto. Sin la correspondencia entre acto y norma, los actos en sí mismos son irrelevantes para la teoría pura del derecho. Un acto no puede rechazarse por su ilegitimidad o repulsa social, sino si una norma genera un efecto desfavorable para aquel que ejecute dicho acto. El derecho positivo es ajeno a toda valoración social o ideológica (Kelsen, 2002).

Resulta necesario ocuparse de la definición de norma. Kelsen la define como un juicio hipotético. A través de este juicio hipotético se deja de hablar de causalidad como sucede en la naturaleza; y se empieza a hablar de imputación. La causalidad natural se expresa así: “si es A tiene que ser B”. En el marco jurídico positivo la imputación se expresa así: “si es A debe ser B” (Kelsen, 2002, p. 23). No existe un juicio político moral derivado de esta conexión. Esta descripción de norma como juicio hipotético define la existencia de un enunciado que se compone de dos variables: (i) acto y (ii) consecuencia jurídica (Kelsen, 2002).

Amplieemos mejor esta definición con algunos ejemplos. El juicio hipotético consigna que: “quien mate a otro incurrirá en prisión de 20 años”. ¿Qué debe pasar para que alguien vaya a prisión 20 años? Debe dar muerte a otro. De otra forma, podemos preguntar: ¿qué ocurre con aquel que dé muerte a otro? Va a prisión 20 años. Tenemos entonces la definición exacta de Kelsen sobre un acto ilícito. Por sentido común se creería que un acto ilícito es actuar contrario a la ley. Pero no es así. En la teoría pura del derecho, un acto ilícito exige hacer lo que el juicio hipotético dice que debe hacerse (matar a otro) para que la segunda parte del juicio hipotético establezca que deba ir a prisión 20 años. El juicio hipotético describe el acto y la consecuencia. Esta consecuencia no siempre es desfavorable. Un juicio hipotético describe una compraventa; una cesión; una lesión enorme o una donación. En el sentido más preciso de la teoría jurídica: toda posibilidad de dar, hacer o no hacer queda inscrita en la categoría que contiene y enmarca un juicio hipotético.

EL ORDEN JURÍDICO

Este es un concepto decisivo en la construcción jurídica de Kelsen porque a través del orden jurídico se responde a la pregunta por la unidad de todo el sistema (Kelsen, 2002). El orden jurídico se compone de varias disposiciones normativas: una de estricta creación jurídica, otra de estricta aplicación jurídica, al igual que múltiples de creación y aplicación simultánea. Sin embargo todas ellas forman una unidad, un sistema. Cada disposición normativa tiene relación y dependencia con otra hasta formar una cadena de conexiones a través de las cuales se crea y aplica el derecho (Kelsen, 2002).

Kelsen lo explica a través de un símil con una pirámide. La primera norma jurídica positiva que encontramos en la cúspide de la pirámide es la Constitución. Acto único de creación del derecho que no aplica ninguna otra norma jurídica positiva. Por encima de la Constitución no hay norma jurídica alguna. Con la Constitución inicia el sistema. Esta Constitución es el punto de referencia del orden jurídico, consagra los derechos básicos que determinan futuras actuaciones jurídicas y políticas y establece cómo se crean las normas jurídicas que integran el orden. Todas las demás disposiciones normativas deben ajustarse a la Constitución tanto por su aspecto formal como por el material. De dicha sujeción se desprende la noción de validez de estas disposiciones normativas. De la Constitución no puede exigirse tal condición de validez. Ella es la validadora, sin que otra norma que le preceda defina su validez. Es el principio de toda la estructura lógico-positiva visible del orden jurídico (Kelsen, 2002).

Dado que el orden jurídico es vertical, al descender la Constitución encontramos, en una escala jerárquicamente inferior, la ley. La ley tiene una doble función: aplica

la Constitución, está condicionada por ella, pero a su vez crea relaciones jurídicas que se desprenden de la voluntad legislativa. En una escala jerárquica inferior están las sentencias, los contratos y los actos administrativos. Aplican y desarrollan la ley a la vez que crean relaciones jurídicas. Es así como se demuestra que en Kelsen, el juez es creador de derecho y no un simple repetidor de normas provenientes del legislador. El orden jurídico se cierra con los actos de ejecución. No crean derecho, solo lo aplican. Los extremos de la pirámide solo tienen una función (Kelsen, 2002).

