



doi 10.22199/issn.0718-9753-6516

DERECHOS



 <https://ror.org/02akpm128>

Coquimbo
ISSN: 0718-9753 (En línea)

Hans Kelsen: vigencia de una lectura positivista de la democracia

Hans Kelsen: current relevance of a positivist reading of democracy

Jorge del Picó Rubio¹  <https://orcid.org/0000-0003-4534-247X>

¹ Universidad de Talca , Centro de Derechos de las Minorías y Gestión de la Diversidad, Talca, CHILE.

 jlj@utalca.cl



Resumen:

Tomando como base la teoría jurídica y democrática de Kelsen, se realiza una lectura crítica sobre su concepción del orden jurídico legal que permite calificar democráticamente a un gobierno popular, prosiguiendo con los principios que informan dicha calificación. Se concluye con su aplicación a algunos problemas contemporáneos de la convivencia social, en especial el régimen legal de las mayorías y minorías.

Palabras Clave: democracia, gobierno popular, minorías.

Abstract:

Starting from Kelsen's legal and democratic theory, a critical reading is made of his conception of the legal order according to which a popular government could be identified as democratic. Next, the principles underlying such an approach are addressed. And finally, Kelsen's vision is applied to some contemporary problems of our social coexistence, focusing especially on the legal regime of majorities and minorities.

Keywords: democracy, people's government, minorities.

Fecha de recepción: 12 de mayo de 2024 | Fecha de aceptación: 29 de julio de 2024

Introducción: Kelsen, formalismo jurídico y democracia

Hans Kelsen, fundador de la escuela del derecho político puro, llamada también Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho, es ampliamente conocido en el campo de los estudios jurídicos por su vasta e influyente obra, aunque destaca particularmente por su planteamiento de una teoría pura del derecho, que propone una lectura del derecho ajena a todo ingrediente sociológico, psicológico y ético-político, que desvíe la atención del jurista del objeto que les propio, centrado en la norma (Walter, 1996, pp. 407-442; Bobbio, 1996, pp. 377-405; Barros, 1996, pp. 319-341; Bascuñán, 1980, pp. 28-29; López, 2005, pp.103-104, 342-356; Millas, 1996, pp. 61-63). Su doctrina destaca la especificidad del derecho respecto de cualquiera otra disciplina, ciencia o arte que impida precisar su campo dentro de la división del pensamiento humano, considerando aquí tanto la precisión de un objeto propio como la autonomía de la disciplina. Propone lograr una doctrina jurídica depurada de "...toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias" (Kelsen, 1974, p. 9), excluyendo así elementos antropológicos y teológicos que distraen o derechamente impiden la fijación del propio objeto de estudio, postulando en definitiva una posición de neutralidad valorativa (Kelsen, 1974, pp. 9-15; Kelsen, 2007, pp. 29-31; Squella, 1989, p. 16; 1996, pp. 243-244). Asimismo, considérese la mayor precisión del sentido procurado por Kelsen contenido en la versión inglesa de la Teoría Pura del Derecho:

The Pure Theory of Law is a theory of positive law. It is a theory of positive law in general, not of a specific legal order. It is a general theory of law, not an interpretation of specific national or international legal norms; but it offers a theory of interpretation. (Kelsen, 1970, p. 1)

Considera al derecho como una ciencia normativa inserta en el plano del deber ser, cuyo objeto son las leyes, su método es la coherencia lógica y sus conceptos son formales, caracterizándose por la necesidad de excluir la explicación de hechos de su campo de estudio y por asumir su condición esencial de ser un medio y no un fin, afirmando la autonomía del derecho respecto de la moral (Kelsen, 1974, pp. 68 y 56). Así esbozado, deriva la construcción teleológica principalmente al campo de la política, rechazando todo intento de desviación sociológica que pudiera afectar la definición de su objeto propio -incluyendo aquí al derecho natural- expresando en el prefacio de la edición alemana de 1934 de la Teoría Pura del Derecho, que emprendió la tarea de elaborar una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias, con la finalidad de "elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales" (Kelsen, 1974, p. 15). Esta diferenciación radical con las ciencias sociales y morales, y en particular la contraposición con el derecho natural, con su

correspondiente efecto en la teoría de la justicia, será una de las características identitarias de su obra, siendo especialmente observada desde la perspectiva de sus críticos (Errázuriz, 1987, pp. 177-187).

El sistema jurídico ideado por Kelsen considera la estructura de un ordenamiento piramidal, en el cual toda norma recibe su propia legitimidad de otra norma, ubicada en un grado superior de la misma estructura, y cuya validez general se asienta sobre una norma única. En términos de Kelsen (2016): "Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción del derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior" (p. 14; véase también Kelsen, 1974, pp. 135-136). Este sistema jerárquico constituido por una pluralidad de normas ubica en sus grados más relevantes a la constitución, las leyes y las sentencias que dictan los jueces, debiendo existir en cada uno de ellos coherencia interna, determinando que el estrato inferior deba ser coherente con el escalón superior, y que todos los actos jurídicos son tanto actos de aplicación como de creación del derecho, con la excepción del acto creativo de dictación de la primera constitución y la ejecución de la sentencia judicial que solo es aplicación (Kelsen, 1974, pp. 135-136; Bulygin, 2006, p. 65; Walter 1996, pp. 434-438).

En la cima del ordenamiento así concebido, existe una "norma básica" o "fundamental", que no tiene estructura normativa y que, en tanto hipótesis, constituye el elemento que brinda plenitud y el límite final a todo el sistema jurídico positivo. Esto, por cuanto suponiendo que esta norma es válida, también es válido el orden jurídico que le está subordinado, toda vez que la misma norma fundamental "confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción" (Kelsen, 1974, pp. 135-136; véase también Walter, 1996, pp. 434-438). Consecuentemente, la norma fundamental es la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho -una norma hipotética- que por no haber sido creada siguiendo un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo, siendo por tanto "supuesta" y no "puesta" (Kelsen, 1974, p. 139; Walter, 1996, pp. 434-438).

Llevado al terreno de la teoría democrática, el concepto de derecho y la postura formalista de Kelsen se traduce en algunas ideas básicas que, siendo coherentes con dicha concepción formalista, se proyectan al campo político con indudable fidelidad a los principios de la democracia liberal.

En primer lugar, que un orden jurídico de base democrática da cuenta que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos, y que la oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia, en que 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.

De aquí también deriva el concepto de democracia en Kelsen (1988a), que admite su definición como “un método político por medio del cual el ordenamiento social es creado y aplicado por quienes están sujetos a ese mismo ordenamiento, de forma que este asegure la libertad política en el sentido de autodeterminación” (p. 211). Considerando lo ya expresado, caracteriza a la democracia la participación en el gobierno, es decir, en la creación y aplicación de las normas generales e individuales del ordenamiento social que es constituido por la comunidad, potenciando la idea de gobierno del pueblo (Kelsen, 1988a, pp. 208-209); el entendimiento de la democracia como un procedimiento, esto es, un “método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad” (Kelsen, 1988a, p. 210); y que la democracia no es un contenido específico o determinado del orden social, como ocurre con un modelo económico más o menos eficiente, tratándose del capitalismo, el socialismo o cualquier otro sistema de ordenamiento social, sino que en tanto método de creación del ordenamiento se encontrará siempre regulado por el propio ordenamiento.

