

## HANS Kelsen, SU CONCEPTO DE DEMOCRACIA Y LA CONSTITUCIÓN DE AUSTRIA DE 1920

Jorge ROBLES VÁZQUEZ\*

“Nos decía Kelsen que muchas veces el lenguaje queda corto para el ámbito infinito del pensamiento, en tanto que, en otras, el intelecto no alcanza los límites amplios de la expresión. Creo que la doctrina de Kelsen se encuentra en la primera hipótesis, ya que a cada paso se barruntan nuevas e inexploradas zonas de la investigación jurídica, y encontramos que sus palabras muchas veces son insuficientes para contener la idea que sobresale”. \*\*

### INTRODUCCIÓN

El Presente trabajo tiene por objeto un estudio de Derecho comparado entre la Constitución de Austria con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo es de especial y previo estudio algunas de las concepciones de Hans Kelsen en torno a la democracia, ya que él es el autor de la Constitución Austriaca de 1920. Hans Kelsen (1881-1973) ha sido considerado como uno de los juristas más importantes del siglo XX, su obra es conocida mundialmente debido a sus aportaciones al mundo de la ciencia jurídica. Sin embargo existe otra faceta de Kelsen poco explorada que son sus escritos en política y sociología, los cuales son el fundamento de este estudio.

### I. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS PARA EL ESTUDIO DE LA DEMOCRACIA EN HANS Kelsen

#### A) *El Relativismo Axiológico*

Kelsen al adentrarse en el estudio de la moralidad distingue básicamente dos posiciones básicas en todo esquema de interpretación moral, el

\* Profesor del Colegio de Ciencias y Humanidades de la UNAM.

\*\* RABASA, Emilio O. *Prólogo a la Obra: Kelsen, Hans. Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Prólogo y Traducción: Dr. Emilio O. Rabasa. Ed. Editora Nacional. México. 1974. p. 14.

primero una concepción absoluta de los valores y por otro lado una concepción relativista.

En la primera concepción moral absolutista, Kelsen identifica esta posición con el Iusnaturalismo, el cual al tener su fundamento en la idea del Derecho Natural, éste solo puede concebirse con una estructura axiológica absoluta, es decir con valores que tengan un contenido en sí, válidos en cualquier tiempo y lugar, de ahí que por ejemplo, la igualdad sea un valor aplicable en cualquier momento de la historia del ser humano, o sea tendría el mismo contenido.

El absolutismo filosófico consiste en el punto de vista metafísico el cual existe una realidad absoluta, es decir una realidad que se da independientemente del conocimiento humano. Por tanto su existencia es objetiva e ilimitada en el espacio y el tiempo que limitan el conocimiento humano.<sup>1</sup>

Sin embargo Kelsen critica esta postura, primeramente al atacar la idea del derecho natural, el cual solo justifica una determinada posición, y por otra el ser humano cambia en el espacio y en un momento histórico determinado de ahí que los valores cambien. Indudablemente esta concepción absolutista constituye un freno a la libertad del ser humano en sociedad, al limitar su campo de acción. De igual forma existe una postura filosófica que Kelsen denomina el relativismo, el cual permite una apreciación del mundo más amplia y acorde con los esquemas mentales del ser humano. El relativismo filosófico se presenta por ende en el campo axiológico el cual constituirá pieza fundamental en el orden democrático.

El relativismo filosófico insiste en la imposibilidad de entender lo absoluto por ser inaccesible a la experiencia humana, insiste en separar claramente la realidad y el valor y establece una diferencia entre posiciones acerca de la realidad y juicios de valor auténticos, que no se basan, en último término, en el conocimiento racional de la realidad, sino en las fuerzas emotivas de la conciencia humana, en los deseos y temores humanos. Los juicios de valor sólo se refieren a los valores relativos. La Filosofía relativista es decididamente racionalista y por tanto, siente una inclinada solapada hacia el escepticismo.<sup>2</sup>

El relativismo axiológico nos da una concepción de los valores cambiante acorde a las condiciones históricas sociales del individuo, e incluso en una sociedad en un momento histórico determinado el alcance y contenido de los valores es diferente, de ahí la necesidad de el consenso. En su clásico estudio de *¿Qué es la Justicia?* Kelsen analiza diferen-

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Absolutismo y Relativismo en Filosofía y en Política*. En *¿Qué es la Justicia?* Ed. Planeta- Agostini, España, p. 113.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 115.

tes esquemas argumentativos éticos para buscar el contenido real de la justicia. Al final Kelsen llega a la conclusión de que no se puede tener un concepto totalizador de ésta, por lo que se limita a dar su concepto de justicia.

En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.<sup>3</sup>

Este relativismo axiológico es fundamental en la democracia, ya que en las sociedades modernas existen una infinidad de posiciones, concepciones del mundo y del individuo, por lo que partiendo de esta diversidad la democracia sirve para encontrar los consensos necesarios que justifiquen una determinada posición.

De lo contrario si aceptamos la concepción absoluta de los valores, no tendría razón la idea de democracia ya que existiría una uniformidad de criterios de valoración y una tasación de los valores imperantes en una sociedad, lo cual no existe en nuestro mundo fáctico.

La relatividad de los valores postulados por una determinada profesión de fe política, la imposibilidad de arrogarse la validez de un programa o ideal político (sea cual fuere el grado de entrega subjetiva o convicción personal) obliga forzosamente a rechazar el absolutismo político, sea el absolutismo de un monarca, de un dictador, de una casta sacerdotal o guerrera, una clase o un partido.<sup>4</sup>

Kelsen busca el sustento filosófico y axiológico de la democracia en el relativismo, para así encuadrar a las diferentes posturas y opiniones existentes en una sociedad tan compleja como las actuales, de igual forma su rechazo al absolutismo confirmará su postura crítica al totalitarismo de la primera mitad del siglo XX, los cuales se fundan en una concepción absolutista de la sociedad y por ende la democracia deja de existir en la realidad aún cuando este plasmada formalmente en las normas jurídicas.

Tanto la democracia como el relativismo se caracterizan por los principios fundamentales de libertad e igualdad, por lo cual podría parecer que existe una analogía más o menos superficial entre ellos. También podría considerarse como analogía superficial el hecho de que el indivi-

---

<sup>3</sup> Kelsen, Hans. *¿Qué es la Justicia?* 4ª ed. Fontamara. México 1994. pp. 84-85.

<sup>4</sup> Kelsen, Hans. *Forma de Estado y Visión del Mundo*. en *El Otro Kelsen*. Compilador. Oscar Correas. UNAM. México. 1989. p. 240.

duo sea políticamente libre en la medida en que participa en la creación del orden social al cual está sometido, del mismo modo que el sujeto de conocimiento goza de autonomía en el proceso de conocimiento. Pero una argumentación más seria de la relación que existe entre democracia y relativismo consiste en el hecho de que los representantes más o menos sobresalientes del relativismo filosófico estuvieron políticamente de acuerdo con la democracia, mientras que los seguidores del absolutismo filosófico, es decir los grandes metafísicos, estuvieron de acuerdo con el absolutismo político y contra la democracia.<sup>5</sup>

### B) *La libertad, Fundamento de la Democracia*

En la idea de democracia dos aspectos son fundamentales para Kelsen, la libertad y la igualdad, éstos constituirán el centro de su estudio sobre la democracia. Primeramente Kelsen resalta ese sentimiento del ser humano, el ser dominado por otro, ya que de ahí desprendemos una primera concepción de libertad, es decir una voluntad sin sujeciones a otros. Sin embargo la experiencia histórica nos demuestra que para vivir socialmente necesitamos la dominación a alguien. De ahí que la democracia sirva para buscar una síntesis entre igualdad y libertad.