La Constitución es puro acto creador de derecho y los actos de ejecución son simple aplicación. Las disposiciones normativas interiores de la pirámide cumplen una doble función de aplicación de la norma jurídica positiva superior y a su vez generan relaciones jurídicas de creación. La validez de cada una de las disposiciones normativas de la pirámide está dada porque se hace de conformidad con una norma superior. El acto de ejecución se valida porque se hace de conformidad con lo estipulado en la sentencia; la sentencia resulta válida porque se ha proferido de conformidad con la ley; la ley es válida porque se ha expedido de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución. ¿Si decimos que la Constitución es la norma jurídica primera del orden jurídico de dónde recibe su validez? Kelsen responde que la validez de la Constitución se encuentra en la norma fundamental. Esta norma está por fuera del orden jurídico, no es una norma jurídica por lo tanto no es un juicio hipotético. Tampoco es una norma creada, sino que es un supuesto. La norma fundamental es el instrumento necesario para determinar el deber de someterse en obediencia al poder constituyente como primer legislador. De la norma fundamental solo puede predicarse la premisa: “obedeced al primer legislador” (Kelsen, 2002, p. 77).

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

En su texto: *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1995), define dicha garantía como un recurso básico del Estado democrático en el que se tiene la intención de asegurar el ejercicio regular de las funciones del Estado. Tales funciones son: (i) creación del derecho; (ii) ejecución del derecho ya creado. Dado que el derecho no deja de concretarse en el camino que él mismo recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, la garantía jurisdiccional de la Constitución significa “garantías de la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes” (Kelsen, 1995, p. 7).

Kelsen muestra de qué manera la consolidación de la monarquía constitucional, sustituta del absolutismo, ostenta una lógica equivocada sobre la garantía de la Constitución; en la medida en que se reduce a su mínima expresión la exigencia

de constitucionalidad de la ley. La validez de una norma se supone con la simple firma del monarca y se considera oportuno privar a los órganos aplicadores del derecho de todo examen de constitucionalidad de las leyes. El control se reduce a la regularidad de la publicación de la ley. La constitucionalidad de la elaboración de las leyes se garantiza plenamente a través del poder de promulgación del jefe del Estado (Kelsen, 1995).

La regularidad de los grados del orden jurídico que se relacionan por vía de subordinación exige tener mucha claridad sobre el concepto de Constitución. El núcleo básico que debe conservar la noción de Constitución está regido por la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por dicho orden. La Constitución se explica cómo: (i) fundamento del Estado; (ii) base del orden jurídico; (iii) norma primera que regula la elaboración de las leyes; (iv) base fundamental de las normas jurídicas que regulan la conducta de los miembros de la comunidad estatal; (v) criterio rector de la creación y contenido de las normas jurídicas; (vi) regla sustantiva y no exclusivamente procedimental (Kelsen, 1995).

Las disposiciones constitucionales referentes al procedimiento y contenido de las leyes no pueden precisarse más que por medio de leyes. De tal forma que garantía de la Constitución o justicia constitucional son los medios contra leyes inconstitucionales. No obstante, dado que debe entenderse la Constitución en sentido amplio, esta se puede concretar en formas jurídicas diferentes a las leyes tal como ciertos actos del gobernante: actos administrativos, jurisdiccionales o individuales derivados de la autoridad propiamente constitucional; por lo que, como aplicación inmediata de esta, será necesario dirigir contra los mencionados actos o garantías de la Constitución (Kelsen, 1995).

El objeto de lo que Kelsen llama garantías de la Constitución, es establecer la protección de la Constitución. Son garantías generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado respecto a la regularidad de los actos del Estado. La primera garantía estrictamente preventiva, es la organización en forma de tribunal de la autoridad que crea el derecho.