La noción de democracia en la obra de Kelsen es coherente con su teoría normativa sobre el derecho, la cual distingue el valor constituido por la norma y la realidad valorada por la misma (Errázuriz, 1987, p. 23), destacando los ámbitos propios del derecho y la política sin que la neutralidad valorativa implique la ausencia de la ponderación positiva de los valores democráticos, sino que por el contrario, constituye un afianzamiento por medio del orden normativo jurídico -que siempre implica una opción ya asumida- de aquellos valores que constituyen sus bases irreductibles e identificados como principios preliminares del mismo, como la libertad, la igualdad y los consiguientes principios informadores derivados del pluralismo y la tolerancia por medio de la tutela efectiva del derecho de las mayorías a gobernar con respecto a los derechos de las minorías.

La neutralidad valorativa “no es una cualidad del objeto por conocer -el derecho positivo- sino una exigencia metodológica que se plantea al agente de dicho conocimiento, esto es, al jurista” (Squella, 1996, p. 248). Tal conclusión es afirmada en la obra de Kelsen, siendo especialmente significativa su posición al respecto en la célebre réplica a Voegelin, que retomaremos más adelante, la cual en relación con la ponderación positiva de los valores es categórica al denunciar la incorrección en que incurren los críticos al afirmar que la ciencia social positivista excluye “todo” juicio de valor, resaltando la perspectiva correcta que considera que un juicio de valor es la proposición de que algo es un medio adecuado para realizar un fin, siendo coincidente la relación entre causa y efecto con la relación medio fin,

tal como lo aplicará a la relación entre democracia y tolerancia (Kelsen, 2006, pp. 35-36; el debate con Voegelin en Kelsen, 2015a, pp. 9-28).

En los apartados siguientes profundizaremos en una lectura contemporánea de la idea democrática de Kelsen, sin pretender el desarrollo de toda la fundamentación contenida en su extensa obra, sino que, asumiéndola como referencia, para proponer algunas reflexiones útiles al momento de analizar y afirmar por nuestra parte su vigencia contemporánea. En tal sentido, aparte de considerar los textos iniciales y más conocidos sobre la materia, como “Esencia y valor de la democracia” y “Teoría General del Estado” escritas en la década de 1920, hemos consultado las obras posteriores que profundizan lo expresado en dichos textos, y que con los diferentes títulos que asumen las nuevas ediciones, se contienen en las referencias bibliográficas del presente artículo.

Estas cuestiones, si bien han sido periódicamente tratadas por la doctrina, destacando entre nosotros el estudio “Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen” (Squella, 1996, pp. 243-270), consideramos la pertinencia de una nueva lectura centrada en algunos elementos de la teoría democrática de Kelsen, como sus principios informadores y la perspectiva de la regla de la mayoría aplicada a la actual realidad de los grupos minoritarios de nuestra sociedad. Lo anterior, teniendo en vista los contextos sociales y políticos contemporáneos (véase respecto del debate sobre legalidad burguesa y obediencia al derecho positivo en Chile Bascuñán, 1980, pp. 38-39), que en mayor o menor medida guardan similitud con el período en que son publicadas sus obras más trascendentales, correspondientes con una época marcada por la irrupción de las dictaduras totalitarias europeas y la dura crítica vertida tanto al positivismo jurídico como lectura del derecho -por la eventual utilización de sus postulados formalistas por tales regímenes- como a la propia obra e incluso personalidad de Kelsen, pese a su declarado liberalismo democrático y al testimonio evidenciado por su propia historia personal (Kelsen, 1974, pp. 10-11; Squella, 1981, pp. 63-66); Walter, 1996, pp. 412-416).

En síntesis, el trabajo que se desarrolla a continuación, tomando como base la teoría jurídica y democrática de Kelsen, realiza una lectura crítica sobre su concepción del orden jurídico legal que permiten calificar democráticamente a un gobierno popular, prosiguiendo con los principios que informan dicha calificación, para concluir con su aplicación a algunos problemas contemporáneos de la convivencia social, en especial el régimen de las mayorías y minorías.

1. El orden jurídico legal y su incidencia en el gobierno del pueblo

Trataremos en este primer apartado la incidencia que tiene en general el orden jurídico legal en el gobierno del pueblo, y en particular la concurrencia de los requisitos necesarios para su calificación democrática. Asumimos consiguientemente la concepción del Estado de Kelsen (véase Kelsen, 1934, pp. 3-34, y 2007, pp. 36-39) como un orden jurídico que organiza la coacción social, debiendo ser idéntico al orden jurídico en tanto “está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órganos diferentes” (Kelsen, 1974, p. 189). Este postulado de la unidad del Estado y el derecho se complementa con la afirmación que sostiene que, “...solo en el Estado de derecho moderno el orden estatal se convierte en orden jurídico; solo en él se colma, como un hecho histórico, la exigencia hacia la unidad del Estado con el derecho” (Kelsen, 2004, p. 61; Millas, 1996, pp. 67-69).

Respecto del gobierno, Kelsen sostiene que el problema principal de la teoría política es la clasificación de los gobiernos, asunto que, desde un punto de vista jurídico, se transforma en la distinción de las diferentes formas que pueden asumir las constituciones que brindan soporte normativo a los Estados, entendiendo por éstos una organización determinada por normas jurídicas diferenciadas conforme a tareas específicas y no por caracteres esenciales (Eckhart, 2006, pp. 252-253).

Asimismo, pese a considerar como insuficiente la clasificación clásica de las formas estatales en monarquía, aristocracia y democracia, reconoce que aún dicha ordenación no ha podido ser superada satisfactoriamente, radicando la base de esta división en la atribución del poder soberano, en la cual fundamenta la siguiente delimitación. Es monárquico el gobierno -o la constitución- cuando el poder soberano de una comunidad pertenece a un individuo, y es republicano -el gobierno o la constitución- cuando el poder soberano pertenece a varios individuos. A su vez, la república será aristocrática o democrática en la medida que el poder soberano pertenezca a una minoría o una mayoría, respectivamente (profundícese en Kelsen, 2006, p. 65; 1934, pp. 418-434; 2016, p. 15).

Sin embargo, el criterio de concurrencia de un mayor o menor número de individuos para proceder a la calificación del gobierno es extremadamente relativo, toda vez que el mayor o menor poder del Estado se aprecia en la validez y eficacia que caracteriza su ordenamiento jurídico, siendo determinante el grado alcanzado de organización legislativa. La clasificación de los gobiernos es una clasificación de las constituciones, comprendiendo en su sentido material las modalidades de la creación, producción y aplicación legislativa. Desde este punto de vista, Kelsen sostiene que un Estado puede ser considerado una democracia o una aristocracia

según si su legislación es igualmente de naturaleza democrática o aristocrática, "aun cuando su administración y su poder judicial puedan tener un carácter diferente" (Kelsen, 1988b, p. 336).