Si la sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta reciproca de los hombres, y por, consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos.<sup>6</sup>

Entonces es necesario superar este concepto de libertad “natural” es decir sin ningún sometimiento, a la de una libertad social o política. Es políticamente libre quien estando sometido, lo esta sometido a su propia voluntad y no a la ajena, con esto se hace la diferencia entre formas de Estado y de la sociedad. Sin embargo esta libertad política no es tan fácil como se enuncia, ya que presenta límites, un primer caso sería que mediante las mayorías se aplaste a las minorías, esto se puede presentar, sin embargo deben existir garantías para que la voluntad de la minoría se vea protegida y respetada.

Kelsen señala las implicaciones del voto y la libertad al señalar: “Mas ni siquiera el que vote con la mayoría puede decir que está exclusivamente sometido a su propia voluntad, como puede apreciarlo tan pronto como modifique la opinión que manifestó en su voto”.<sup>7</sup> Este aspecto es muy claro en las sociedades complejas como la nuestra, en donde los representantes populares toman decisiones diferentes a quienes los eli-

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Absolutismo y Relativismo en Filosofía y en Política*. Ob.cit. pp.120-121

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Ed. Colofón, México, 1992. p. 16.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 21.

gieron, esto indudablemente constituye un límite al sistema de representación; en el sistema mexicano esto hace referencia en especial a los llamados representantes electos por vía plurinominal. Otro punto es el relativo a la creación del Estado y de la sociedad, ya que esta no se da continuamente, los individuos nacen en un Estado ya constituido en el cual no se le toma en cuenta su opinión, por lo que Kelsen comenta:

La fundación del estado, la génesis del orden jurídico o de la voluntad del Estado no tiene lugar casi nunca en la realidad social, ya que el hombre en la mayoría de los casos nace situado dentro de un régimen ya constituido, en cuyo surgimiento no le ha cabido parte, y que, por lo tanto se le presenta desde el principio como obra de una voluntad ajena.<sup>8</sup>

De ahí que mediante la voluntad de los individuos se encamine a rectificar a aquel orden, y en casos muy excepcionales ser partícipe de ese “pacto” original, lo cual es muy difícil en la realidad pero no imposible. Este “pacto o contrato” al que se refieren los teóricos políticos de la modernidad, indudablemente constituye por lo general una hipótesis explicativa del orden social.

Kelsen funda en la idea de libertad en el principio de mayoría, no de manera mecánica, es decir quien tenga más votos es quien tiene razón, sino en virtud de la posibilidad de participar activamente en la toma de decisiones y reducir (no aplastar) a las minorías que están en desacuerdo con la mayoría. Es buscar que el mayor número de personas participen en esa libertad de decisión.

El hombre que vive en sociedad se encuentra bajo un dominio, el cual en el Estado democrático adquiere la forma de lo que Kelsen llama “Personalidad Anónima del Estado”; esta idea de un Estado como persona moral es objeto de estudio de la Ciencia política, sin embargo en la democracia el hombre debe ser libre socialmente, con un Estado producto (en la medida de lo posible) de una participación del individuo en su modificación o creación.

Esta ficticia abstracción se dirige tanto a la voluntad de los sometidos al poder como a la voluntad de aquellos hombres que de hecho lo ejercen y que de esta manera aparecen como órganos de un sujeto hipostático del poder. La autocracia tiene por gobernante a un hombre de carne y hueso, aunque elevado a categoría divina, mientras que en la democracia funciona como titular del poder el Estado como tal. La apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 26.

Esta constituye la posición política de Kelsen en torno al Estado, es decir una organización ficticia que ejerce el poder, pero un poder emanado de la democracia. Es totalmente incorrecto que en el plano político Kelsen identifique al Estado y al Derecho, lo cual sí lo lleva a cabo únicamente en la Ciencia del Derecho, que es una disciplina pura. La libertad debe constituir el cambio de una sociedad natural a una sociedad política en donde rija el principio de imputación como nexo normativo y en el plano político la idea de dominio entre los hombre pero siempre en busca del ideal democrático que es la única forma de seguir siendo libres aún dentro del control del Estado.

El símbolo de la libertad debe sufrir un cambio fundamental de significado para llegar a ser una categoría social. Debe dejar de significar negación de todo ordenamiento social, un estado de naturaleza caracterizado por la ausencia de toda clase de gobierno y debe asumir el significado de un método específico para establecer el ordenamiento social y un tipo específico de gobierno. Es precisamente a través de esta metamorfosis como la idea de libertad puede llegar a ser el criterio decisivo en el antagonismo entre democracia y autocracia y por tanto el hilo conductor para la sistematización de las formas de organización social.<sup>10</sup>

### C) *La Tolerancia y la Libre Discusión*

Un punto básico de toda democracia es la tolerancia y la libre discusión; partiendo del relativismo axiológico y de la necesidad de alcanzar acuerdos, a éstos solo se alcanzan mediante la discusión y el respeto de las diferentes posturas existentes en la sociedad.

En una democracia la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada. Tal discusión no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también y sobre todo, en reuniones políticas, periódicos, libros y otros vehículos de la opinión pública. Una democracia sin opinión pública es una contradicción de términos.<sup>11</sup>

Estos conceptos son básicos para desarrollar la idea democrática ya que los acuerdos existentes deben representar un consenso entre las diferentes opiniones, la voz de todos los integrantes de la sociedad es fundamental.

Pero no basta con escuchar las opiniones, sino es necesaria su protección jurídica, o sea de parte del Estado, para así garantizar una verdadera

---

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Los Fundamentos de la Democracia en Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Ed. Debate, España, 1988, pp. 230-231.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. 5a. reimpresión de la segunda edición, Ed. UNAM, México, 1995, p. 341.

tolerancia entre los integrantes sociales y que cualquier opinión por minoritaria, debe ser respetada. "En la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincidan necesariamente con el económico".<sup>12</sup>

Kelsen se ubica dentro del liberalismo político, ya que ve en éste la mejor forma de alcanzar la protección de los derechos individuales los cuales son esenciales para una convivencia social. El Estado debe ser garante de la protección a estos derechos, protegiendo especialmente a las minorías las cuales no deben ser aplastadas por las mayorías o peor aún por el Estado.

La democracia moderna no puede separarse del liberalismo político. El principio básico de éste es que el gobierno no debe interferir en ciertas esferas de intereses del individuo que deben ser protegidas por la ley como derechos o libertades humanas fundamentales. El respeto a estos derechos salvaguarda a las minorías contra el dominio arbitrario de las mayorías.<sup>13</sup>

Kelsen ubica al individuo como el centro de el postulado del liberalismo político, en él residen los derechos mínimos, es el creador del Estado, el cual respeta sus derechos y permite la proyección de éstos en la libertad. La tolerancia es más que un concepto político en el pensamiento de Kelsen es una institución jurídica política que permite el funcionamiento social, así como su funcionamiento.