Es decir, la independencia del órgano —mediante la inamovilidad, por ejemplo— no estar jurídicamente obligado, en el ejercicio de sus funciones, por ninguna norma individual (orden) de otro órgano, en particular de un órgano superior o perteneciente a otro grupo de autoridades, y en no estar vinculado más que a las normas generales y, esencialmente, a las leyes y a los reglamentos. El poder de control sobre las leyes y reglamentos que se otorgue al tribunal es otra cuestión. La idea, todavía muy extendida de que únicamente de esta forma puede garantizarse la regularidad de la jurisdicción descansa sobre la hipótesis errónea de que entre justicia y administración existe, desde el punto de vista jurídico, es decir, desde el punto de

vista de la teoría o de la técnica jurídica, una diferencia de naturaleza. Ahora bien, precisamente desde el punto de vista de su relación con normas de grados superiores —relación decisiva para el postulado de la regularidad del ejercicio de la función— no puede percibirse una diferencia tal entre administración y jurisdicción, ni incluso entre ejecución y legislación. (Kelsen, 1995, p. 18)

También se encuentran las garantías objetivas, las cuales tienen al mismo tiempo un acentuado carácter represivo. Son la *nulidad* y la *anulabilidad* del acto irregular. Nulidad es un acto que pretende ser un acto jurídico, pero no es objetivamente jurídico porque es irregular. No responde a las condiciones que prescribe para él una norma jurídica de grado superior. Carece, *a priori*, de todo carácter jurídico. No es necesario de otro acto jurídico para privarle de su calidad usurpada de acto jurídico. En cambio, cuando se requiere de un acto jurídico posterior que le prive al acto irregular la calidad usurpada de acto jurídico, nos encontramos con la figura de la anulabilidad (Kelsen, 1995).

Con el objeto de garantizar la regularidad de las funciones estatales, anular el acto inconstitucional representa la principal y más eficaz garantía de la Constitución. La verdadera garantía de la Constitución solo es posible cuando existe la efectiva potestad e institución que anule los actos inconstitucionales. Dicha institución es el Tribunal Constitucional (TC) (Kelsen, 1995). Este, tiene el objeto de lograr una efectiva garantía de la Constitución, está facultado para anular los actos inconstitucionales. La defensa de la Constitución debe ejercerla un órgano diferente al parlamento. La esencia de la jurisdicción constitucional desmonta el paradigma moderno de la soberanía parlamentaria (Kelsen, 1995). Si se acepta la exigencia de la constitucionalidad de las leyes, en esa medida, se reconoce que el poder del parlamento está condicionado.

Existen básicamente dos posibles objeciones frente a la jurisdicción constitucional de un tribunal: (i) se vulnera la soberanía parlamentaria; (ii) se altera el principio de separación de poderes (Kelsen, 1995). Frente a la primera objeción, se responde señalando el principio de la constitucionalización de la ley. La Constitución condiciona la forma y el fondo de la ley, de tal manera que el procedimiento legislativo de los tribunales y de las autoridades administrativas está subordinado a la Constitución.

Si frente a estas consideraciones, se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, ello se hace simplemente para disimular el deseo del poder político que se expresa en el órgano legislativo de no dejarse limitar por las normas de la Constitución. (Kelsen, 1995, p. 27)

Frente a la segunda objeción, señala que un tribunal que anula leyes está dictando una norma general. Por ende, la acción de anular leyes por parte del tribunal debe

interpretarse como un reparto del poder legislativo en dos órganos y no como intromisión al poder legislativo. La anulación de las leyes constituye una función legislativa. La jurisdicción constitucional realizada por el TC hace las veces de legislador negativo y está absolutamente determinada por la Constitución (Kelsen, 1995).

Con respecto al procedimiento del TC se indica que el número de los miembros que lo componen no debe ser demasiado alto; debe pronunciarse estrictamente sobre asuntos jurídicos; debe tener consciencia de que su misión estrictamente jurídica es la interpretación de la Constitución; debe reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes; debe excluir de su seno a miembros del parlamento o del gobierno porque sus actos son precisamente el objeto de control; debe ser ajeno a toda influencia política (Kelsen, 1995). Una Constitución que carece de la garantía de la anulabilidad de los actos no constitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria en sentido técnico. Lo vinculante jurídicamente de una Constitución, se explica en la medida en que cualquier acto jurídico debe estar subordinado a la Constitución. Si dicho acto contradice la Constitución debe ser, por parte del TC en tanto legislador negativo, anulado. También se le atribuye al TC la función de garantizar la esencia de la democracia. Entendida esta como el régimen donde las minorías gozan de instrumentos veraces para defenderse de las mayorías.