A partir de lo anterior, para avanzar en la calificación democrática de un Estado, entendido como la personificación de un orden jurídico (Kelsen, 2004, p. 55), estima pertinente considerar como criterio distintivo de la democracia al valor la libertad política provista por un determinado ordenamiento jurídico, afirmando que es políticamente libre en términos generales aquel individuo sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación le cabe participación, siendo particularmente libre si aquello que de acuerdo con el orden social *debe* hacer, coincide con lo que el mismo individuo *quiere* hacer (Kelsen, 1988b, p. 337).

Basado en dicho criterio, distingue la autocracia, en la cual no existe la armonía entre la voluntad estatal y la voluntad de los representados, por no haber participado éstos en la creación del orden jurídico de una manera determinante; y la democracia, que se constituye como el sistema en que la voluntad que representa el ordenamiento legal de un Estado es idéntica con la voluntad de los sometidos a él. Así expuesto, democracia y autocracia no corresponderían realmente a una descripción histórica sobre la base de las constituciones que han existido, sino más bien a una representación de tipos ideales, en que finalmente los Estados son una mezcla entre la realidad histórica y los tipos ideales, configurando etapas intermedias entre dos polos sin existencia real (Kelsen, 1934, pp. 416 y 417). A partir de lo anterior, un Estado puede ser calificado como democrático si en su organización prevalece el principio democrático, en tanto que se considera una autocracia cuando lo que predomina en su organización es el principio autocrático, en que no existe identidad entre la voluntad de los sujetos imperados y la voluntad que representa el ordenamiento legal imperante (Kelsen, 1988b, pp. 336-337; Squella, 1996, p. 264).

El criterio de calificación como autocrático o democrático, se aplica a la constitución y a la legislación general que regulan la convivencia social de un Estado, siendo invariable dicha calificación cuando la administración -léase poder ejecutivo y gobierno interior- y el poder judicial revisten un carácter diferente al de la legislación. Adoptando como base las ideas de la libertad política, será considerado democrático aquel Estado en el que prevalezca el principio democrático, teniendo presente que la idea básica del principio democrático radica en la correspondencia armónica entre la voluntad representada en el orden legal del Estado y aquella sustentada por los súbditos.

Esta lectura remite a la necesidad de precisar la relación de la democracia con la idea general de la representación, y en particular de la representación popular, considerando que cuando se afirma que un individuo 'representa' a una comunidad

se está indicando que dicho sujeto actúa como un órgano de la comunidad que cumple ciertas funciones, determinadas a su vez por el orden social que constituye a la comunidad, siendo tales funciones -en el caso del ordenamiento jurídico- la creación y aplicación del orden, toda vez que “la unidad abstracta del orden jurídico puede visualizarse en la representación de una persona, cuya voluntad constituye el contenido de este orden jurídico” (Kelsen, 2004, p. 55; 1934, pp. 397-402). De aquí deriva la conclusión que sostiene que solo cuando un individuo actúa como un órgano estatal, “sus actos pueden imputarse al Estado, es decir, a la comunidad constituida por el orden jurídico; y ello quiere decir que sus actos pueden interpretarse como actos del Estado y, el individuo actuante, como representante del Estado” (Kelsen, 2006, p. 76; 1934, pp. 394-402 y 435-436). En una lectura complementaria sociológica, pero inspirada en Kelsen, se destaca que la diferencia que hace que la representación sea política,

no solamente se refiere a que la acción de un sujeto determinado sea imputada a los demás, sino que la acción del sujeto representante genera una imputación vinculante apoyada por el poder estatal, es decir, por el monopolio de la violencia, en términos weberianos. (Mena, 2023, p. 31)

Respecto de la noción de pueblo, diferenciada de la sociedad entendida como un orden que regula la conducta de los sujetos, Kelsen considera como un supuesto fundamental de la democracia que una pluralidad de sujetos mediante los mecanismos democráticos se reduzca a una unidad, de modo tal que teóricamente el pueblo pueda actuar más como sujeto de poder que como objeto sobre el cual actúan determinados sujetos (Kelsen, 1974, p. 16; 1977, p. 30).

Sin embargo, la realidad de los hechos da cuenta de lo problemático que es afirmar la existencia de aquella unidad designada con el nombre de pueblo, ya que, fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, sociológicamente el pueblo representa más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea. Por tal razón, sólo puede considerársele como unidad en un sentido normativo, toda vez que la unidad del pueblo, entendida como coincidencia de los pensamientos, sentimientos y voluntades, y como solidaridad de intereses, es un postulado ético-político, sustentado en la ideología nacionalista o estatalista mediante una ficción generalmente empleada y, por ende, no sometida a revisión. En definitiva, la unidad del pueblo es una realidad jurídica que sirve a la ordenación jurídica del Estado, en tanto este regula la conducta de las personas sujetas a ella (Kelsen, 1977, pp. 30-31; 2006, pp. 83-84; Errázuriz, 1987, pp. 72-73).

Desde el punto de vista democrático, no existiría voluntad popular con entidad propia, ya que el pueblo se compone de las manifestaciones de voluntad de muchos individuos, por lo que solo cuando éstos entran en relaciones legales y sancionan un orden normativo jurídico, la mayoría de sus voluntades se convierte en voluntad popular (confróntese con Kelsen, 1977, pp. 31-32).

Al respecto, caben dos comentarios. El primero, que los ideólogos de la democracia ven que la fuerza creadora del derecho, además de las garantías para las libertades individuales, encierra en sí una especie de voluntad colectiva (Kelsen, 1977, p. 31). El segundo, la vigencia contemporánea de la histórica cuestión del custodio de la constitución debatida entre Kelsen y Schmitt, cuya confrontación por parte del segundo a la tesis de la necesidad de la jurisdicción constitucional para el control de constitucionalidad de las leyes ante un tribunal independiente, postulada por Kelsen, aludía forzosamente al principio democrático para asignar dicha tarea al presidente del Estado como una manera de contrapesar el pluralismo de los grupos de poder social y económico, y así poder defender la unidad del pueblo concebido como una totalidad política (confróntese con Gianformaggio, 1994, p.13).

En definitiva, aplicando el análisis precedente, Kelsen define la democracia como una forma de Estado o de sociedad, en que, "la voluntad colectiva, o más exactamente el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, de sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo" (Kelsen, 1977, pp. 29-30).

Un problema subsistente tras definir lo que se entiende por democracia, es determinar si la democracia representativa constituye en sentido estricto una forma de democracia aceptable, al tiempo de establecer lo propio en el caso de la llamada democracia directa. Por cierto, ambas formas de democracia son vías igualmente válidas para la acción política, esto es, aquella "actividad que aspira a establecer y mantener un orden social, especialmente el Estado" (Kelsen, 2008, p. 261).

La democracia directa se caracteriza porque las funciones legislativa, ejecutiva y judicial son ejercidas por la ciudadanía en reuniones de asambleas, a las cuales concurren todos los ciudadanos calificados como tales. Si bien en la realidad su existencia concreta es limitada, en teoría representa el grado más alto o cercano al ideal de democracia.