La idea de libertad que esta en la base del liberalismo político no solamente implica el postulado de que la conducta externa del individuo en relación con los demás individuos dependerá de su voluntad y que si ha de depender de la del Estado, ésta solo podrá ser una voluntad en cuya creación la propia voluntad del individuo participe, sino también el postulado de que la conducta interna del individuo, su pensamiento, dependerá sólo de su propia razón y no de una autoridad trascendental, existente o supuesta, situada más allá de ella, de una autoridad en la cual, por ser inaccesible a la razón no participa.<sup>14</sup>

La tolerancia y la libre discusión de las ideas en una sociedad, son presupuestos para poder desarrollar la democracia, ya que de lo contrario en un Estado donde sólo son "derechos formales", la forma democrática sólo será una simple aspiración o una falsa imagen. La verdadera democracia exige a diario el cumplimiento de la libre expresión, su tolerancia, así como la discusión entre los diferentes actores, para así poder alcanzar acuerdo de tipo político.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 341-342.

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *Los Fundamentos de la Democracia*. Ob. cit. p. 243.

<sup>14</sup> *Idem.*

#### D) *El Estado Democrático y el Estado Autocrático*

Kelsen realiza una clasificación en torno a las formas del estado, estas formas de estado serán la autocracia y la democracia, es de señalar que el auto tomo como punto de partida la forma en que se crea el orden jurídico que regula la conducta humana en sociedad, este criterio jurídico le permitirá a Kelsen señalar la diferencia y en todo caso los límites de la democracia y la autocracia.

La forma del Estado es un contenido posible de la constitución en sentido estricto y originario, antes de toda regulación de las relaciones entre el poder público y los súbditos y antes de la introducción de toda idea de libertad.

La forma de Estado es el método posible de la creación del orden estatal. Es forma, esto es, método de creación de Derecho. Para conocer el contenido jurídico, precisa dibujar tipicidades. Las formas estatales son los contenidos típicos de las normas reguladoras de la creación de Derecho.<sup>15</sup>

La libertad es el fundamento o punto de partida para realizar las clasificaciones de los Estados, ya que éste debe entenderse en su aspecto político; este aspecto implica una sujeción del hombre a las normas del estado sin embargo es libre porque esas normas han sido creadas por su participación política. Este principio tiene su límite en cuanto a la representación del individuo en la creación de la norma jurídica. La idea o ideal que ha servido desde la antigüedad para clasificar las formas estatales es la libertad. Es el contrapunto de toda especulación social a pesar de que los social es, por naturaleza, unión y vinculación y, en consecuencia, negación de la libertad.<sup>16</sup>

La democracia se identifica con la participación del individuo en la creación del orden, es decir la voluntad del hombre conforma la voluntad general, indudablemente este precepto tiene como punto de partida a los contractualistas del siglo XVIII sin embargo Kelsen mostrará los límites del modelo, sin embargo no por eso hay que abandonarlo.

La autocracia es cuando el poder se encuentra centralizado en un individuo o en un caudillo el cual no toma en cuenta la opinión de los individuos en la creación de las leyes del Estado, de ahí que el caudillo o el partido único sean los centros de poder.

Políticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. Un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social “debe hacer”, coincide con lo “que quiere hacer”. La democracia significa que la “voluntad” represen-

---

<sup>15</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Ob. cit. p. 409.

<sup>16</sup> *Idem*.

tada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares.<sup>17</sup>

Sin embargo Kelsen esta consciente de los límites de la democracia, ya que en la realidad no existe un Estado modelo en donde se practique 100% la democracia, sin embargo esa aspiración es lo que debe guiar a una sociedad para acercarse lo más posible al ideal democrático. Este elemento es interesante ya que Kelsen no desconoce la realidad política de su tiempo y la experiencia histórica de la humanidad para poder afirmar la imposibilidad de la forma pura de poder.

A pesar de los límites que existan en el modelo democrático, éste debe consistir en la aspiración de los individuos en sociedad, para así caer en la autocracia. Pero autocracia y democracia no son sino tipos ideales. La realidad social del derecho positivo representa aproximaciones o alejamientos más o menos marcados a alguno de los tipos ideales contrapuesto; la realidad es una serie de transiciones e interferencias. Una pura autocracia es tan irrealizable como una democracia pura.<sup>18</sup>

Más allá de la participación activa del individuo en la creación de Estado y su normatividad, Kelsen aprecia la idea de autonomía o autodeterminación de una sociedad que crea su forma de gobierno.

Un Estado es una democracia si los poderes legislativo y ejecutivo son ejercidos por el pueblo, sea directamente en una asamblea popular, o indirectamente mediante órganos elegidos por el pueblo sobre la base del sufragio universal e igual. Como el más alto grado de autonomía, la exigencia de la unanimidad para la creación y aplicación del orden, equivale a la anarquía, el principio de las decisiones por mayoría en los órganos colegiados representa el máximo de autonomía posible dentro de un orden social. Es un elemento esencial de la formación de gobierno llamada democracia, la cual es la realización política del principio de autonomía o autodeterminación.<sup>19</sup>

La libertad de los individuos garantizada por el estado es fundamental para poder llevar a cabo el ideal democrático una sociedad donde el individuo esta limitado en su actuar, en donde no cuente con las mínimas garantías que se puedan realizar efectivamente, en realidad estará frente a un Estado autocrático.

---

<sup>17</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ob. cit. p. 337.

<sup>18</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Ob. cit. p. 416

<sup>19</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*. Ed. Emecé Editores, Argentina, 1957, pp. 275-276.

Para que un Estado sea democrático no basta que sus ciudadanos participen directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado; además, la Constitución debe garantizar a los ciudadanos libertad de conciencia, de palabra, de prensa y en particular de asociación. La formación de partidos políticos y su participación en la vida política de la nación, especialmente en la elección de órganos del Estado, no debe ser limitada o impedida mediante actos legislativos o ejecutivos.<sup>20</sup>

Esta libre formación de partido debe ser signo de Estado democrático. La democracia exige un Estado de partidos políticos, aún con los límites o peligro para la democracia que puedan generar. Kelsen atacará la idea de partido único en los Estados Totalitarios.

La certidumbre jurídica en la democracia constituye uno de los principios rectores, es decir la normatividad debe proporcionarnos una seguridad jurídica en torno a cómo deben resolverse las controversias creadas en la sociedad, ya que de lo contrario una discrecionalidad total, llevaría a la anarquía social. “Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y por tanto a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control que sirvan de garantía de la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad”.<sup>21</sup>

Kelsen en 1921 resaltaba un gran problema que se veía en la Europa continental, que es la dictadura de partido (la autocracia partidista), refiriéndose específicamente a la Unión Soviética, al fascismo y al nazismo. “Es el oscuro horizonte de nuestro tiempo, asoma el rojo resplandor de un astro nuevo: la dictadura de partido, dictadura socialista del proletariado, o dictadura nacionalista de la burguesía; tales son las dos nuevas formas de la autocracia”.<sup>22</sup>

Kelsen vivirá de cerca la experiencia de la autocracia, tanto en la Alemania nazi como la Italia fascista y la Unión Soviética. En 1941 Kelsen abandona Alemania y llega a los Estados Unidos de América tomando la nacionalidad estadounidense, residiendo en California hasta su muerte en 1973. La crítica de la autocracia, es especial al partido único, es ampliamente abordada en varias obras de Kelsen, por lo que primero ubicaremos la idea de la Autocracia para después señalar los elementos característicos de éste y finalmente resaltar la crítica al régimen de la Unión Soviética. La pérdida de las libertades, especialmente la de expresión y de participación política en la realidad, son las principales en la autocracia moderna, ya que si bien formalmente el Estado las contempla en la realidad son inexistentes en su ejercicio real.