La esencia de la democracia se halla, no en la omnipresencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio para hacer efectiva esa idea. La simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquella y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría. (Kelsen, 1995, p. 52)

Los postulados de Kelsen (supremacía de la Constitución sobre las reglas ordinarias y la defensa por parte del TC), trazados con antelación en el modelo norteamericano, tienen recibo primero en Austria a finales de la segunda década del siglo XX y luego en Italia y Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. La presunción de la sociedad racional se desmorona con el establecimiento del ejercicio sistemático de autodestrucción, que en su momento defiende y legitima el parlamento. Los hechos de la Segunda Guerra Mundial exigen replantear el modelo político moderno, incluido la supremacía del parlamento. Se redactan nuevos textos constitucionales en los que se reconoce la supremacía de la Constitución. Guardando las proporciones, el lenguaje normativo, en Norteamérica, Italia, Alemania, Francia, Portugal, España y América Latina, empieza a tener elementos comunes.

El ascenso institucional del TC empieza a tomar cuerpo. Sus decisiones, controvertidas, criticadas y vinculantes marcaron un espacio notable en múltiples gobiernos. Acogida y ajustada la propuesta kelseniana, está allanado el camino en el que el texto constitucional se explica como la norma primera y el TC será su guardián y defensor. La discusión se centra en establecer el margen de acción del TC. Cuáles son sus límites y hasta dónde debe tolerarse su activismo. Qué tanto puede aceptarse que el TC ejerza funciones que en el modelo político moderno eran descritas como facultad exclusiva del parlamento.

SOBRE LA DEMOCRACIA

Según Hans Kelsen, la democracia más que una forma de gobierno es una forma de Estado que con la autocracia conforman los dos únicos esquemas filosóficos y políticos mediante los cuales se pueden entender las relaciones entre los hombres y el poder. El tipo de democracia descrita por Kelsen es la parlamentaria, la cual para aspirar a responder por la legitimidad debe asegurar los siguientes aspectos: (i) promover la participación política del mayor número de ciudadanos; (ii) aplicar la regla de la mayoría; (iii) exigir el respeto por las minorías; (iv) asegurar la tutela de la esfera privada; (v) alternar el poder; (vi) lograr una existencia efectiva de instrumentos de control al funcionamiento institucional; (vii) estimular la representación política mediada por la actuación de partidos políticos y (viii) asegurar el respeto por los derechos fundamentales (Kelsen, 1984). De una manera muy especial, la democracia es la forma de organización política en la que se tiene por objeto fundacional asegurar la defensa por las libertades intelectuales: libertad de religión, de prensa, de ciencia (Kelsen, 1984).

La estructura de la democracia parlamentaria se explica a través de dos variables. De un lado, encontramos la preocupación por asuntos procedimentales; y, de otro, aparece el condicionamiento sustancial mediante un sistema de libertades fundamentales. El compromiso con la defensa de los derechos fundamentales y el principio mayoritario con existencia veraz de la oposición, son presupuestos esenciales en la idea de democracia parlamentaria en la que se rechaza el absolutismo mayoritario. Es por ello que se señala que la actuación mayoritaria se sujeta a unos límites internos y externos que racionalizan el accionar institucional en el que se procura un equilibrio de fuerzas e ideales políticos. En cuanto a *límites externos* tenemos que deben existir condiciones fácticas que le permitan a la minoría ser una mayoría potencial y en cuanto a *límites internos* se afirma la imposibilidad que tiene la mayoría de lograr que todos sus objetivos sean los únicos válidos; esto con el objeto de impedir que se desconozcan sistemáticamente los derechos de las minorías. Y será precisamente la jurisdicción constitucional, quien según Kelsen, está en medio de esta tensión entre mayorías y minorías con el objeto de asegurar el equilibrio político y la salvaguarda de las libertades intelectuales (Kelsen, 1984).