La democracia representativa o indirecta, por su parte, sería la consecuencia más visible de la diferenciación de los roles sociales producida por la complejidad progresiva de las condiciones de vida de las sociedades más evolucionadas. En el caso particular del gobierno, este rol es asignado a personas y órganos que asumen esta función en exclusividad, luego de ser electos y con ello autorizados para crear o ejecutar las normas jurídicas de autodeterminación política, en cuanto los funcionarios gubernamentales, por ejemplo, pudieran asumir funciones soberanas (Kelsen, 1977, pp. 29-30, 342-343).

2. Aproximación a los principios informadores de la idea democrática kelseniana

Al analizar la obra de Kelsen, se desprende con claridad la valoración de la libertad y la igualdad como principios informadores del orden democrático (Squella, 1996, p. 253), cuya aceptación preliminar por parte de los actores políticos se manifiesta en la aceptación del principio de mayoría, que reconoce a los grupos que obtienen la mayoría de las preferencias ciudadanas en un acto electoral válido, el derecho de conducir políticamente el gobierno, en tanto estos grupos circunstancialmente mayoritarios se comprometan a respetar los derechos políticos de las minorías, en especial el de convertirse a su vez en mayoría.

Estos principios son una consecuencia de la evolución de la civilización occidental, que ha enriquecido la concepción clásica de ciertas libertades relacionadas en un inicio con la ideología liberal, pero que hoy día son de aceptación casi universal e indiscutidas como inherentes al sistema democrático. Nos ocuparemos con mayor detención de los principios de libertad e igualdad, relacionados a su vez con el principio de la mayoría y su correlato en deber de respetar los derechos humanos de las minorías que informan la idea democrática en Kelsen, profundizando en cada aspecto mencionado.

2.1. Libertad e igualdad

El concepto de libertad es definido por Kelsen con ocasión de una respuesta al problema que afecta a la persona humana en tanto integrante de una sociedad entendida como un orden que regula su conducta, y por tanto sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Señala al efecto que se entiende de manera general por libertad, “el hecho de no estar sometido [un individuo] al principio de causalidad, ya que ésta [la libertad] ha sido concebida -en su origen al menos- como necesidad absoluta” (Kelsen, 1974, pp. 16 y 28). Siendo el principio de causalidad aquel que relaciona los elementos de la naturaleza, se puede asumir que inicialmente la conducta humana es un fenómeno natural, pero luego al enjuiciar dicha conducta aplica otro principio diferente, el de imputación. A partir de aquí, si bien es usual que se diga que la voluntad del hombre es libre al no estar sometida a las leyes causales y que puede por tanto ser responsabilizado de sus actos, siendo la libertad la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica, lo cierto es que la persona solo es libre en tanto su conducta -a pesar de las leyes causales que la determinan- se convierte en el punto final de una imputación o condición de una consecuencia específica, como ocurre con una pena (Kelsen, 1974, pp. 16-20 y 28 - 29).

Asumiendo que en todo orden jurídico existe un mínimo de libertad correspondiente al espacio en que la conducta de un sujeto no está regida por una

norma jurídica, sostiene que la idea original de libertad posee una connotación negativa, en tanto significa la ausencia de toda sujeción a una voluntad ajena, especialmente referida a las obligaciones que emanan del dictado de la autoridad imperante (Quintana, 1996, p. 210; Errázuriz, 1987, pp. 29-30). Dicha concepción negativa encierra, una notable paradoja, toda vez que la asociación humana -referida a la voluntad asociativa que surge a partir de la convivencia grupal- es también la base de las libertades que solo son posibles por la progresiva eliminación de las ataduras que determinan la precaria condición del hombre primitivo, tales como la defensa ante las fieras y la mantención constante del fuego común.

De aquí entonces surge la aparente contradicción que implica asumir que la recuperación de la libertad perdida por el hombre que vive en sociedad pasa necesariamente por la eliminación del orden social, que es fuente de limitaciones al albedrío humano, afirmando Kelsen (1988b) que, “en el sentido originario de la palabra libertad, sólo es libre [...], el individuo que vive fuera de la sociedad y del Estado” (p. 338). En consecuencia, la idea de la libertad en el sentido original del término es algo que, “...solo se puede encontrar en ese estado de naturaleza, que la teoría del derecho natural dominante en el siglo XVIII oponía al estado social”, la que en definitiva solo puede ser reconocida como anarquía (Kelsen, 1988b, p. 338; véase también Quintana, 1996, p. 211).

A partir de lo dicho, sería lógico que, para realizar una distinción de formas de gobierno y llegar a identificar específicamente a la democracia, es necesario cambiar la visión negativa de la libertad que conduce a la anarquía y que presupone a la vez negar las formas de gobierno por inconducentes, por una visión positiva, que tenga su punto de partida en la aceptación del Estado, como una forma necesaria de organización social que permita a la sociedad cumplir los fines que la legitiman. Tal metamorfosis convierte la idea de libertad natural en libertad política, cambio al cual Kelsen atribuye la mayor importancia dentro de su esquema teórico, sin perjuicio de afirmar también que la democracia solo pueda justificarse de manera relativa y no absoluta como una forma de gobierno justa en relación con la libertad, cuando se presupone que la libertad individual es un fin último, ya que un fin distinto -como por ejemplo la seguridad social plena- requiere unos medios distintos (Kelsen, 2008, p. 45).

Por lo anterior, se suscita una paradoja que se manifiesta en el problema que se intenta resolver con el concepto de libertad política, al procurar conciliar el ideal que aspira ver realizado una persona de permanecer libre, pero gozando a la vez de los beneficios que brinda el orden social. Dicha libertad se obtendría en la medida en que la voluntad individual de dicha persona se encuentre en armonía con la voluntad colectiva expresada en el orden social, lo que sólo se obtiene cuando este orden es creado por quienes quedan sujetos a él. Para que exista sociedad y Estado,

es necesario que exista un orden que entrelace la conducta recíproca de las personas, lo que valida la existencia de un dominio o *imperium* en tanto éste sea ejercido por los propios sujetos, de manera que se puede entender que de la libertad natural se desprende la libertad social o política, siendo políticamente libre el sujeto que, siendo súbdito, solo está sometido a su voluntad (confróntese con Kelsen, 1934, p. 410). De este modo, la libertad política deviene en autodeterminación del individuo por su participación en la creación del orden social, con lo cual la libertad política es, en el fondo, autonomía (confróntese con Kelsen, 1988b, p. 338, y un comentario crítico en Errázuriz, 1987, pp. 135 y 136).

Cabe destacar que, desde el punto de vista de la teoría de la norma jurídica, esta resistencia heteronómica puede tener expresiones reconocibles por el derecho positivo, bajo la forma de salvedades al carácter heterónimo del derecho, que dan cuenta de la persistencia de ámbitos autónomos de los individuos frente a la estructura de poder constituido por el Estado. Así, destaca la soberanía popular que radica el poder en el pueblo, sea que lo ejerza por sí mismo o que lo traslade a un parlamento o a un monarca, siendo contemporáneamente efectivo en su expresión electoral, directa o indirectamente, en la esfera pública (confróntese con Kelsen 1934, pp. 150 y 202). Se puede sumar también, el principio de autonomía contractual en el derecho privado, o autonomía privada, que implica una forma de creación jurídica delegada en los sujetos, que por esta vía podría entenderse que continúan el proceso originado tras la publicación de una ley (Confróntese con Kelsen, 1934, pp. 201, 208 y 463). Finalmente, podemos mencionar las reacciones autónomas extremas que la doctrina reconoce en la desobediencia civil y en el derecho de rebelión, como claras manifestaciones de ineficacia del orden jurídico político (considérese la diferenciación entre rebelión y secesión y sus consecuencias, en Kelsen, 1934, p. 296).