---

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Ob.cit. p. 145.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 130.

La autocracia por su parte se caracteriza no sólo porque la masa del pueblo está excluida de toda participación en el gobierno, sino también por la ausencia de las libertades esenciales, especialmente la libertad de los partidos políticos. El tipo moderno de autocracia (el cual en épocas anteriores apareció bajo los nombres de tiranía, despotismo, monarquía absoluta), es la dictadura de partido.<sup>23</sup>

La falta de publicidad del Estado autocrático es característico, ya que se convierte en medio para ocultar las actividades del Estado, las violaciones a los derechos de las personas y el ejercicio discrecional del poder, ya sea del cuadillo o del partido único. Esto genera una actitud de obediencia al Estado de manera total robusteciendo su poder y fuerza sobre los individuos.

Kelsen caracteriza que la autocracia moderna o totalitarismo haya llegado precisamente, en el caso de Alemania y de Italia mediante las vías democráticas, este aspecto es punto de interés, porque encierra la idea de los límites y alcance democráticos. No olvidemos que en Alemania el nazismo arribó mediante elecciones en una etapa posterior a la post guerra, encontrándose con situaciones históricas favorables, en un Estado derrotado, que sin embargo resurge con un poderío en menos de 10 años, pero a costa de las libertades mínimas del ciudadano.

En Italia, el partido fascista era un partido de la clase media que llegó a la dictadura en lucha contra los partidos proletarios. La palabra fascismo —lo mismo que bolcheviquismo— ha llegado a usarse como el nombre para un tipo de gobierno, por ejemplo, para la dictadura de un partido de la clase media. El Estado Nacional Socialista en Alemania pertenece al mismo tipo.<sup>24</sup>

El totalitarismo en un fenómeno de la modernidad que se da en el Estado democrático, mediante la figura de partido único. El partido se convierte en el centro de actividad política y social del Estado, las decisiones, la representatividad y las directrices nacionales surgen del partido, el cual se encuentra controlado por un pequeño grupo de individuos o bien por la figura del líder, el caudillo que se convierte en el “guía natural”, encubriendo el origen de su poder tras la máscara del partido de la mayoría.

El partido dominante en una dictadura de partido tiene un carácter autocrático. Sus miembros son sometidos a la absoluta dominación de un caudillo que es, al mismo tiempo, jefe del estado. Como el bolcheviquismo mantuvo originariamente la ficción de una separación entre el partido y el estado y, además como no tiene una ideología sobre los “guías” o “caudillos”, oficialmente el guía fue, durante largo tiempo, el

---

<sup>23</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*. Ob. cit. pp. 276-277.

<sup>24</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 359.

secretario general del partido. Pero en este punto no hay en realidad diferencia entre las dos formas de dictadura de partido.<sup>25</sup>

El culto a la personalidad es otro de los elementos característicos del Estado totalitario. La figura del líder se convierte en objeto de culto y adoración en todos los aspectos de la vida del Estado, los políticos, los educativos, culturales, militares, etcétera. En Alemania la figura de Hitler es fundamental, Mussolini en Italia y la poderosa figura de Stalin en la Unión Soviética; hay que recordar que en la antigua Unión Soviética Stalin gobernó (hasta su muerte en 1953) con un férreo control de todas las instituciones, y especialmente apoyado en la propaganda sobre su persona, ya que al morir se le veía como un “padre” de los soviéticos. Kelsen señalaba: “Desde el exterior es difícil juzgar en que medida el principio autocrático ha sido realmente aplicado dentro del partido. En las tres dictaduras existió sin embargo un bien desarrollado culto al caudillo, incluso en Rusia, donde no es fácil reconciliar tal culto con la ideología de tinte marxista”.<sup>26</sup>

En la dictadura de partido la libertad de palabra y de prensa, y las libertades políticas, se encuentran completamente suprimidas. No solamente los órganos oficiales del Estado, sino también los del partido, pueden interferir arbitrariamente con la libertad del ciudadano. Incluso la independencia de los tribunales queda abolida, en todo lo que atañe a los intereses del partido dirigente, por lo que la impartición de justicia y la seguridad jurídica quedan relegadas en aras de los objetivos del partido-caudillo.

Las formas jurídicas, formales de la organización del Estado son una “fachada legal” ya que en la realidad el control centralizado del poder se realiza de manera constante de manera arbitraria, Kelsen señalará y criticará el caso de la Unión soviética, la cual si bien formalmente era una república, la centralización del poder por Stalin mostrará el verdadero sentido del Estado totalitario, es decir un Estado en donde las formas jurídicas son un mero trámite y propaganda para el exterior.

Puesto que lo importante es la organización del partido dominante, la cuestión de la forma constitucional se relega a segundo término. Tanto la monarquía como la república se convierten en formas puramente externas vaciadas de todo contenido material propio; tanto la una como la otra ofrecen idéntica posibilidad de que en su interior se desenvuelva una dictadura partidista. En efecto, de las tres dictaduras típicas actualmente existentes, dos de ellas mantienen la fachada republicana: Rusia y Alemania, y una de la Monarquía: Italia.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Ob. cit. p. 465.

Es una preocupación constante en Kelsen el cómo en el Estado totalitario el marco jurídico no se aplica en la realidad, es decir se convierte en una simulación total o parcial por parte del estado, en especial en la Unión soviética donde las elecciones de partido único sólo constituían farsas ya que el mismo partido al margen de la población elegía a los principales dirigentes del país.

Todas aquellas instituciones tan características del Estado de Derecho, que servían para proteger al individuo contra los arbitrarios ataques de los órganos estatales o de los partidos, son radicalmente eliminadas o pierden toda eficacia real. Tampoco queda lugar para la participación efectiva de los súbditos en la creación de las normas, por lo menos de las generales, de las leyes. Si existe un órgano colegial legislativo distinto de la jefatura de partido (encargada de la dirección del Estado), sus miembros son nombrados directamente por el gobierno; o existe tal falta de libertad en la elección que ésta viene a ser, en el fondo, una forma de nombramiento.<sup>28</sup>

Un aspecto de interés para Kelsen es el alto grado de militarismo existente en la Alemania nazi y en la Italia fascista, la economía de estos países toman la vía del armamentismo para poder crecer y desarrollarse de una manera espectacular después de la primera guerra mundial. Kelsen verá en esta actividad de los Estados totalitarios un peligro generalizado para los países, no por esto implica que no critique el armamentismo de otros países como Estados Unidos, ya que cómo se señaló el modelo democrático tiene límites.