Sostiene Kelsen (1984) que este fundamento filosófico de la democracia es el *relativismo*. Esto significa que la democracia confiere iguales condiciones de participación política para que todas las opciones políticas se conciban como partes iguales y gocen de la facultad de hacer públicas sus exigencias y su manera de percibir el mundo y el direccionamiento de lo público. Cada visión política debe tener acceso a los medios públicos de expresión y de opinión para dar cuenta de sus posiciones. Y así, todas las cosmovisiones en igualdad de condiciones. El poder de las mayorías alcanza su dimensión más amplia cuando en el escenario público también tienen acceso las minorías de controvertir las decisiones de aquéllas (Kelsen, 1984). Sin esta controversia la democracia se desvanece en retórica e ideología (Kelsen, 1984). Cada asociación política, pública o particular, debe gozar de recursos para creer que puede institucionalizar su posición. La democracia se concibe en términos de transacción y discurso en el que el relativismo juega un papel decisivo porque facilita la inclusión de todas las direcciones y procura integrar todos los puntos de vista posibles (Kelsen, 1984). De tal manera que no existe un credo oficial, ni dogmático, ni absoluto que se establezca *a priori* sobre los demás. Este fundamento se explica así: la relatividad del valor de cualquier fe política, la imposibilidad de que ningún programa o ideal político pretenda profunda validez absoluta, induce imperiosamente a renunciar al absolutismo en política: sea el absolutismo del monarca, de una casta sacerdotal, aristocrática o guerrera, de una clase o de cualquier grupo privilegiado. Quién en su voluntad y actuaciones políticas puede invocar la inspiración divina, el apoyo sobrenatural, puede tener el derecho a cerrar su oído a la voz de los hombres y de imponer su voluntad a un mundo de descreídos y de ciegos (Kelsen, 1984).

CONCLUSIÓN

Hans Kelsen ha hecho de sus reflexiones políticas un sistema normativo. Ha incluido al poder político, al Estado y al poder popular dentro de un marco normativo llamado Constitución. Ha revitalizado el sistema constitucional y ha mostrado que la dicotomía entre derecho público y derecho privado, entre derecho objetivo y derecho subjetivo, entre derecho internacional y derecho interno, es inexistente en un escenario de comprensión del derecho positivo. Derecho positivo de verdad. Sujeto de manera exclusiva a la validez y despreocupado de asuntos morales como lo bueno o lo justo.

Las pretensiones de Hans Kelsen han sido de largo aliento y sus textos cobran cada vez más vigencia en el marco de la reflexión sobre la democracia, el relativismo y la inclusión de minorías en regímenes mayoritarios. Discutir las demandas sociales a partir de una óptica exclusiva de los derechos básicos constitucionalizados y con presencia y mediación de un Tribunal Constitucional encargado de darle vida a la Constitución, a través de la defensa y de la promoción de la integridad de estos

derechos, a la vez que sosteniendo la división de poderes, hará que la república sea posible.

Hans Kelsen puso en sus obras lo que hubiera querido vivir. Pero su condición judía en una Europa antisemita lo hizo cada vez más difícil. Quiso hacerse a un lugar político y público que le permitiera vivir sin limitaciones. Pero lo vivido por Kelsen supera con creces las limitaciones económicas. Fueron limitaciones institucionales, militares, antropológicas y culturales de las que solo pudo desatarse al atravesar el Atlántico. Desde allí, en la Avenida 2126 de Los Ángeles, donde tuvo asiento su modesta casa y su florecido jardín, siguió con detalle y con agrado el rostro liberal y democrático con el que se fue edificando su amada Austria-alemana. La misma que tuvo que abandonar para poder seguir con vida.

Libre y ajeno a cualquier interés partidista para asegurarse esa libertad científica por la que tanto luchó y que dejó tantos réditos en favor de una sociedad más plural, más racional y más libre. Donde el derecho no debe ser entendido como una expresión del poder político sino como una limitación de este en favor del individuo, sus demandas y sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aladár, R. (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. Ciudad de México, México: UNAM.
- Kelsen, H. (1984). *Esencia y valor de la democracia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Labor.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, España: Tecnos.
- Kelsen, H. (2002). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México, México: UNAM.