Un segundo principio involucrado con la democracia es la idea de igualdad.

Kelsen postula que el principio de la mayoría y la idea de democracia, se constituyen en una síntesis de las ideas de libertad e igualdad, fundado en que el grado de libertad existente dentro de una determinada sociedad está en directa proporción con el número de individuos que gozan de libertad, reflejada en el reconocimiento político y jurídico de su capacidad de obrar. Esto, en aplicación de la tesis que afirma que todos los individuos tienen un valor político igualmente reconocido por el Estado, en el sentido que cada uno de ellos posee el mismo derecho a la libertad, es decir, “la misma pretensión de que la voluntad colectiva concuerde con su voluntad individual” (Kelsen, 1988b, p. 340).

Sobre lo dicho, en lo que respecta a la recepción del principio de igualdad en el criterio democrático de reconocimiento de la función conductora del Gobierno por parte de la mayoría, cabe advertir la necesidad de evitar las mayorías numéricas

artificiales o el voto ponderado incluyendo su extrema versión en el voto censitario. Asimismo, que, en el caso de la representación ciudadana, la vigencia del principio de igualdad queda también supeditada a la existencia de un sistema electoral que permita la representación efectiva de la ciudadanía, y en el cual otros criterios dificultan una recepción simple, como ocurre con la representación bajo criterios estrictos de proporcionalidad poblacional representada y de representación territorial o regional (véase también Kelsen, 1934, pp. 398-401). Finalmente, que, en su aplicación a la igualdad de trato ante situaciones similares, procede mencionar ejemplos recientes en Chile, en que el principio de igualdad ha sido reclamado como fundamento directo de reformas legales, tanto en derecho público¹ como en derecho privado, particularmente en el derecho de familia, referido a la situación de los cónyuges en el matrimonio, y de los hijos en el régimen de filiación².

Cabe destacar en este punto la relevancia que asigna Kelsen a la relación entre justicia e igualdad, referida a situaciones conductuales y manifestada en la idea matriz que sustenta que, en igualdad de condiciones, debe darse igual trato (Quintana, 1996, pp. 212-213 y 214-222). La posición de Kelsen sobre la igualdad comprende la distinción de la igualdad ante la ley destinado a las autoridades que aplican la ley a casos concretos, generalmente contenidas en los textos constitucionales, y la igualdad en la ley, así postulado por la autoridad que crea la ley con la intención de hacerla igualitaria, como en los ejemplos aportados en el párrafo precedente (Kelsen, 2008, pp. 50 y 51; Errázuriz, 1987, pp. 136-139).

Asimismo, incluye afirmaciones más discutibles del principio de desigualdad, referidas al derecho de cada sujeto a recibir un trato diferente, que solo las personas iguales deben ser tratadas de modo semejante y que el trato igualitario a personas iguales es la consecuencia lógica del carácter general de las normas que persiguen la justicia. Estas afirmaciones, si bien aceptablemente lógicas en una lectura preliminar, son complejas cuando llevadas al terreno de su concreción legislativa son alegadas como fundamento de normativas abiertamente regresivas o discriminatorias respecto de determinados sectores sociales y particularmente de minorías o de sectores mayormente carenciados o vulnerables.

Si bien existe una lectura positiva de su aplicación por ejemplo en el caso impositivo, con el fin declarado de evitar cargas tributarias excesivas a segmentos

¹ Considérese la dictación de la Ley N° 19638 (1999), conocida como Ley de Cultos, que dispone normas comunes para las distintas iglesias y confesiones religiosas para optar al reconocimiento de personalidad jurídica de derecho público para sus respectivas entidades, además del trato igualitario en lo que respecta al ejercicio de los derechos derivados del reconocimiento de la dimensión individual de la libertad religiosa.

² Considérese las reformas legales contenidas en la Ley N° 19585 (1998), que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, y la Ley N° 21400 (2021), sobre matrimonio igualitario, que reformó sustantivamente la definición legal de matrimonio contenida en el artículo 102, y otros cuerpos legales y reglamentarios.

sociales de menores ingresos, como en el caso de la distinción entre impuestos directos e indirectos, es igualmente discutida en su sentido inverso, como ocurrió en su momento con la discusión legislativa de leyes que reconocieran explícitamente y con efectos prácticos, la igualdad de trato del Estado frente a las distintas confesiones religiosas, en que las organizaciones religiosas que gozaban de un trato preferente anterior a tales debates legislativos, adujeron para su mantención precisamente el derecho a recibir un trato diferente respecto de las nuevas entidades, obviamente más favorable para ellas, atendiendo a su antigüedad o a su “notorio arraigo”, como ocurrió en España, Chile y Perú, ya que solo las confesiones y comunidades iguales debían ser tratadas de modo semejante al momento de reconocer la naturaleza de su personalidad jurídica (Véase la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa en España, la Ley N°19638, 1999, Chile, y la Ley N° 29635, 1980 de Libertad Religiosa del Perú).

Finalmente, respecto de la relación existente entre la democracia y el régimen de plena vigencia de las libertades políticas fundamentales, comúnmente denominado Estado liberal, cabe precisar que si bien la democracia no es sinónimo de liberalismo político, no es menos cierto que la vinculación existe, toda vez que si se asume que la coacción estatal entendida como vinculación jurídica es inevitable, la libertad necesariamente consistirá en la autodeterminación de los sujetos imperados, determinando consecuentemente que el orden jurídico del Estado será producido por los mismos sujetos respecto de los cuales se pretende una validez obligatoria. Esto implica, en palabras de Kelsen (1934), que el liberalismo “exige auto legislación, autoadministración, en una palabra: una forma democrática del Estado” (p. 41). En síntesis, porque en un sistema democrático la voluntad política de la comunidad es creada a través de una discusión entre las mayorías y minorías circunstanciales y la libre consideración de los argumentos, tanto en favor como en contra de un determinado régimen (Kelsen, 1934, p. 43). Junto con ello, la trama de libertades que se conjugan en un régimen democrático, constituidos también en presupuestos para la operatividad de la democracia, como la libertad de intelectual o de pensamiento, la libertad de reunión, la libertad de asociación y consecuentemente la de formar partidos políticos, sin duda alguna son mejor protegidos en un sistema democrático (confróntese con Squella, 1989, p. 53).