Una de las características esenciales de la dictadura fascista consiste en que se halla protegida por una milicia formada por miembros del partido militante organizados, uniformados y armados; todo ese aparato militar favorece su acceso al poder. La dictadura se encuentra luego con el problema político de establecer una relación adecuada entre la milicia del partido y el ejército regular del régimen anterior. Ambas milicias, que llegan a constituir una unidad en la medida de lo posible, son como la espina dorsal del estado fascista, el cual acepta conscientemente el carácter de Estado militarista, lo cual se ve con suficiente claridad en la educación de su juventud.<sup>29</sup>

Kelsen dedicó varios estudios al modelo soviético, especialmente con críticas dirigidas a la democracia socialista a la forma de participación política de los individuos. Kelsen comentaba que en una democracia moderna la existencia de varios partidos políticos debe ser la regla imperante, pero pone el supuesto de la posibilidad de que un partido socialista llegue al ejercicio del poder, pero sin constituir una mayoría total (lo

---

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 467.

cual es imposible) y que instaurara la dictadura del proletario, en este caso esa forma de gobierno no sería democrática sino autocracia, ya que sólo representa un sector de la sociedad y no una mayoría que consensa sus decisiones con la minoría. Este supuesto lo comenta Kelsen de la siguiente forma:

Puede suceder que en un estado capitalista cuya Constitución es plenamente democrática, el proletariado no forme la mayoría del pueblo, o que a pesar de formar mayoría no haya una mayoría socialista; o que existan dos o más partidos socialistas opuestos unos a otros. No caben dudas de que a menudo pasa así, y ello explica el por qué es posible una verdadera democracia en un estado capitalista. En esas circunstancias políticas, es una evidente ficción hablar de que la minoría, o sea la burguesía oprime a la mayoría, es decir, al proletariado. En esas circunstancias políticas un movimiento revolucionario para la realización del socialismo puede conducir sólo a una verdadera dictadura, la dictadura de la minoría sobre la mayoría, y especialmente a la dictadura de un partido socialista.<sup>30</sup>

La lucha revolucionaria como único medio para acceder al poder e instaurar la dictadura del proletariado, es una vía que Kelsen la crítica por ser antidemocrática, sin embargo estas vías fueron las que se utilizaron para instaurar el socialismo en la Unión Soviética. "El hecho de que en Rusia la dictadura del proletario hubiera podido ser establecida sólo por una minoría, y que la democracia, en el sentido corriente del término, era muy poco posible como forma política de esta dictadura, puede quizá explicar también por qué las expresiones de Lenin sobre la democracia como forma de gobierno del Estado proletario son tan ambiguas y contradictorias".<sup>31</sup> Kelsen atribuirá a las contradicciones conceptuales de Lenin en torno de la democracia en la dictadura del proletariado, la causa de que el vocablo democracia haya perdido todo significado real, ya que la Unión Soviética se convirtió en un Estado totalitario, el cual utilizó al vocablo como un medio legitimador de su política interna, aún cuando encerraba la idea de autocracia.

Si la cuestión atinente a la forma de gobierno del estado soviético ha de ser contestada sobre la base de su constitución real, y no de acuerdo con las Sagradas escrituras del comunismo, se torna aun más evidente que el primer Estado establecido por una revolución socialista representa un caso típico de dictadura de partido político, que coloca a la Rusia bolchevique en la misma categoría de la Alemania nazi y la Italia fascista. Es harto difícil negar que la llamada dictadura del proletariado fue en Rusia, desde el comienzo, la dictadura del partido bolchevique.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*. Ob.cit. p. 319.

<sup>31</sup> *Ibid.* p. 321.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 332-333.

Si bien la lucha del proletariado debe terminar con todos los aspectos del Estado capitalista, Kelsen resalta el hecho de que sea el concepto de democracia el único que el socialismo rescata y pugna porque en el nuevo sistema realmente exista la democracia.

La idea de democracia y libertad van de la mano, de ahí que en la teoría socialista tenga por objetivo el fin de la explotación del hombre por el hombre, con un ideal ético en torno al Estado, la sociedad y el individuo; lamentablemente en la Unión Soviética se presentó el fenómeno del totalitarismo, por lo que la doctrina marxista quedó reducida a mera propaganda del régimen para justificar el ejercicio del poder autocrático en manos del cuadillo y del partido único.

La libertad y la democracia quedaron relegadas a un segundo plano, sometidas al ejercicio del poder centralizado existente en la Rusia soviética; Kelsen condenó siempre que en aras del materialismo histórico como disciplina científica, se justificara el régimen autoritario, de ahí que la pureza metodológica no ayuda a desenmascarar el verdadero poder.

Kelsen combatirá el totalitarismo y lo más importante apoyará a una ciencia objetiva, para que esta no se convierta en una legitimadora del poder y oculte el verdadero origen de éste, ya sea en la creencia de la superioridad de la raza aria, o la lucha de clases como origen de la dictadura política. Kelsen no identifica al socialismo o capitalismo con el autoritarismo o el capitalismo, si bien expone la experiencia histórica, esta no es concluyente para proponer una opinión científica, por lo que señala:

Ni el capitalismo ni el socialismo implican un determinado procedimiento político y, por ello, ambos son (en principio) compatibles tanto con la democracia como con la autocracia. Cuestión distinta es la de si un determinado sistema económico puede funcionar más eficazmente bajo uno u otro régimen político. Pudiera ser que la democracia fuera más favorable al capitalismo que al socialismo y la autocracia más favorable al socialismo que al capitalismo. A esta cuestión sólo se puede responder sobre la base de la experiencia histórica y nuestra experiencia actual no es, en mi opinión, suficiente para dar una respuesta científicamente fundamentada. Todos los intentos de abordar el problema realizados hasta ahora están, consciente o inconscientemente, sesgados por preferencias políticas.<sup>33</sup>

Una interesante reflexión que realiza Kelsen en la parte final de su ensayo "Forma de Estado y Visión del Mundo" nos permite ver los límites de la democracia y los errores en que pueden incurrir los Estados, nos

---

<sup>33</sup> Kelsen, Hans. *Los Fundamentos de la Democracia en Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Ob. cit. p. 298.

parece muy interesante la cita para reflexionar filosóficamente en torno a la autocracia y la democracia como formas modernas de Estado.

En el capítulo decimoctavo del evangelio de San Juan, se narra un episodio de la vida de Jesús. Esta narración familiar, con su lapidaria simplicidad, es una de las maravillas de la literatura y, sin haber sido escrita con tal intención, se ha convertido en un símbolo trágico de la antítesis entre una visión del mundo autocrática y una que es relativísticamente democrática. Es el episodio de la Pasión, cuando Jesús es llevado frente a Pilatos, el gobernador romano, acusado de haberse proclamado hijo de Dios y rey de los judíos. Pilatos, para quien, como romano, aquel hombre no podía ser sino un pobre infeliz, le pregunta irónicamente: “¿Eres tú el rey de los judíos?” Y Jesús, con absoluta seriedad, transportado por el ardor de su divina misión, responde: “Tú lo dices: Yo soy rey. Yo para eso nací y para eso vine al mundo, para testificar la verdad; todo el que es de la verdad, escucha mi voz”. Y Pilatos, escéptico como es, pregunta: “¿Qué es la verdad?” Y porque no sabe que es la verdad, y porque en su provincia debe preservar las formas democráticas, se dirige al pueblo y lo somete a voto. “Y dicho esto salió fuera”, dice el evangelio, “y dijo a los judíos: yo no hallo en él culpa alguna. Vosotros acostumbráis a que os suelte un preso por la pascua; ¿queréis que os suelte al rey de los judíos?” —la votación popular es contra Jesús—. “Entonces gritaron nuevamente: ¡A ése no!, ¡A Barrabás!”. Pero el evangelista añade: “¡Y Barrabás era ladrón!”.

Para los creyentes, para los creyentes políticos, esta votación popular es, sin duda, un poderoso argumento en contra de la democracia. Y hay que admitir que el argumento es válido. Pero solamente, en realidad con una condición: que frente a una verdad política, que al final debe imponerse con sangrienta violencia, los creyentes políticos estuvieran tan seguros de la propia verdad como lo estaba el hijo de Dios.<sup>34</sup>

### E) *El Consenso Democrático y la Creación de la Norma*

La libertad es el principal fundamento de la democracia, de éste se desprende el principio de mayoría el cual implica la existencia de una minoría existente. Sin embargo las decisiones tomadas por la mayoría no deben estar encausadas a destruir o aplastar a las minorías, por lo que es necesaria la existencia de los llamados derechos políticos para asegurar esta protección a las minorías.

El principio mayoritario solamente se observa en una democracia cuando se permite a todos los ciudadanos participar en la creación del orden jurídico, aun cuando el contenido de éste resulte determinado por

<sup>34</sup> Kelsen, Hans. *Forma de Estado y Visión del Mundo*. Ob. cit., p. 241.

la voluntad del mayor número. Excluir a una minoría de la creación del orden jurídico sería contrario al principio democrático y al principio mayoritario, aun cuando la exclusión fuese decidida por una mayoría.<sup>35</sup>

En un sistema democrático, la existencia de mayorías y minorías representadas en el parlamento debe implicar la búsqueda de acuerdo y consensos mediante una sana discusión en torno a los diferentes problemas existentes en la sociedad, para encontrar puntos de acuerdo. “En efecto, todo el procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones. En ello estriba el verdadero sentido del principio de la mayoría en la democracia genuina, y por esto es preferible darle el nombre de “principio de mayoría y minoría”.<sup>36</sup> La transacción entendida como posponer lo que estorba a la unión, en favor de lo que contribuye a ella, debe ser el eje de la discusión parlamentaria; ésta implica un dinámica dialéctica entre tesis y antítesis, buscando una síntesis que refleje el compromiso y acuerdo político del parlamento.

La discusión libre entre mayoría y minoría es esencial a la democracia, porque constituye la forma idónea para crear una atmósfera favorable a un compromiso entre mayoría y minoría; pues por compromiso se entiende la solución de un conflicto por una norma que no coincide enteramente con los intereses de una de las partes, ni se opone enteramente a los de la otra. En la medida en que en una democracia el contenido del orden jurídico no se encuentra exclusivamente determinado por el interés de la mayoría sino que representa el resultado de un compromiso entre los dos grupos, la sujeción voluntaria de todos los individuos al orden jurídico resulta más fácil que en cualquiera otra organización política. Precisamente en virtud de esta tendencia hacia el compromiso, es la democracia una aproximación al ideal de la autodeterminación completa.<sup>37</sup>

El fundamento político de la norma jurídica en Kelsen lo constituye el acuerdo democrático entre mayoría y minoría, respetando siempre los derechos de la minoría. Este punto es resultado de las fuerzas presentadas en el parlamento democráticamente electo. La justificación del poder político y de la creación del orden normativo, no se encuentran en Dios, el derecho natural, la dictadura del proletariado, sino que Kelsen señala al consenso democrático como fundamento político del Derecho.

Esta interpretación no es contraria al Kelsen de la teoría Pura, sino que es congruente ya que la ciencia jurídica es una disciplina pura, objetiva, ésta no debe justificar alguna posición política. Los escritos políticos de Kelsen muestran a un hombre de su tiempo comprometido con el

---

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ob. cit. p. 341.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Ob. cit. p. 85.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ob. cit. p. 342.

Estado democrático, y crítico de la autocracia moderna, es decir el totalitarismo del siglo XX... en una palabra, de cuantos lucharon por la democracia, pues quien no se apoya más que en la verdad humana y sólo oriente las finalidades sociales con arreglo al conocimiento humano, no puede justificar la coacción (imprescindible para su realización) de otro modo que por el asentimiento de la mayoría, al menos, de aquellos en beneficio de los cuáles ha de redundar el orden coactivo. Y éste ha de proteger el derecho de la minoría, para que en todo momento pueda convertirse por sí misma en mayoría.<sup>38</sup>

Kelsen propone que en un sistema parlamentario sería preferible contar con un sistema de representación proporcional para elegir a sus miembros, con el objeto de tener una mayor representación de todos los sectores de la sociedad, ya que un sistema basado solamente en la mayoría excluiría a las minorías.

Se le ha objetado a la representación proporcional, que ésta genera partidos políticos pequeños trayendo como consecuencia la atomización política dificultando el trabajo parlamentario en la búsqueda de una mayoría; Kelsen señala al respecto:

El sistema de representación proporcional sólo significa en este aspecto una necesidad de la coalición de partidos, esto es, la necesidad de salvar las pequeñas diferencias entre los partidos y llegar a puntos de acuerdo sobre los intereses comunes más importantes, necesidad que desde el cuerpo electoral trasciende al parlamento.<sup>39</sup>

Kelsen comenta un fenómeno que se puede presentar en el parlamentarismo que es la obstrucción, situación que es realizada por la minoría. Una obstrucción puede ser técnica o violenta, ejemplos de la primera serían discursos prolongados, presentación de cuestiones previas al orden del día, provocación de votaciones nominales, etcétera.

Las violentas implican tumultos, destrucción del mobiliario, etcétera, éstas últimas carecen de justificación porque obstruyen la vida parlamentaria; sin embargo la obstrucción en sus dos modalidades han servido como medio para encauzar una transacción entre la mayoría y la minoría.

Finalmente en los acuerdos parlamentarios es necesario el compromiso entre la mayoría y la minoría, ambos deben entenderse; Kelsen resalta dos elementos para esta mutua comprensión, el de una sociedad de cultura relativamente homogénea, y en especial unidad de idioma. Estos supuestos son difíciles de conciliar en las grandes sociedades pero debemos alcanzarlo en la mayor medida posible para así poder busca un consenso democrático lo más amplio.

---

<sup>38</sup> Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Ob. cit., p. 158.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 91.

## II. Kelsen y la Constitución Austriaca de 1920

*"Como la democracia es por su naturaleza íntima libertad y la libertad significa tolerancia, no existe otra forma de gobierno más favorable para la ciencia que la democracia".<sup>40</sup>*

### A) Kelsen y la Constitución Austriaca de 1920

A Kelsen se le considera como el padre de la Constitución de Austria de 1920 debido que él elaboró el proyecto base de Constitución. Es en este importantísimo documento donde Kelsen pone en práctica sus estudios políticos, en especial lo relativo a la democracia parlamentaria, la tolerancia, los derechos de los individuos y especialmente la justicia constitucional.

Es interesante apreciar el papel fundamental que tuvo Kelsen en la conformación de la Constitución y la actualidad de dicho ordenamiento, lo cual refleja la técnica jurídica depurada utilizada por Kelsen al elaborar el proyecto de Constitución. En 1919, el Doctor Karl Renner, Canciller del gobierno provisional austro alemán se encontraba ocupado con la difícil situación existente en Austria, por lo que no podía dedicarse de las cuestiones constitucionales, por lo que designó a Kelsen el encargado de realizar un proyecto constitucional. Únicamente el Canciller le prescribió dos principios políticos fundamentales como lineamientos: la democracia parlamentaria y una descentralización que no constituyera una limitación fuerte a la competencia del Gobierno central.