Es necesario, en todo caso, tener presente la recurrente crítica a la democracia procedimental -referida a su consideración como un método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad (Kelsen, 1988, p. 210)- provenientes de posturas sustantivistas, que centran la concepción democrática en el contenido de ésta, orientado principalmente hacia la consecución de grados superiores de justicia del orden establecido, que en ciertas posturas radicales llegan a la negación de la necesidad del régimen de libertades como consustancial a la idea democrática. En este último caso, no es extraño que se

interpreten los propios ideales con la misma palabra cargada de valores que representa el ideal atacado, como queda gráficamente expresado por Kelsen recurriendo a un ejemplo del período previo al derrumbe de los socialismos reales, en que se proclamaba que “la verdadera democracia es la dictadura del partido comunista, que es exactamente lo contrario de una democracia” (Kelsen, 2015b, p. 147). Por lo anterior, consideramos pertinente responder a la postergación del principio de libertad en favor de la igualdad -postulado recurrente y característico de las lecturas sustantivistas sobre la democracia- con la tesis sostenida por Squella (1989) de que,

si la defensa de la libertad es una buena razón para optar por la democracia como forma de gobierno, ésta última puede también, sobre bases legítimas y sin sacrificio de la propia libertad, conducirnos a sociedades más igualitarias que las que hemos conseguido realizar hasta ahora. (p. 79)

Por cierto, el ambiente propicio al intercambio de las opiniones no debe estar limitado al mero ámbito parlamentario, sino que debe existir en todos los canales que favorezcan, de uno u otro modo, la formación de opinión pública, ya que no se puede entender la existencia de una democracia sin opinión pública, así como tampoco esta puede formarse en ausencia de las libertades fundamentales que garantizan la libertad de pensamiento, como las libertades de expresión, prensa, religión y asociación, incluso frente a la expresión de ideas antidemocráticas en tanto éstas se manifiesten pacíficamente (Kelsen, 2008, pp. 62-63; Squella, 1989, p. 53).

En definitiva, lo anteriormente expuesto confluye en calificar la democracia como una forma justa de gobierno porque supone libertad, la que a su vez implica tolerancia frente a la disidencia, de manera tal que, si la democracia deja de ser tolerante, deja también de ser democracia (Kelsen, 2008, pp. 62-63; 1977, pp. 29-30, p. 341; 1934, pp. 413-414; Squella, 1996, p.261).

2.2. Mayorías y minorías

El principio de mayoría, que tiene como correlato inseparable el respeto al derecho de la minoría de convertirse eventualmente en mayoría es consustancial a la sustentación del orden social, que presupone la renuncia de las personas a parte de sus libertades en aras del bien de la comunidad. Este orden social, conservará su fuerza obligatoria en la medida que cuente con el apoyo de los gobernados, y para ello requerirá constantemente coincidir con el interés de los súbditos, más concretamente, del mayor número posible de sujetos imperados que brindan apoyo a los gobernantes, justificando así la democracia. Esta justificación del orden democrático, en todo caso, no determina el contenido del orden jurídico democráticamente creado, el que queda abierto a su integración por la voluntad colectiva mayoritaria, con el debido respeto de la voluntad minoritaria (Kelsen, 1934, pp. 410-413; una visión crítica en Errázuriz, 1987, p. 136).

Por lo anterior, para hacer posible un proyecto de sociedad que mantenga en lo esencial la autodeterminación del individuo, se torna imprescindible restringir la libertad por el principio mayoritario, sobre lo cual Kelsen postula que,

el mayor grado posible de libertad individual, es decir, la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación compatible con la existencia de un orden social, encuéntrase garantizado por el principio de que, un cambio del orden social requiere el consentimiento de la mayoría simple de los individuos a él sujetos. (Kelsen, 1988b, p. 340)

Tiene lugar lo antes dicho por cuanto lo normal es que un individuo nazca en una comunidad humana que ya se ha dado a sí misma un orden que la rige, toda vez que son pocas las naciones que recrean ordenamientos originarios, restando solamente la posibilidad de cambiar un orden ya existente, siendo necesario para que ello acontezca que el número de individuos que aprueben dicho orden sea siempre mayor que el de aquellos que lo desapruban.

El principio de la mayoría simple asegura la libertad política, puesto que, si un orden no pudiese ser cambiado por la voluntad de la simple mayoría, sino que se requiriera la unanimidad o una mayoría calificada, bastaría que una sola persona o una minoría se opusieran para que se tornara imposible la modificación del orden establecido.

Por su parte, respecto del derecho de existencia de la minoría, el principio que acepta el primado de la voluntad de la mayoría no significa en caso alguno el dominio absoluto de ésta por sobre la minoría, ya que el sistema mayoritario "permite a todos los ciudadanos participar en la creación del orden jurídico, aun cuando el contenido de éste resulte determinado por la voluntad del mayor número" (Kelsen, 1988b, p. 241; Squella, 1996, p. 26). La minoría conserva siempre la posibilidad de determinar a futuro, un nuevo contenido del orden jurídico, dejando por descontado la alternativa de influir permanentemente en la voluntad mayoritaria viabilizando los consustanciales consensos que dan gobernabilidad a los Estados democráticos. Kelsen, sobre esto, enfatiza que, "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" (Kelsen, 1988b, p 241).

A propósito del derecho de la minoría a influir permanentemente en la voluntad mayoritaria, se deriva como resultado deseable que el contacto permanente entre sectores de opinión mayoritarios y minoritarios, basados en el mutuo respeto, produzca el compromiso leal de igual respeto a las formas institucionales y a los contenidos que, respetando dichos cauces, sean acordados por ambas partes. Este compromiso es entendido por Kelsen como, "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" (Kelsen, 1988 b, p. 342).

Es producto de este compromiso que surge la favorable “atmósfera” política de entendimientos y acuerdos, que garantizan la estabilidad de un sistema democrático, basado como se ha dicho en el común respeto a las reglas del juego democrático y la aceptación de un mínimo común denominador de contenidos principales que le brindan el necesario soporte político, además de su sustentación jurídica.

3. Derechos humanos, minorías y diversidad social: una lectura integradora basada en la idea democrática de Kelsen

¿Cómo conciliar los derechos de las mayorías y minorías en un sistema democrático, de manera que se favorezca la existencia armónica de la diversidad social? Esta interrogante tradicional en el campo de los derechos políticos ha sido respondida desde distintas miradas portadoras cada una de ellas de un sello particular, parcial y que es tributaria de las doctrinas e ideologías que les sirven de base y fundamento. Obviamente, a partir de lo dicho, no cabe pretender que una respuesta adicional, como la que en estas líneas se propone, sea distinta en cuanto a su particularidad, pero estimamos que es precisamente la base formal y procedimental que brindan las normas jurídicas, en concordancia con los sostenido en la obra de Kelsen, el vehículo funcional para viabilizar la vigencia armónica de los derechos de las mayorías y minorías en una sociedad diversa.

Dicho lo anterior, asumimos aquí el concepto amplio de derechos humanos, no reducido a su consideración jurídica, campo en el cual la noción de derechos fundamentales constituye su recepción legal en el bloque de derechos fundamentales, incluido en la mayor parte de los textos constitucionales contemporáneos, pero que en la perspectiva democrática positivista constituyen el sustrato de una definición mínima o procedimental de la democracia (considérese Squella, 1989, pp. 45-46).