La tendencia del propio Kelsen era codificar de manera técnica inobjetable los principios políticos que se le habían dado, construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado. Kelsen consideraba el capítulo sobre las garantías de la Constitución y de la administración como el núcleo jurídico de la constitución, con las cuáles podía al mismo tiempo vincular instituciones de la vieja monarquía como el Tribunal Imperial y el Tribunal Administrativo. Este último pudo ser recogido en la nueva constitución federal con modificaciones insustanciales. El Tribunal Imperial, en cambio fue convertido por Kelsen en un verdadero tribunal constitucional, el primero de este tipo en la historia del derecho constitucional.<sup>41</sup>

Kelsen elaboró varios proyectos en los que se tomaban en cuenta diversas posibilidades políticas, en la Cancillería había un Departamento Constitucional bajo la dirección del entonces consejero de departamento Georg Fröhlich quien después sería vicepresidente del Tribunal

---

<sup>40</sup> Kelsen, Hans. *¿Qué es la Justicia?* Traductor. Ernesto Garzón Valdés. 4ª. ed., Ed. Fontamara, México, 1994, p. 83.

<sup>41</sup> METALL, Rudolf A. *Hans Kelsen Vida y Obra*. Ed. UNAM. México. 1976. p. 42.

Constitucional; asimismo existía un Departamento de Reformas Constitucionales bajo la dirección de Egbert Mannlicher, ambos departamentos estaban a disposición de Kelsen, habiéndole ayudado mucho en su trabajo, sin embargo, con relación al aspecto técnico-jurídico de sus proyectos se le dejaron manos libres.

Cuando en la Asamblea Nacional amenazaba con fracasar su tarea principal que era la Constitución, se constituyó el 11 de julio de 1920 una comisión de expertos integrada por los Doctores Mayr, Fröhlich, Mannlicher y Kelsen. esta comisión aceptó con modificaciones relativamente poco importantes uno de los proyectos elaborados por Kelsen. La Comisión Constitucional aprobó el informe de la Comisión de Expertos el 24 de septiembre y el 26 de septiembre fue aprobado por la Asamblea Nacional, en vista de que los partidos habían acordado un compromiso político. El 1° de octubre de 1920 se pudo promulgar la Constitución Federal, la Constitución definitiva de la República de Austria.

El canciller había expresado el deseo de que el texto constitucional fuera presidido de una especie de extracto que resumiese sus características esenciales, ya que en su opinión, fuera de los especialistas nadie conocería y leería toda la Constitución. A ello se opuso Kelsen con razón señalando que un preámbulo de este tipo correspondería a un libro pero no a la Constitución, poniendo en su lugar, en el artículo primero del texto constitucional que proclamaba a Austria como República Democrática "Su derecho proviene del pueblo" con lo cual rompía también con la terminología común.

Sin embargo, el capítulo en el que Kelsen estaba más interesado y el cual consideraba con orgullo su obra personal el del control de la constitucionalidad, no había experimentado ninguna modificación en las negociaciones parlamentarias. En la realización del principio del Estado de derecho, es decir, del principio de la constitucionalidad de la legislación y de la legalidad de su ejecución (justicia y administración), veía Kelsen la garantía más efectiva de la constitución y el sello característico de la Constitución Federal Austriaca.<sup>42</sup>

Para Kelsen la protección jurisdiccional de la Constitución constituye un elemento fundamental de la Constitución y que ésta debe ser la rectora del todo el funcionamiento estatal-jurídico; las violaciones a ésta deben ser corregidas, sancionadas con el objeto de preservar un estado de Derecho.

La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que estos límites jurídicos no serán transgredidos.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibidem.* p. 43.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Ed. Tecnos. España, 1995. p. 5.

El Tribunal Constitucional de Austria constituye el medio de control de la Constitución creado por Kelsen, concibiéndole dentro de la estructura de la función jurisdiccional como un órgano autónomo. Este tribunal es el encargado de resolver sobre la constitucionalidad de la legislación secundaria para así tener un respeto al texto Constitucional y combatir las normas contrarias o ésta o sin fundamento jurídico.

La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia Constitucional) es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.<sup>44</sup>

La Constitución Austriaca refleja el sentido de Kelsen respecto a su posición política, ya que el parlamentarismo es visto como la mejor forma de poder ejercer la democracia en una sociedad, así como el control Jurisdiccional de la Constitución.

Es indudable la influencia que tuvo Kelsen en la creación de la Constitución Austriaca de 1920, que aún después de tantos años y eventos históricos (como la Segunda Guerra Mundial), dicho documento constituye un modelo de técnica constitucional, así como el reflejo de la concepción jurídica de Hans Kelsen que es considerado como el jurista del siglo xx.

En el siguiente apartado me referiré a las semejanzas y diferencias existentes en varias instituciones de la Constitución de Austria y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### *B) Semejanzas y Diferencias entre la Constitución Austriaca y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Es interesante estudiar el máximo ordenamiento de Austria, con relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que denominaré para efectos de esta investigación como la Constitución de México o Constitución Mexicana. En su artículo 1º la Constitución Austriaca se refiere a que Austria es una República democrática y su derecho emana del pueblo. Esta fórmula de enunciar la soberanía popular proviene directamente de Kelsen que formuló el precepto.

En nuestra constitución el artículo 39 señala claramente que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. La redacción de la Constitución mexicana caracteriza claramente el alcance de la Soberanía, su origen y su alcance. En el Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se señala el carácter democrático de la República mexicana.

Este mismo artículo 40 señala que México es una República, representativa, democrática, federal; por su parte la Constitución Austriaca en

---

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. en *Anuario Jurídico*. Ed. UNAM. No. 1 México. 1974. p. 472.

su artículo 2 señala el carácter federal de la República. La Constitución de México señala en su artículo 50 que el Poder Legislativo se deposita en un Congreso General, dividido en dos Cámaras, la de Senadores y la de Diputados. La Constitución Austriaca en su artículo 24 señala que el Poder Legislativo Federal se ejerce conjuntamente por un Consejo Nacional y un Consejo Federal, en ambas Constituciones encontramos un sistema bicameral.

El artículo 60 de la Constitución Austriaca señala que el Presidente Federal será electo en votación secreta por la Asamblea Federal, durará 4 años en el cargo y podrá reelegirse únicamente por otro periodo de manera inmediata. En los artículos 80, 81 y 83 de la Constitución Mexicana señalan que el Poder Ejecutivo Federal se deposita en un individuo denominado "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos", su elección será directa y durará 6 años en el cargo y en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar el puesto. Son claras las diferencias de las Constituciones, ya que Austria es una república parlamentaria donde el ejecutivo es electo de su seno y es posible su reelección.

La igualdad ante la ley esta contenida en el artículo 7 de la Constitución de Austria en donde señala que todos los ciudadanos austriacos son iguales ante la ley. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4 se encuentra la igualdad del varón y la mujer ante la ley. El artículo 20 de la Constitución de México al referirse a las garantías del procesado en su artículo VI existe la garantía de poder ser juzgado por un juez o jurado de ciudadanos. En la Constitución de Austria se señala que el pueblo ha de participar en la administración de justicia, y que en los delitos castigados con penas graves y en los políticos, serán los jurados quienes decidan sobre la culpabilidad de los acusados (artículo 91).

La Constitución Austriaca en su artículo 22 contiene la obligación de todos los órganos de la Federación y de los Estados y Municipios a prestarse recíprocamente ayuda en la esfera de su acción. En el artículo 119 de la Constitución Mexicana en su segundo párrafo señala la colaboración entre Federación, el Distrito Federal y las Entidades Federativas en materia penal. El artículo 124 de la Constitución Mexicana señala que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. Por su parte la Constitución de Austria señala en su artículo 15 que las materias a las cuáles la Constitución no atribuya de modo expreso la legislación o ejecución a la Federación, permanecerán en la esfera autónoma de acción de los Estados. Ambas constituciones siguen el sistema norteamericano para delimitar las competencias entre Federación y Estados.

De conformidad con el artículo 116 de la Constitución Austriaca los Estados se dividen en Comunidades Locales y Comunidades territoriales.

La constitución de México en su artículo 115 señala que la división territorial de su organización política y administrativa es el Municipio Libre.

La Entidad de Fiscalización Superior de la Federación de la Cámara de Diputados es la facultada para fiscalizar los recursos federales, ya sea de los Poderes de la Unión, Estados y los particulares de conformidad con el artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Constitución de Austria también prevé un órgano encargado de realizar tareas de fiscalización federal, éste órgano es el Tribunal de Cuentas que examina el estado de la administración económica únicamente federal (artículo 121).

El Tribunal Constitucional de Austria conoce (artículo 137 y ss.) de las reclamaciones contra la Federación, los Estados o los Municipios cuando no puedan ser falladas por vía judicial ordinaria, de igual forma conoce de la inconstitucionalidad de una ley federal o estatal. En la Constitución de México en el artículo 103 encontramos los ámbitos jurisdiccionales de los Tribunales Federales; en especial el artículo 105 donde se contemplan las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, las cuáles son facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El Tribunal Constitucional de Austria también conoce de materia electoral, en especial de las impugnaciones que se realicen contra las elecciones al Consejo Nacional y al Consejo Federal, e incluso puede declarar si ha perdido su mandato alguno de sus miembros. (artículo 141). El artículo 99 segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula las bases del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, señalando las materias en que es competente. Incluso en su artículo 94 se le ubica en segundo lugar como parte de Poder judicial Federal.

Como se puede apreciar la Constitución de Austria tiene parecido significativo con la Constitución Mexicana, especialmente en la estructura del Federalismo. Sin embargo en Austria el Legislativo posee amplias facultades que hacen del país una república parlamentaria. México en cambio se ubica como una preponderancia del Poder Ejecutivo Federal.

De igual forma el Tribunal Constitucional es un órgano especializado de la Federación con amplias facultades; por su parte en México la Suprema Corte de Justicia de Nación posee funciones de máximo intérprete de la Constitución y con base en el artículo 105 Constitucional resuelve las controversias entre los órganos de gobierno y las acciones de inconstitucionalidad. Aún cuando la Constitución de Austria consta de 152 artículos, éstos son en su gran mayoría breves, dejando a la legislación secundaria los medios para poder aplicar la normatividad, es de resaltar la técnica jurídica empleada en el texto, ya que los artículos son

breves, claros, directos, conteniendo las características principales de cada institución que se regula.

### CONCLUSIONES

La teoría del Kelsen sobre la democracia es un aspecto poco explorado por la doctrina, ya que debido a una lectura parcial de su obra, se le sitúa como un autor apolítico que justifica al Estado totalitario, lo cual es falso.

El relativismo axiológico es un presupuesto fundamental en el Estado democrático, ya que implica el reconocimiento de las diferentes voluntades que participan en las decisiones políticas. El Estado democrático presupone de la existencia de la tolerancia, tanto en su aspecto cultural, así como la protección de ésta por medio del Estado.

El parlamento constituye el mejor medio de realizar el ideal democrático, aún con las limitaciones que constituye la representación indirecta del pueblo. El parlamento debe ser un foro de discusión en donde los diferentes partidos políticos lleguen a acuerdos sobre los asuntos fundamentales del Estado.

Una reforma al parlamento para Kelsen estaría dirigida a perfeccionar el sistema democrático, mediante el uso del referéndum, la iniciativa popular, así como una revisión al plebiscito y a la inmunidad de los parlamentarios.

El principio de la mayoría implica el reconocimiento de la minoría, la cual no debe ser aplastada, sino por el contrario se le debe reconocer su derecho a disentir de la mayoría, protegiendo sus derechos mediante las garantías que otorgue el Estado. El acto de voluntad como base de la norma jurídica constituye el último momento de la concepción de Kelsen en torno al fundamento de la normatividad.

Kelsen señaló en su momento histórico algo muy importante, el peligro de la autocracia partidista, la cual puede conllevar al Estado totalitario. La crítica al totalitarismo revela al Kelsen liberal el cual pugna por un respeto a los derechos del individuo y el modelo democrático. Kelsen resalta el peligro que puede representar el triunfo de la minoría por vías democráticas y que ésta imponga una autocracia, como fue el caso de la Alemania nazi.

La democracia implica un Estado de partidos políticos, los cuales son factores fundamentales en la sociedad, sin embargo no hay que pasar por alto sus límites y problemas que pueden conllevar los malos partidos políticos.

La democracia busca que el ser humano que viva en sociedad sea gobernado por su misma voluntad, lo cual implica el acuerdo de los diferentes actores políticos y un compromiso por alcanzar este fin. La demo-

cracia no es un sistema perfecto sin embargo es el medio en donde se puede garantizar en mayor medida la libertad del hombre. Es clara la influencia de Kelsen en la elaboración de la Constitución Austriaca de 1920, ya que tuvo una participación fundamental en su elaboración.

La Constitución Austriaca presenta una gran técnica jurídica en su elaboración y redacción. El Federalismo es una institución que comparte tanto la Constitución Mexicana como la Austriaca. La preponderancia del poder Legislativo en la Constitución Austriaca es fundamental para conformar los demás poderes. —El control jurisdiccional de la Constitución es una de las grandes aportaciones de la Constitución Austriaca creación de Hans Kelsen—.

### BIBLIOGRAFÍA

KELSEN, Hans. *Absolutismo y Relativismo en Filosofía y en Política*. En *¿Qué es la Justicia?* Traductor. Alberto Calsamiglia. Ed. Planeta-Agostini, España, 1993.

KELSEN, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Ed. Colofón, México, 1992.

KELSEN, Hans. *Forma de Estado y Visión del Mundo*. En *El Otro Kelsen*. Compilador. Oscar Correas. Ed. UNAM, México, 1989.

KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Prólogo y Traducción: Dr. Emilio O. Rabasa. Ed. Editora Nacional. México. 1974.

KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. en *Anuario Jurídico*. Ed. UNAM. No. 1, México. 1974.

KELSEN, Hans. *Los Fundamentos de la Democracia*, en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Ed. Debate, España, 1988.

KELSEN, Hans. KLUG, Ulrich. *Normas Jurídicas y Análisis Lógico*. Traductor. Juan Carlos Gardella. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. España 1988.

KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*. Traductor. Wenceslao Roces. Ed. Porrúa, México, 1987.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* Traductor. Ernesto Garzón Valdés. 4a ed. Ed. Fontamara, México, 1994.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Ed. Tecnos. España, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*. Traductor. Alfredo J. Weiss. Ed. Emecé Editores, Argentina, 1957.

KELSEN, Hans. *Teoría General de las Normas*. Traductor. Hugo Carlos Delory Jacobs. Ed. Trillas, México, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traductor. Eduardo García Máynez. 5a reimpresión de la segunda edición. Ed. UNAM, México, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Traductor. Luis Legaz Lacambra. 15 ed. Editorial Nacional, México, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traductor. Roberto J. Vernengo. 5a ed. Traducción de la segunda edición en Alemán. Ed. UNAM, México, 1986.

MÉTALL, Rudolf A. *Hans Kelsen Vida y Obra*. Ed. UNAM. México. 1976.