Los derechos humanos son un contrapeso frente al poder del Estado, determinando su naturaleza esencial de derechos que, en tanto tales, no están supeditados conceptualmente en una lógica de poder a una contrapartida de deberes, salvo aquellos de tipo horizontal que pudieran corresponder a la exigencia correlativa de los derechos expuestos bilateralmente por otros sujetos (Squella, 1996, p. 262). Asimismo, en un Estado democrático -en la mayor parte de los casos- puede afirmarse que las minorías son generalmente reconocidas, jurídicamente protegidas y eventualmente cuentan con representación proporcional (Squella, 1989, p. 50). Asimismo, tienen la posibilidad de convertirse a su vez en mayoría.

Respecto de las vías posibles para asegurar jurídicamente el respeto de los derechos de las minorías sociales y, especialmente, de una eventual intervención tutelar en su beneficio, podemos identificar y considerar, a la luz de lo expresado por Kelsen, al menos dos teorías contemporáneas.

La primera, sostiene que el énfasis en los derechos humanos podría resolver el problema de los grupos minoritarios existentes en el seno de una sociedad, en que predomina la identidad común y la producción cultural de una determinada mayoría, garantizando derechos civiles y políticos básicos a todas las personas que integran dicha sociedad, de manera independiente de su vinculación a un grupo de pertenencia, tal como lo ha sostenido la tradición liberal contemporánea y de manera destacada Rawls, como oferta sustitutiva de una perspectiva específica de derechos de las minorías (véase Villavicencio, 2012, pp. 221 y ss.).

En un sentido diferente, cabe incluir la concepción de los derechos humanos con la perspectiva específica de los derechos de las minorías, la cual sostiene que en un Estado que reconoce en algún momento de su evolución social y política su realidad multicultural, una teoría de lo justo debe incluir tanto derechos universales - asignados a los individuos independientemente de su pertenencia al grupo- como también determinados derechos diferenciados conforme a la realidad e identidad asumida por cada grupo, es decir, un estatus especial para las identidades y culturas minoritarias (véase Kymlicka, 1996, pp. 151-152).

Considerando ambas teorías, analizaremos brevemente algunas de sus afirmaciones constitutivas, para concluir con una lectura de armonización contemporánea de los derechos de mayorías y minorías en el marco de la democracia procedimental.

La pretensión de lograr la convivencia de los individuos en agrupaciones colectivas, basadas en la armonización de los intereses individuales y comunitarios, ha sido resuelta históricamente sobre la base de establecer un orden social de las conductas deseables en función del bien común. Dicho orden está basado en prescripciones cuyo contenido y naturaleza han transitado desde el predominio religioso hasta el imperio jurídico contemporáneo, previa consideración de la moral como antecedente ineludible de la oportunidad y contenido de la norma. Los sistemas políticos que disponen la tutela jurídica de dichos ordenamientos dan cuenta de la imperatividad de la conducta exigida, incluso en las democracias liberales que aceptan el principio de tolerancia respecto de las conductas antidemocráticas (Kelsen, 2015a, p. 75). Junto con esto, cabe destacar que “los sistemas jurídicos de poder producen a los sujetos a los que más tarde representan” (Kymlicka, 1996, pp. 14-15 y 19), reproduciendo los elementos impuestos por dichas estructuras, incluyendo la constitución de prácticas excluyentes que, una vez

instalada la estructura normativa de naturaleza jurídica, son de dificultosa percepción.

La juridización del ordenamiento colectivo considera, en mayor o menor medida, un predominio de la noción social –con pretensión de valoración de la voluntad asociativa, real o presunta– por sobre el fundamento comunitario, afectando en los hechos la subsistencia de los sistemas naturales no estrictamente voluntarios de convivencia y, de manera principal, al relevar la importancia cuantitativa de la expresión de la voluntad como fundamento legitimante del orden social. Esto da lugar a la apreciación dominante de la conformación de las mayorías numéricas para la creación y aprobación de las normas colectivas imperativas, cuya transgresión es sancionada por el Estado, es decir, las leyes políticamente originadas, que constituyen la caracterización política de nuestra sociedad.

Este aspecto afecta contemporáneamente en mayor medida la relación virtuosa entre liberalismo y democracia que hemos destacado en los capítulos precedentes en la obra de Kelsen, la que es mejor recogida en la visión liberal de Rawls que en la de Bobbio, a partir del planteamiento del primero sobre la no consideración de las implicancias de origen comunitario en los acuerdos deliberativos imparciales sobre la justicia (véase el desarrollo de la cuestión y la tratada en el párrafo siguiente en Villavicencio, 2012, pp. 221-223)

Desde una perspectiva comunitarista, el individualismo, el desarraigo y la desvinculación personal de sus comunidades de origen y referencia, constituyen la causa de diversos problemas que afectan la convivencia contemporánea, siendo traducidos en demandas de solución dirigidas al sistema político, con respuestas que agudizan sus efectos negativos en el caso de las minorías, situadas en desventaja ante el predominio numérico que se expresa en las leyes promovidas y apoyadas por las mayorías, muchas veces circunstanciales.

En relación con lo anterior, la valoración de la regla de mayoría en materia política para adoptar las decisiones que importan a la colectividad ha dado lugar a problemas relacionados con aquellos sujetos que se encuentran en situación temporal o permanente, de ser ubicados como parte de las minorías, siendo afectados tanto en el plano social como político. En términos de Sandel (2023), “el triunfo de la concepción voluntarista de la libertad ha coincidido, por paradójico que parezca, con una creciente sensación de desempoderamiento” (p. 122).

Algunas de ellas refieren a la postergación de las prioridades alegadas por las comunidades integradas por minorías, generalmente fundadas en consideraciones cuantitativas, en que el menor número de individuos que la conforman se vuelve en su contra frente a las prioridades asignadas a la solución de problemas sociales de colectivos numéricamente superiores, como ocurre en el caso de la construcción de

infraestructura en lugares remotos o en el reconocimiento material del derecho a la educación mediante la inversión en escuelas y otros establecimientos, que en no pocas ocasiones no respetan la tradición y cultura de tales comunidades. Incluso, en casos extremos, puede implicar su invisibilización por parte de quienes integran las mayorías, pudiendo ser reconocido aquí uno de los puntos focales del conflicto social contemporáneo, particularmente cuando la tolerancia del abuso sobrepasa límites implícitamente convencionales (Sandel, 2023, pp. 121-122).

Visto lo anterior, coincidimos en la procedencia en el caso de los derechos de las minorías, de evitar todo sesgo negativo que conspire contra una visión integradora amplia, respetuosa de los principios informadores de pluralismo y tolerancia, rechazando tanto los planteamientos de asimilación coercitiva de grupos minoritarios como su enaltecimiento artificial bajo el pretexto de procurar una mejor tutela estatal. En este sentido, la discriminación positiva, propuesta en un estadio inicial que preceda a la igualdad e integración deseadas, no debe confundirse con privilegios que afecten los principios comunes del sistema democrático, declarando sus límites a los derechos individuales, la democracia y la justicia social, siendo los dos primeros coincidentes con los postulados democráticos procedimentales de Kelsen ya expuestos en los apartados precedentes, en tanto que la justicia social es el resultados posible de ser alcanzado de modo compromisario, armónico y pacífico, precisamente por medio de tales reglas procedimentales (véase Kelsen, 1988b, p. 342; Kymlicka, 1996, pp. 152 y ss.).

Conclusiones

Primera. La lectura formalista del derecho realizada por Kelsen aplicada en el campo de la teoría democrática se traduce en una posición democrática liberal, en que la voluntad colectiva y el orden social que surge a partir de ella, dan cuenta de la existencia de una identidad de dirigentes y dirigidos, de sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo, reconocibles como los elementos que configuran el orden democrático.

Segunda. La idea democrática que se desprende de la obra de Kelsen es coherente con su teoría normativa sobre el derecho, basada en la distinción de su ámbito propio sin que ello signifique la desconsideración de los valores democráticos, los que son afianzados por medio del orden normativo jurídico. Son bases irreductibles del sistema democrático los principios de libertad e igualdad, en conjunto con el pluralismo y la tolerancia por medio de la tutela efectiva del derecho de las mayorías a gobernar con respeto a los derechos de las minorías.

Tercera. La aceptación del principio de mayoría implica reconocer a quienes obtienen la mayoría de las preferencias ciudadanas el derecho de conducir

políticamente el gobierno, en tanto exista respeto a los derechos de las minorías, en especial el de convertirse a su vez en mayoría. La regla de mayoría, sin perjuicio de lo ya indicado, ha tenido algunos efectos indeseables en el reconocimiento público de minorías, postergando sus prioridades y a veces invisibilizando su cultura con base en razonamientos meramente cuantitativos, que obligan remarcar la imprescindible consideración conjunta de los derechos de las minorías para legitimar el ejercicio del poder por las mayorías circunstanciales.

Cuarta. La aceptación y reconocimiento efectivo del derecho de las minorías comprende y asegura el reconocimiento de la pluralidad y diversidad social, legitimando al sistema de poder democrático constituido sobre la base de normas jurídicas y validando la aproximación formalista de la democracia efectuada por Kelsen, especialmente por la conjunción armónica entre mayorías y minorías, jurídicamente basada en los principios de libertad e igualdad.

Referencias Bibliográficas

- Bascuñán, A. (1980). Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho. En A. Squella (Coord.). *Jornadas Académicas de Filosofía del Derecho* (pp. 27-46). Edeval.
- Barros, E. (1996). La relación entre la ley y la sentencia judicial y los principios de la Teoría Pura del Derecho. En C. Oliva (Ed.), *Estudios sobre Hans Kelsen* (pp. 319-364). Edeval.
- Bobbio, N. (1996). La teoría pura del derecho y sus críticos. En C. Oliva (Ed.), *Estudios sobre Hans Kelsen* (pp. 377-405). Edeval.
- Bulygin, E. (2006). *El Positivismo Jurídico*. Fontamara.
- Eckhart, A. (2006). Posfacio. La 'nueva ciencia' de Voegelin a la luz de la crítica de Kelsen. En H. Kelsen, *¿Una nueva ciencia de la política?, Réplica a Eric Voegelin* (pp. 245-296). Katz.
- Errázuriz, C. (1987). *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*. Jurídica de Chile.
- Gianformaggio, L. (1994). El modelo Kelseniano del Estado como ordenamiento dinámico entre teoría e ideología. En L. Gianformaggio, *Estudios Sobre Kelsen* (pp. 11-25). Fontamara.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría General del Estado* (L. Legaz Lacambra, Trad.). Labor.
- Kelsen, H. (1970). *Pure Theory of Law* (M. Knight, Trad.). University of California Press.
- Kelsen, H. (1974). *Teoría Pura del Derecho*. (M. Nilve, Trad.; 12a ed.). Eudeba.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia* (R. Luengo, Trad.). Labor.
- Kelsen, H. (1988a). *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo* (J. Ruiz, Trad.). Debate.
- Kelsen H. (1988b). *Teoría General del Derecho y del Estado* (E. García Máynez, Trad.). UNAM.

- Kelsen, H. (2004). Dios y Estado (U. Schmill, A. Peralta y L. Legaz Lacambra, Trads.). En *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología* (pp. 43-70). Fontamara.
- Kelsen, H. (2006). *¿Una nueva Ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin* (I. Rodríguez y J. Etorena, Trad.). Katz.
- Kelsen, H. (2007). *¿Qué es la teoría pura del Derecho?* (E. Garzón Valdés, Trad.). Fontamara.
- Kelsen, H. (2008). *¿Qué es la justicia?* (A. Calsamiglia, Trad.). Ariel.
- Kelsen, H. (2015a). *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía*. (R. Luengo y L. Legaz y Lacambra, Trad.; 2a ed.). Coyoacán.
- Kelsen, H. (2015b). *Religión secular* (M. Abella, Trad.). Trotta.
- Kelsen H. (2016). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (R. Tamayo, Trad.). UNAM. <https://doi.org/10.22201/ijj.9683695272e.2016>
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural* (C. Castell, Trad.). Paidós.
- López, D. (2005). *Teoría impura del derecho*. Legis.
- Ley N° 19585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de octubre de 1998. <https://bcn.cl/2fcv6>
- Ley N° 19638. Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de octubre de 1999. <https://bcn.cl/2k6op>
- Ley N° 29635. Ley de libertad religiosa. El Peruano, Lima, Perú, 21 de diciembre de 2010. <https://bit.ly/3AclPap>
- Ley N° 21400. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de diciembre de 2021. <https://bcn.cl/2ucii>
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 24 de julio de 1980. <https://bit.ly/3AocjRu>
- Mena, C. (2023). *Democratizar la democracia*. Forja.
- Millas, J. (1996). Los determinantes epistemológicos de la Teoría Pura del Derecho. En C. Oliva (Ed.), *Estudios sobre Hans Kelsen* (pp. 59-91). Edeval.
- Quintana, F. (1996). El problema de la justicia en Kelsen. En C. Oliva (Ed.), *Estudios sobre Hans Kelsen* (pp. 181-228). Edeval.
- Sandel, M. (2023). *El descontento democrático* (A. Santos, Trad.). Debate.
- Squella, A. (1981). La Teoría Pura del Derecho y el problema de la interpretación de la ley. *Revista de ciencias sociales (Valparaíso)*, (18-19), 63-83.
- Squella, A. (1989). *Positivismo jurídico y democracia*. Academia Chilena de Ciencias Sociales.

- Squella, A. (1996). Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen. En C. Oliva (Ed.), *Estudios sobre Hans Kelsen* (pp. 243-270). Edeval.
- Villavicencio, L. (2012). Ampliando el paradigma de la justicia distributiva. Visiones críticas: comunitarismo, multiculturalismo, feminismo y cosmopolitismo. En A. Squella, L. Villavicencio y A. Zúñiga, *Curso de Filosofía del Derecho* (pp. 221-279). Edeval.
- Waiter, R. (1996). El estado actual de la Teoría Pura del Derecho. En C. Oliva (Ed.), *Estudios sobre Hans Kelsen* (pp. 407-441). Edeval.

Copyright del artículo: ©2024 Jorge del Picó Rubio

Para citar este artículo bajo norma APA 7

Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons

